Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul



Ano 39 - n. 209
Julho a Setembro de 2018



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 39 - n. 209 - Julho-Setembro de 2018

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 39, n. 209

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. 209 (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. Carlos Eduardo Contar

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. 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 (*in memoriam*)

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélio Stábile

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Des. Alexandre Bastos

Des. José Ale Ahmad Netto

Des. Jairo Roberto de Quadros

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Des. Jonas Hass Silva Júnior

SUMÁRIO

Doutrina

ESTUDO SOBRE O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Leonardus Evelyn Martins 003

Jurisprudência Cível 008

Jurisprudência Criminal 562

Noticiário 856

Índice Onomástico 991

Índice de Assuntos 997

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



ESTUDO SOBRE O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Leonardus Evelyn Martins[1]
Analista Judiciário - TJMS

Os Juizados Especiais, atualmente previstos na Lei Federal nº 9.099/1995, foram inspirados na experiência decorrente da Lei Federal nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, e possuem lastro na CF/1988, art. 24, X, nos seguintes termos:

> *Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*
>
> *(...)*
>
> *X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;*

Em razão dessa disposição constitucional, o Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei nº 1.071, de 11 de julho de 1990, dispondo sobre a criação e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por sua vez, posteriormente, a União também regulamentou o microssistema dos juizados especiais, mediante a promulgação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispôs sobre a criação dos Juizados Cíveis e Criminais.

Ambas as leis regulamentam de forma similar os juizados, contudo, alguns pontos, inclusive no que tange à quantidade de prazo para a prática de atos, há regulamentações diversas. Assim, este trabalho busca analisar, especificamente, qual lei deverá reger o prazo para impugnar o cumprimento de sentença (ainda nominado de execução de sentença naqueles diplomas).

Antes de adentrar no tema dos embargos ao cumprimento de sentença definitivo, convém esclarecer que as orientações são aplicáveis, no que couber, ao cumprimento de sentença provisório também, em razão de ser tal modalidade autorizada na hipótese de não haver efeito que suspensivo, bem como por estar em consonância com com o espírito dos juizados especiais.

Nesse sentido, leciona Marques[2]:

> *"No caso dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, a regra é a execução provisória de sentença, consoante dispõe o art. 43 da lei específica: "o recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dado irreparável para a parte". Isto é, corretamente, o legislador privilegia a decisão proferida em 1º grau pelo magistrado, podendo esta produzir os seus efeitos até o julgamento do recurso inominado interposto pela parte prejudicada com a decisão."*

Acerca dos embargos ao cumprimento de sentença, importante mencionar o art. 59 da Lei Estadual nº 1.071/1990:

1 Graduado em Administração de Empresa e Direito pela UCDB. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Anhanguera-Uniderp.

2 REDONDO, Bruno Garcia. *et. al*. **Juizados especiais**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 7. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 534.

> **Art. 59.** *A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:*
>
> *(...)*
>
> *i) o devedor poderá oferecer embargos, no* ***prazo de cinco (5) dias****, contados da intimação da penhora, nos autos da execução, versando sobre: (alterada pelo art. 1º da Lei nº 1.690, de 17.7.1996 – DOMS, de 18.7.1996.)* (destacou-se)

Noutro norte, a Lei Federal nº 9.099/1995, estabelece que:

> *Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:*
>
> *(...)*
>
> *IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre:*
>
> *a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia;*
>
> *b) manifesto excesso de execução;*
>
> *c) erro de cálculo;*
>
> *d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença.*

Diante da ausência de prazo para apresentação dos embargos ao cumprimento de sentença, deve-se utilizar o Código de Processo Civil, por força da previsão expressa no caput do art. 52, da Lei nº 9.099/1995.

No Código de Processo Civil, o cumprimento de sentença possui prazo de impugnação previsto no art. 525, cuja redação transcreve-se abaixo:

> *Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no* ***art. 523*** *sem o pagamento voluntário, inicia-se o* ***prazo de 15 (quinze) dias*** *para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.*

Diante dessas disposições, verifica-se antinomia entre o prazo previso na Lei Estadual nº 1.071/1990 e na Lei Federal nº 9.099/1995 c/c Código de Processo Civil. Não obstante diversas outras antinomias constatadas entre as leis em tela, a análise deste artigo restringir-se-á ao quantitativo de prazo, a fim de auxiliar o operador jurídico sobre o período de tempo disponível para exercer sua defesa.

A antinomia, entretanto, é aparente, porquanto a Constituição da República revela solução para a questão, *in verbis*:

> *Art. 24 (...)*
>
> *§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.*

Destarte, a superveniência da Lei nº 9.099/1995 retirou a eficácia do art. 59, "i", da Lei Estadual nº 1.071/1990, de forma que se deve observar, *per saltum*, o prazo previsto no Código de Processo Civil para apresentação de embargos ao cumprimento de sentença, observando-se, sempre, outras regras atinentes ao procedimento previsto nas leis especiais.

Nessa linha de raciocínio, o prazo para interposição dos embargos ao cumprimento de sentença é de 15 dias.

Acerca do entendimento jurisprudencial, esclarece Rocha[3] que:

> *"Necessário registrar que existem inúmeras decisões entendendo que o regime dos embargos do art. 52, IX, deveria seguir a mesma estrutura dos embargos à execução fundada em título extrajudicial (art. 53, §§2º e 3º), ou seja, com a marcação de uma audiência de conciliação, onde os embargos poderiam ser oferecidos, por escrito ou oralmente."*

Discordando, no entanto, o referido autor[4] preceitua:

> *"Com o devido respeito, mas esse entendimento contraria o caput do art. 52, que diz que o procedimento será regido subsidiariamente pelo CPC. Além disso, esta seria provavelmente a terceira audiência para oferecimento da conciliação ao executado, contando as duas outras feitas durante a fase de conhecimento, o que é absolutamente irrazoável."*

Convém mencionar os enunciados 38 e 37 (ordem inversa proposital) do Encontro Estadual dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - EEJECC:

> *Enunciado 38: No cumprimento de sentença o devedor poderá se opor por meio de embargos (art. 52, inciso IX da Lei 9099/95), cujo* ***prazo será de 15 (quinze) dias****, sendo sentença a natureza do provimento que os decide, podendo ser proferida por Juiz Leigo (Enunciado FONAJE 52) da qual caberá recurso inominado (Enunciado 143 FONAJE).*
>
> *Enunciado 37: No cumprimento de sentença o prazo para defesa será de* ***15 (quinze) dias,*** *com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.*

Por sua vez, o enunciado 142 do FONAJE estabelece que "Na execução por título judicial o prazo para oferecimento de embargos será de **quinze dias** e fluirá da intimação da penhora."

Sobre a temática, hipoteticamente, poder-se-ia justificar que o princípio da celeridade processual autorizaria a interpretação que prestigia a aplicação do prazo de 5 (cinco) dias, previsto na legislação estadual. Contudo, alguns contrapontos são necessários.

O princípio da celeridade deve conviver pacificamente com os demais postulados, especialmente quando há regra expressamente prevista, cuja aplicação dar-se-ia mediante o fenômeno da subsunção. Da mesma forma, o referido princípio não tem o condão de sobrepujar outros postulados de maior envergadura e dotados de linhagem constitucional, como é o devido processo legal.

Nesse caso, há norma que garanta o *due process of law*[5], prevista na CF/1988, em seu art. 24, § 4º, que retira eficácia da norma estadual, quando em conflito com norma federal, sendo necessário aplicar as disposições desta.

Na mesma seara, o princípio da celeridade deve ser aplicado com parcimônia, evitando-se que a marcha processual se torne uma corrida desenfreada, desprezando-se importantes balizas procedimentais, que servem de garantia às partes.

---

3 ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 201.

4 *Idem*.

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Art. 5º, LIV, da CR/1988: "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;" Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26/03/2018, às 16h02min.

Essa afirmação é especialmente importante no âmbito dos Juizados Especiais porque as partes são autorizadas a demandar sem advogado, nas ações de até 20 salários mínimos, bem como pela ausência de meios de impugnação interlocutórios. Ademais, eventual recurso inominado enseja altos custos ao recorrente, em razão de ter de recolher as custas de primeiro grau e o preparo recursal, sendo que parcela significativa do público dos juizados é composta por pessoas hipossuficientes financeiramente. Não se descura do papel da Defensoria Pública ou mesmo da gratuidade judiciária para o público carente, porém, tal situação também enseja suas dificuldades próprias. Vale mencionar, também, que no microssistema há uma redução dos meios de impugnação, implicando em dificuldade de interposição de recursos extraordinários às instâncias superiores, bem como inexistência de ação rescisória.

Tais fatos exigem do julgador maior cautela ao denegar um requerimento ou aplicar algum princípio que suprima do livre curso do rito processual, especialmente no rito executório, que é marcado por diversas decisões importantes[6].

Em complemento, verificam-se diversas passagens em que o procedimento dos juizados especiais não é mais célere que o da justiça comum (às vezes até mais demorado), senão veja-se:

a) embargos de declarações interruptivos[7], oponíveis no prazo de 5 (cinco) dias, tanto nos juizados quanto na justiça comum, conforme art. 49 da Lei nº 9.099/1995 e art. 1.023 do CPC;

b) embargos de declaração nos juizados criminais é de 5 (cinco) dias, enquanto no processo criminal da justiça comum esse prazo é de apenas 2 (dois) dias, nos termos dos art. 83, § 1º, Lei nº 9.099/1995 e art. 620 do CPP;

c) procedimento da execução de título extrajudicial, após a citação para pagamento em 3 dias, prevê que, após a penhora dos bens, será designada data de audiência para apresentação de embargos à execução. Essa audiência raramente ocorre no prazo de 15 (quinze) dias, seja porque o oficial de justiça precisa de um prazo para devolver o mandado cumprido, bem como a demora natural das serventias processarem e, ainda, a existência de pauta de audiência livre nesse interregno, sem olvidar, ainda, do prazo para a realização de novas intimações para comparecerem à audiência. Na mesma execução ajuizada na justiça comum, após a citação para pagar em 3 dias, poderão ser opostos os embargos em 15 dias, contados na forma do art. 231 do CPC, conforme previsto no art. 915 do mesmo diploma;

d) prazo para apelação no juizado criminal é de 10 dias (art. 82, § 1º, Lei nº 9.099/1995), sendo que o prazo para apelação no processo criminal em trâmite na justiça comum é de 5 (cinco) dias (art. 593 do CPP), embora, neste último caso, seja possível apresentar as razões em 8 (oito) dias (art. 600 do CPP); e

e) necessidade de admitir recurso inominado pelo juízo singular, em contrariedade com a apelação da justiça comum cível, em que a análise do preenchimento dos requisitos de admissibilidade são realizadas pelo relator do processo (art. 1.010 do CPC).

Pelo exposto, conclui-se que o prazo para a oposição dos embargos ao cumprimento de sentença no âmbito dos Juizados Especiais é de 15 (quinze) dias, na forma estabelecida pelo Código de Processo Civil.

6 Não se descura das teses doutrinárias sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias, que podem ser reunidas, resumidamente em: a) irrecorribilidade absoluta; b) recorribilidade em separado diferida; c) irrecorribilidade relativa; e d) recorribilidade em separado restrita.

7 Importante mencionar que anteriormente à alteração promovida pelo NCPC, art. 1.065, os embargos declaratórios nos juizados tinham efeito de suspender a contagem do prazo recursal, o qual era retomado após prolação de sentença que os apreciasse. Contudo, tal efeito foi alterado para ser interruptivo, outorgando maior prazo ao recorrente, em razão de ser-lhe devolvido todo o prazo após a decisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.015 de 16 de março de 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. et. al. **Juizados Especiais**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 7. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 534.

ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais**: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 201.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação nº 0836137-13.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MONITÓRIA – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A PROVA ESCRITA QUE EMBASA A MONITÓRIA TEM COMO CREDOR A PARTE AUTORA – COMPROVAÇÃO DE QUE, APESAR DE NOMES DIVERSOS, AS EMPRESAS SÃO AS MESMAS, TANTO QUE PORTAM O MESMO CNPJ – ACOLHIDO PARA DETERMINAR NORMAL PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO PROVIDO.

A dúvida é pela continuidade da relação processual, diante da primazia trazida pelo CPC pelo julgamento do mérito, nos termos do art. 4º e art. 6º do CPC. E quando se diz que a dúvida é pela continuidade da relação processual em vista ao julgamento do mérito é porque, o CPC, não trouxe esta primazia como se "Carta de Belerofonte" fosse, mas sim, inseriu vários mecanismos ou institutos processuais para sua concretude ou efetivação, que podemos chamar de antivírus, que visam sanar o vício que seja, logicamente, sanável, de forma que a relação processual tenha normal prosseguimento a uma resposta justa e efetiva ao jurisdicionado. E para esta hipótese onde haja dúvidas sobre a legitimidade não há mais espaço para o magistrado extinguir a ação como se vício insanável fosse, como o era pelo CPC de 1973 que assentava pelo impedimento de modificação das partes após a propositura da ação (fora em caso de morte ou alienação de coisa litigiosa). E não há espaço porque, o CPC de 2015, permite com a resposta do réu a extromissão, ou seja, acaso entenda que seja parte ilegítima, ele deverá indicar e provar quem seria a tal parte passiva. E, antivírus este de ilegitimidade, que vem positivado no art. 338 e art. 339 do CPC.

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, 27 de junho de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposto por Centro Oeste Refrigeração, Importação e Exportação Ltda em face da sentença de f. 47-50 e f. 75-76, que extinguiu a petição inicial sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I do CPC.

Centro Oeste Refrigeração, Importação e Exportação Ltda suscita no recurso de apelação de f. 79/86, em apertada síntese: provimento do recurso para a afastar a sentença terminativa, a fim de que o feito tenha normal prosseguimento.

O recorrido não foi intimado, por não estar triangularizada a relação jurídica processual.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposto por Centro Oeste Refrigeração, Importação e Exportação Ltda em face da sentença de f. 47-50 e f. 75-76, que extinguiu a petição inicial sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I do CPC.

Centro Oeste Refrigeração, Importação e Exportação Ltda suscita no recurso de apelação de f. 79/86, em apertada síntese: provimento do recurso para a afastar a sentença terminativa, a fim de que o feito tenha normal prosseguimento.

É o breve relatório. Posso a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que proposta ação em face da empresa Fênix e Manutenção Limitada, sendo que a documentação que instrui a petição inicial em relação à obrigação posta em juízo, consta a empresa Hidelma Serviços Tec. Eng. Limitada. O magistrado determinou a emenda da inicial às f. 37. Às f. 39-42 informando que as empresas são as mesmas e que somente ocorreu alteração da denominação social perante a junta comercial (f. 17-24), tanto que portam o mesmo Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ e que em ata de sessão pública realizada em 02/04/2013, mais precisamente, a requerida participou de pregão público se apresentando como a empresa dos documentos que instruem a inicial (Hidelma Serviços Tec. Eng. Limitada). O magistrado não aceitou as alegações da autora e extinguiu a ação por ausência de documento essencial para a propositura da ação monitória do art. 700 do CPC.

Tenho que a sentença deve ser reformada.

Deve ser reformada porque, a meu ver, a parte autora, numa análise prévia e provisória e rarefeita, trouxe argumentos no sentido de que, apesar da diversidade de nome empresarial entre a requerida e os documentos que instruem a ação monitória, ocorreu alteração de nome social, tanto que portam o mesmo CNPJ.

Há forte e cheiro que tenha razão e, no mundo jurídico, isso significa que a dúvida é que a ação tenha normal prosseguimento em vista de seu julgamento de mérito.

E se diz que a dúvida é pela continuidade da ação, diante da primazia trazida pelo CPC pelo julgamento do mérito, nos termos do art. 4º e art. 6º do CPC, aos disporem respectivamente:

> *"Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".*
>
> *"Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".*

Dispositivos estes que efetivam a ideologia do NCPC, tanto que assim consta na exposição de motivos:

> *"A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa".*

E quando se diz que a dúvida é pela continuidade da relação processual em vista ao julgamento do mérito é porque o CPC não trouxe esta primazia como se "Carta de Belerofonte" fosse, mas sim, inseriu vários mecanismos ou instituto processual para sua concretude ou efetivação, que podemos chamar de

antivírus, que visam sanar o vício que seja, logicamente, sanável, de forma que a relação processual tenha normal prosseguimento a uma resposta justa e efetiva ao jurisdicionado.

E para esta hipótese onde haja dúvidas sobre a legitimidade não há mais espaço para o magistrado extinguir a ação como se vício insanável fosse, como o era pela CPC de 1973 que assentava pelo impedimento de modificação das partes após a propositura da ação (fora em caso de morte ou alienação de coisa litigiosa).

E não há espaço porque, o CPC de 2015, permite com a resposta do réu a extromissão, ou seja, acaso entenda que seja parte ilegítima ele deverá indicar e provar quem seria a parte passiva. E, antivírus este de ilegitimidade, que vem positivado no art. 338 e art. 339 do CPC:

> *"Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu".*
>
> *"Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação".*

Por fim, sem razão na sentença ao alegar que os documentos que instruem a monitória não possuem aceita e, portanto, não servem como prova escrita para o manejo da ação rescisória do art. 700 do CPC.

Isso porque, o aceite de duplicada é requisito para a exigibilidade para o manejo de processo de execução. Tanto que a jurisprudência anotada às f. 49 da sentença consta expressamente a extinção da execução por ausência de aceite da duplicada.

Logicamente, como não se reveste de título executivo a duplicada não aceita, então, para esta hipótese, a lei lhe abre adequação para buscar a obrigação contida no documento escrito, quer por ação de cobrança (rito comum) quer pela monitória (rito especial), a livre escola do credor.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento ao recurso de apelação interposto por Centro Oeste Refrigeração, Importação e Exportação Ltda, para afastar a sentença terminativa e determinar que o feito tenha seu normal prosseguimento. Que seja dada a prioridade ao feito, por interpretação do art. 12, § 6º, I do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

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

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

Campo Grande, 27 de junho de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0804346-05.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator designado Des. Alexandre Bastos

EMENTA – AÇÃO MONITÓRIA – RECURSO DA AUTORA – REFORMA DO JULGAMENTO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM DIANTE DE RENUNCIA TÁCITA POR PARTE DA REQUERIDA – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO.

Não há de se falar em renúncia tácita da convenção de arbitragem, se a parte requerida da monitória expressamente alega a convenção da arbitragem quando de seus embargos monitórios e renova o mesmo pedido em preliminar das razões recursais, o que revela manifestação expressa de não renúncia, mas sim, de que se cumpra o contrato entabulado entre as partes de levar a questão de mérito à Câmara Arbitral. Não aceitar a cláusula de arbitragem significa em o Judiciário rescindir cláusula livremente aceita pelas partes, de ofício, o que não se admite, quer porque não se age de ofício em casos tais (art. 2º do CPC) e em desfazendo o *pacta sunt servanda*, quer porque assim o fazendo estar-se-á julgando *ultra petita* e com afronta ao princípio da correspondência ou da correção do art. 141 e art. 492 do CPC.

AÇÃO MONITÓRIA – RECURSO DA REQUERIDA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – ACOLHIDO – RECURSO PROVIDO.

É coerente que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios seja fixada em atenção ao valor da causa e dentro dos parâmetros estabelecidos pelo § 2º, do artigo 85, do CPC, de forma que não atenta a razão de ser de tal verba a fixação do valor de dez mil reais, de ação de alta complexidade e com tema específico afeto a contrato marítimo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso de Transbarge e dar provimento ao apelo de Serviço de Navegação e de Regis Jorge Junior, nos termos do voto do 1º, 2º e 4º vogais, vencidos o relator e 3º vogal que deram provimento ao recurso de Transbarge e não conheceram do apelo de Serviço de Navegação e de Regis Jorge Junior, de acordo com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

Des. Alexandre Bastos – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos, respectivamente, por Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Junior e por Transbarge Navegación S.A., contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá-MS.

Ação: Monitória proposta por Transbarge Navegación S.A contra Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A na qual aduz, em suma, que é credora da ré no valor de R$ 18.324.366,15 (dezoito milhões trezentos e vinte e quatro mil trezentos e sessenta e seis reais e quinze centavos) representados por doze (12) notas mercantis emitidas e não pagas, sendo que os títulos vinculam-se a contrato de prestação de serviço com vista ao afretamento de embarcações para transporte fluvial de minério de ferro a granel, realizado no período de 04.11.2014 a 28.02.2015 pela autora em favor da ré.

Requereu, assim: a) que seja determinada a citação da ré para que no prazo de quinze (15) dias pague o valor de R$ 18.324.366,15 ou ofereça embargos, e b) no caso de não oferecimento de embargos, requer que seja constituído, de pleno direito, o titulo executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo (f. 1-9).

Sentença: acolheu a preliminar de extinção do processo, sem resolução do mérito, ante a existência de convenção de arbitragem. Sucumbência atribuída à autora, com honorários arbitrados em R$ 10.000,00 (f. 413-419).

Apelação: interposta por Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Junior, em que defendem a majoração do valor dos honorários de sucumbência para dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa (f. 422-430).

Apelação: interposta por Transbarge Navegación S.A. sustentando que: a) a existência de compromisso arbitral não constitui óbice à cobrança judicial do título de crédito formado, visto que não exige interpretação do contrato; b) os embargos à monitória limitam-se ao questionamento de série de supostas irregularidades formais e processuais praticadas pela apelante, ou seja, a base da insurgência do apelado não é de natureza contratual, sendo que sequer é negada a prestação dos serviços pela apelante, visto que a discussão travada diz respeito às faturas e seu valor; c) o entendimento acolhido pela sentença questionada é equivocado, pois ainda que se admita que os embargos imponham fase de conhecimento, capaz de revolver os critérios e as razões que deram origem ao crédito, nem por isso há necessidade de se discutir cláusulas contratuais; d) o contrato particular firmado previu que a resolução de conflitos através da arbitragem dar-se-ia em local totalmente desvinculado ao da prestação do serviço ou do domicílio das partes, qual seja a Câmara Arbitral situada no Rio de Janeiro RJ, o que, caso admitida à presente lide, ensejará dificuldades não só ao exercício dos atos processuais a ser praticados pelas partes, mas imporá limitação, oneração e desgaste injustificados à produção de eventual prova, que sendo testemunhal, pessoal, documental ou pericial, será praticada ou terá origem na comarca de Corumbá/MS, já escolhida para solução do conflito, e e) o apelado, embora ressalve em embargos seu interesse no compromisso arbitral, renunciou expressamente a essa via de solução de conflitos, visto que propôs outras ações judiciais para dirimir questões atinentes aos mesmos títulos cujos pagamentos são reclamados pela apelante.

Ao final, requereu que:

> *"(...) seja conhecido e provido este recurso de apelação para reformar a r. sentença recorrida e afastar o óbice da cláusula compromissória de arbitragem à prestação jurisdicional reivindicada, determinando-se o regular prosseguimento do feito na origem, procedendo-se ao julgamento de mérito com a consequente confirmação do mandado monitório e constituição do respectivo título executivo em favor da apelante. Sucessivamente, requer-se seja conhecido e provido o presente recurso de apelação para reconhecer a suficiência da prova documental e a satisfação dos elementos da pretensão monitória, julgando-a procedente e declarando-se a imediata constituição do título executivo judicial, invertendo-se, por fim, o ônus da sucumbência, nos termos do disposto no art. 85, §§ 1º e 11, do CPC."* (f. 434-447).

Contrarrazões: apresentadas por ambas as partes, nas quais, em síntese, refutam os argumentos da parte contrária (f. 453-468 e 469-473).

VOTO (EM 09/05/2018)

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

Discute-se nos presentes recursos: a) o acerto da sentença que julgou o processo, sem resolução de mérito, ante a existência de convenção de arbitragem, e b) o valor dos honorários de sucumbência.

Direito intertemporal – Lei processual aplicável

Registro que a sentença recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 15/07/2016 (f. 420), tendo a respectiva intimação ocorrido em 19/07/2016 (f. 421), enquanto que o presente recurso foi interposto em 09/08/2016.

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.

Recurso da autora Transbarge Navegación S.A

A autora-recorrente Transbarge Navegación S.A propôs ação monitória contra a empresa Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A na qual aduz, em suma, que é credora da requerida no valor de R$ 18.324.366,15 (dezoito milhões trezentos e vinte e quatro mil trezentos e sessenta e seis reais e quinze centavos) representados por doze (12) notas mercantis emitidas e não pagas, sendo que os títulos vinculam-se a contrato de prestação de serviço com vista ao afretamento de embarcações para transporte fluvial de minério de ferro a granel, realizado no período de 04.11.2014 à 28.02.2015 pela autora em favor da ré.

A sentença, ora recorrida, julgou o processo, sem resolução do mérito, ante a existência de convenção de arbitragem.

A autora-apelante sustenta que: a) a existência de compromisso arbitral não constitui óbice à cobrança judicial do título de crédito formado, visto que não exige interpretação do contrato; b) os embargos à monitória limitam-se ao questionamento de série de supostas irregularidades formais e processuais praticadas pela apelante, ou seja, a base da insurgência do apelado não é de natureza contratual, sendo que sequer é negada a prestação dos serviços pela apelante, visto que a discussão travada diz respeito às Faturas e seu valor; c) o entendimento acolhido pela sentença questionada é equivocado, pois ainda que se admita que os embargos imponham fase de conhecimento, capaz de revolver os critérios e as razões que deram origem ao crédito, nem por isso há necessidade de se discutir cláusulas contratuais; d) o contrato particular firmado previu que a resolução de conflitos através da arbitragem dar-se-ia em local totalmente desvinculado ao da prestação do serviço ou do domicílio das partes, qual seja a Câmara Arbitral situada no Rio de Janeiro RJ, o que, caso admitida à presente lide, ensejará dificuldades não só ao exercício dos atos processuais a ser praticados pelas partes, mas imporá limitação, oneração e desgaste injustificados à produção de eventual prova, que sendo testemunhal,pessoal, documental ou pericial, será praticada ou terá origem na comarca de Corumbá/MS, já escolhida para solução do conflito, e e) o apelado, embora ressalve

em embargos seu interesse no compromisso arbitral, renunciou expressamente a essa via de solução de conflitos, visto que propôs outras ações judiciais para dirimir questões atinentes aos mesmos títulos cujos pagamentos são reclamados pela apelante.

O artigo 485, inciso VII, do CPC/2015 prevê que o juiz não resolverá o mérito quando acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

Como se sabe, a existência de cláusula compromissória, que elege órgão arbitral para solução de conflitos entre as partes, afasta a competência (atribuição) do Poder Judiciário para apreciação da questão relativa a sua fase inicial, ou seja, antes da sentença arbitral.

Sobre o tema discorre Daniel Amorim Assumpção Neves:[1]

> *"Como determina a Lei 9.307/1996, a convenção de arbitragem é um gênero, do qual a cláusula compromissória (antes da formação da lide) e o compromisso arbitral (depois de instaurada a lide) são espécies. A existência de qualquer uma das espécies de convenção de arbitragem gera a extinção do processo sem a resolução do mérito porque, havendo a opção pela arbitragem, a intervenção jurisdicional é indevida. Sendo o direito de ação disponível, também é disponível o direito de exercê-lo perante a jurisdição, não havendo na escolha da arbitragem pelas partes qualquer ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).*
>
> *Assim como as partes escolheram excluir a jurisdição, preferindo a arbitragem como forma de solucionar o conflito de interesses em que estão envolvidos, é natural que também possam abrir mão da arbitragem já acordada. Significa dizer que, ainda que exista uma convenção de arbitragem, nem sempre o processo será extinto pela sentença terminativa prevista no art. 485, VI, do Novo CPC, porque, se ambas as partes resolverem pela intervenção jurisdicional, naturalmente a convenção de arbitragem torna-se ineficaz. A extinção pela sentença terminativa analisada, portanto, depende de o autor ignorar a convenção de arbitragem ao propor a demanda judicial e ao réu não concordar com essa postura, indicando a existência da escolha prévia pela arbitragem.*
>
> *O art. 485, VII, do Novo CPC prevê serem causas de extinção terminativa do processo tanto a alegação de existência de convenção de arbitragem como o reconhecimento pelo juízo arbitral de sua competência. Significa dizer que, havendo decisão arbitral reconhecendo sua competência, vinculado estará o juízo onde porventura estiver tramitando o processo com o mesmo objeto."*

A análise da sentença-recorrida, num primeiro momento, indica que o magistrado de primeiro grau agiu com acerto ao extinguir o processo, sem resolução de mérito, tendo em vista a existência de cláusula compromissória no contrato de prestação de serviço celebrado entre as partes (f. 94). Em especial porque, no caso, verifica-se que a ação monitória não visa apenas a prática de atos executivos, uma vez que a devedora-recorrida apresentou embargos monitórios, em que discute questões atinentes aos títulos e as obrigações ali encartadas (existência e constituição do crédito).

Ocorre que, uma análise mais apurada dos autos indica que, antes da propositura da presente Ação Monitória (24/11/2015), a devedora-apelada já tinha proposto outras duas ações judiciais, Medida Cautelar de Sustação de Protesto nº 0803145-75.2015.8.12.0008 (13/08/2015) e Ação Declaratória de Inexigibilidade de Título nº 0803616-91.2015.8.12.0008 (22/09/2015), visando discutir a exigibilidade dos valores cobrados pela credora-recorrente, sendo que nessas demandas não foi suscitada a existência da convenção de arbitragem.

1 **Manual de Direito Processual Civil** - Volume Único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 751-752.

Inclusive, comparando os embargos monitórios apresentados pela ré-apelada nos presentes autos (f. 355-381) e a petição inicial da ação declaratória de inexigibilidade de título (f. 1-15 dos Autos nº 0803616-91.2015.8.12.0008) tem-se que as peças processuais são semelhantes, isto porque possuem partes, causa de pedir e pedidos similares.

Embora a causa de pedir dos embargos monitórios seja um pouco mais ampla, tanto nos embargos monitórios quanto na ação declaratória de inexigibilidade de título a devedora-apelada sustenta a inexigibilidade dos títulos cobrados, tendo em vista: I) a ausência de regularidade dos documentos constitutivos da empresa-credora; II) a irregularidade na tradução das faturas cobradas; III) o incorreto procedimento de conversão do valor cobrado das faturas, em razão da divergência da taxa de câmbio aplicada, e IV) a não comprovação da origem do débito cobrado, visto que os BL´s (conhecimento de embarque) foram emitidos pela empresa-devedora, ou seja, não estaria comprovado que a autora-credora é proprietária das barcaças que fizeram o transporte do minério, bem como o afretamento das embarcações.

Em razão disso, tendo em vista que a devedora-recorrida, antes da propositura da presente ação monitória, já tinha ajuizado ação judicial (Ação Declaratória de Inexigibilidade de Título nº 0803616-91.2015.8.12.0008) visando a discussão sobre a exigibilidade dos títulos cobrados, com argumentos idênticos aos apresentados nos Embargos Monitórios, tem-se que a devedora optou por judicializar a questão sobre a cobrança dos títulos.

Desse modo, verifica-se que houve uma renúncia tácita sobre a cláusula compromissória por parte da ré-apelada, uma vez que propôs ação judicial para discutir as questões controvertidas existentes entre as partes.

A cláusula compromissória é um ato voluntário e não cogente, motivo pelo qual somente se a parte a ele aderir é que estará submetida ao Tribunal Arbitral, podendo-se ao mesmo se renunciar, como no caso dos autos.

Com efeito, não pode o compromisso arbitral permanecer sendo utilizado apenas em determinadas circunstâncias, de acordo com o interesse das partes. Trata-se de disposição obrigatória, sendo certo que sua não utilização importa em renúncia tácita.

É totalmente contraditório, e ainda viola o princípio da boa-fé, o ato da ré-apelada que, primeiramente propõe ação declaratória de inexigibilidade de título e judicializa a questão sobre a cobrança das faturas, e, após, em sede de embargos monitórios, suscita preliminar de existência de cláusula compromissória, pleiteando que o litígio seja resolvido por arbitragem.

Interessante esta postura; isto para se dizer o menos!

Aliás, é um contrassenso exigir que as partes resolvam a questão no juízo arbitral, uma vez que já foi proposta ação perante a Justiça Estadual para discutir a cobrança das faturas e, manter a sentença apelada, com aplicação da arbitragem, pode acabar por possibilitar a prolação de decisões conflitantes entre o juízo jurisdicional e o arbitral.

Assim, tem-se que, à luz do bom senso e da lógica, e sobretudo em observância ao princípio da boa-fé, a presente demanda deve tramitar perante a Justiça Estadual, tendo em vista a renúncia tácita das partes pela convenção de arbitragem, o que impõe a anulação da sentença terminativa.

Em razão do provimento do recurso da autora-apelante, que anulou a sentença, fica prejudicada a análise do recurso de apelação interposto pela ré-apelante, que objetiva tão-somente a majoração do valor dos honorários de sucumbência.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Transbarge Navegación S.A. e dou-lhe provimento para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para regular prosseguimento da ação.

Não conheço o recurso interposto por Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Júnior, visto que prejudicada a sua análise.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista, do 1º vogal (Des. Alexandre Bastos), após o relator não conhecer do recurso de Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e outro e dar provimento ao recurso de Transbarge Navegacion S.A. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 20/06/2019)

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

Pedi vista e justifico a não devolução na sessão subsequente, uma vez que este relator teve sérias dúvidas quanto ao mérito desta ação. E isso porque, tenho em minha relatoria ação onde a apelante Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A é recorrida em ação proposta por terceiro (Mineração Corumbaense Reunida Sociedade S/A) e o que me levou à análise das relações jurídicas firmadas em ambas as ações e, ainda, sobre as relações jurídicas contidas na sentença de satisfação das obrigações em execução proposta (terceiro processo).

Contudo, após aprofundado estudo sobre a questão de direito material posta em discussão em analisando tanto este recurso quanto o recurso que está conclusão a este relator firmei convicção de que a questão aqui neste caso em que pedi vista é puramente processual e há obstáculo intransponível para se chegar sequer à análise do mérito.

Vejamos.

Pois bem, há ações de ambas as partes e por primeiro passo ao recurso interposto pela autora da monitória, Transbarge Navegación S/A, uma vez que é prejudicial ao recurso interposto pela requerida da monitória, Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A, uma vez que esta pede somente a majoração dos honorários sucumbenciais, enquanto aquela, pede a inversão do resultado de julgamento.

Em relação ao recurso de Transbarge Navegación S/A.

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Transbarge Navegación S/A em face da sentença proferida às f. 413-419 dos autos da ação monitória proposta pela segunda em desfavor da primeira, que acolheu a preliminar de extinção do processo sem resolução do mérito, ante a existência de convenção de arbitragem. Sucumbência atribuída à autora, com honorários arbitrados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Transbarge Navegación S/A sustenta que a existência de compromisso arbitral não constitui óbice à cobrança judicial do título de crédito formado, visto que não exige interpretação do contrato, motivo pelo qual requer que a sentença seja anulada, determinando-se o regular prosseguimento do feito na origem. Sucessivamente, requer que seja conhecido e provido o presente recurso de apelação para reconhecer a suficiência da prova documental e a satisfação dos elementos da pretensão monitória, julgando-a procedente. (f. 434-447).

O entendimento adotado pelo ilustre relator é pelo provimento do recurso interposto por Transbarge Navegación S/A para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para

regular prosseguimento da ação, tendo em vista a renúncia tácita das partes à convenção de arbitragem. Por conseguinte, prejudicada a análise do recurso interposto por Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Júnior.

Todavia, ouso divergir, em parte, do relator.

Acolho, nos exatos termos as anotações do relator de que a convenção de arbitragem constitui causa de extinção do processo sem resolução do mérito se alegada na contestação (art. 485, VII do CPC), mais precisamente, f. 07 (penúltimo parágrafo) até às f. 08 (todos os parágrafos).

Passo a divergir a partir do primeiro parágrafo das f. 09 (primeiro parágrafo) e f. 10 (segundo parágrafo) do voto do nobre relator, onde anota que:

> *"A devedora-apelada já tinha proposto outras duas ações judiciais (...) visando discutir a exigibilidade dos valores cobrados, sendo que nessas demandas não foi suscitada a existência da convenção de arbitragem (...) verifica-se que houve uma renúncia tácita".*

E esta divergência é porque a apelante/ré da monitória expressamente alega, neste processo, a convenção da arbitragem nos embargos monitórios e renova o mesmo pedido em preliminar das razões recursais, o que revela manifestação expressa de não renúncia, mas sim, de que se cumpra o contrato entabulado entre as partes de levar a questão de mérito a Câmara Arbitral, como pode ser visto da cláusula 18º do contrato de f. 94.

Não aceitar a cláusula de arbitragem significa em o Judiciário rescindir cláusula livremente aceita pelas partes, de ofício, o que não se admite, quer porque não se age de ofício em casos tais (art. 2º do CPC) e em desfazendo o *pacta sunt servanda*, quer porque assim o fazendo estar-se-á julgando *ultra petita* e com afronta ao princípio da correspondência ou da correção do art. 141 e art. 492 do CPC.

Veja-se pelo STJ:

> *"Por mais razão, não se pode afastar a convenção arbitral nele instituída por meio de cláusula compromissória ampla, em que se regulou o Juízo competente para resolver todas as controvérsias das partes, incluindo aí a extensão dos temas debatidos, sob a alegação de renúncia tácita ou de suposta substituição do avençado. Uma vez expressada a vontade de estatuir, em contrato, cláusula compromissória ampla, a sua destituição deve vir através de igual declaração expressa das partes, não servindo, para tanto, mera alusão a atos ou a acordos que não tinham o condão de afastar a convenção das partes"* (SEC 1/EX, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 01/02/2012).

O fato da requerida da monitória ter proposto outras ações não pode ser considerada como renúncia tácita, porque ela manifestou vontade expressa de que o Judiciário não decida sobre o contrato que ela celebrou e, assim o faz por permissivo legal, tanto do art. 4º da Lei da Arbitragem, quanto do § 1ª art. 3º do CPC, de forma que somente se admite a renúncia expressa e, ainda assim, nos casos expressos em lei (por ser exceção da regra geral) e isso somente ocorre quando não alega a arbitragem na contestação, nos termos do § 6º do art. 337 do CPC:

> *"A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral".*

Veja que a lei não inclui nas hipóteses excepcionais de renúncia expressa, o fato da propositura de ações judicial (pelo autor em propor ações), mas somente a atribui ao réu (quando da contestação), portanto,

como se trata de preceitos restritivos de direito a interpretação deve ser restrita, por aplicação do brocardo jurídico: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*[2]-[3]

Até porque, na dúvida, a interpretação é o respeito do judiciário quanto à manifestação das partes (titulares do direito material posto à apreciação) de que suas pendências sejam apreciados por outro terceiro imparcial, que não o Judiciário, mas sim, por um árbitro.

Tanto é verdade que reina e prevalece a vontade das partes contida no contrato com fora de arbitragem, que sequer pode o Judiciário a reconhecer de ofício, uma vez que a titularidade de escolha sobre quem vai resolver o litigio é exclusiva das partes. Eis § 5º do art. 337 do CPC:

> *"Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo".*

Até porque também e forte nesta premissa, nada impede que haja fatiamento de julgadores pelas partes, ou seja, podem muito bem abrir mão da arbitragem para uma ação (bastando não alegá-la na contestação e o que fica na sua conveniência e oportunidade - art. 336, § 6º do CPC) e, em outras ações resolver que ela seja dirimida pelo Judiciário, uma vez que o fatiamento de relação jurídica não é indiferente ao sistema jurídico, tanto que a parte pode renunciar ou reconhecer parte do direito.

Pode entender que a discussão aprofundada da relação jurídica de direito material melhor será resolvida pela arbitragem, já que é especializada no tema da navegação e, em outras questões acessórias e acidentais permitir que o Judiciário a resolva; tanto é verdade que o CPC deixa ao livre arbítrio das partes a renúncia da arbitragem ou a sua imposição, bastando que um queira a arbitragem (o réu na contestação – art. 337, X do CPC).

Veja a permissão de fatiamento pelo STJ

> *"De modo a viabilizar o acesso à justiça, caso a arbitragem, por alguma razão ainda não tenha sido instaurada, toda e qualquer medida de urgência pode ser intentada perante o Poder Judiciário, para preservar direito sob situação de risco da parte postulante e, principalmente, assegurar o resultado útil da futura arbitragem. A atuação da jurisdição estatal, em tal circunstância, afigura-se precária, destinada apenas e tão somente à análise da medida de urgência apresentada, sem prorrogação, naturalmente, dessa competência provisória. 1.1 Devidamente instaurada a arbitragem, resta exaurida a jurisdição estatal, devendo os autos serem encaminhados ao Juízo arbitral competente, que, como tal, poderá manter a liminar, caso em que seu fundamento de existência passará a ser o provimento arbitral, e não mais a decisão judicial; modificá-la; ou mesmo revogá-la, a partir de sua convicção fundamentada"* (REsp 1698730/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018).

Por fim, anoto, apenas como forma de corroborar a sentença terminativa pela convenção de arbitragem (art. 485, VII do CPC), que há dois vícios graves na relação processual e que integra a procedibilidade ao bom sucesso de mérito.

2 O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, em suas origens, prescrevia que: "*a lei que abre excepção a regras geraes, ou restringe direitos, só abranje os casos, que especifica*".

3 "*trata-se de princípio de hermenêutica jurídica herdado do Direito Romano e do Direito Canônico, consagrado expressamente tento no Código Canônico de 1917 como no Codex de 1983. eis o teor cânon 18 do Código Vigente: "leges quae poenan statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut excepcionem a lege continent, strictae subsunt enterpretationi*" (SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39).

A primeira é que a apelante/autora da monitória, pelo contrato de f. 80, qualifica-se como pessoa jurídica estrangeira, uma vez que estabelecida na República do Paraguai e, por via de consequência, a demanda judicial exigiria que fosse prestada caução, nos termos do art. 83 do CPC.

A segunda é que há vários documentos juntados aos autos em língua estrangeira sem que estejam traduzidos por tradutor juramentado, nos termos exigidos no art. 162, I c.c art. 192, parágrafo único, ambos do CPC.

Evidente que tais apontamentos são feitos apenas em reforço do acerto da sentença, mas não são fundamentais para a conclusão desse voto, que, repita-se, entende correta aposição do magistrado por reconhecer que a convenção arbitral é óbice intransponível para seguimento.

Desta feita, ouço divergir do nobre relator, para improver o recurso de apelação interposto por Transbarge Navegación S/A e, por via de consequência, para manter a sentença terminativa em razão da existência da convenção de arbitragem, nos termos do art. 485, VII do CPC.

Recurso do Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A

O Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e o advogado Regis Jorge Júnior pugnam pela majoração do valor dos honorários de sucumbência para dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa (f. 422-430).

O recurso merece provimento, pelos motivos a seguir expostos.

In casu, nota-se que o d. Magistrado *a quo* fixou a verba honorária em apenas R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Não obstante, é coerente que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos adversos seja fixada em atenção ao valor da causa e dentro dos parâmetros estabelecidos pelo § 2º, do artigo 85, do CPC.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

> *"(...) Na verba de patrocínio arbitrada com base na equidade (art. 20, § 4º, do CPC/1973), o magistrado não está adstrito aos limites de 10 (dez) a 20% (vinte por cento) inscritos no parágrafo 3º do art. 20 do CPC/1973, podendo, inclusive, utilizar como base de cálculo o valor da causa ou até mesmo estabelecer valor fixo."*[4].

Nesse contexto, considerando os parâmetros estabelecidos no § 2º do artigo 85, do CPC, a atuação do causídico, a complexidade do feito, o tempo de duração da demanda e, amparado no entendimento do STJ, imperioso reconhecer como adequado e suficiente a fixação dos honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Também não merecem guarida os argumentos expostos pela parte autora/apelada em sede de contrarrazões, de baixa complexidade da causa ou, ainda, que o advogado apelante peticionou apenas uma vez ao longo do processo, a um por que tal fato não justifica fixação de valor irrisório a título de honorários sucumbenciais (dignidade da atividade profissional), a dois por que:

> *"(...) Nas demandas múltiplas ou aparentemente simples, muito mais razão existe para a fixação da verba honorária em quantum que sirva não só para remunerar dignamente o profissional mas também para desestimular as resistências obstinadas às*

4 AgInt no AREsp 937.111/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016

pretensões sabidamente legítimas, como o são aquelas em que a jurisprudência encontra-se há tempos consolidada"[5].

Desta forma, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para o fim de reformar a sentença, majorando os honorários sucumbenciais com fulcro no § 8º, do artigo 85 do CPC, fixando-os em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Por fim, o improvimento do recurso da autora da ação monitória (que também é apelada) leva à fixação de honorários recursais correspondente a 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta:

Conheço do recurso interposto por Transbarge Navegación S/A e nego-lhe provimento, de forma a manter a sentença terminativa pela existência de convenção de arbitragem do art. 485, VII do CPC. O improvimento do recurso da apelante/autora da ação monitória leva à majoração dos honorários em valor correspondente a 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, a título de honorários recursais.

Conheço do recurso interposto por Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Júnior e dou-lhe provimento, para o fim de majorar os honorários sucumbenciais com fulcro no § 8º, do artigo 85 do CPC, fixando-os em 10% sobre o valor da causa.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Marcos Brito), após o relator não conhecer do recurso de Serviço de Navegação e dar provimento ao recurso de Transbarge e o 1º vogal dar provimento ao recurso de Serviço de Navegação e negar provimento ao recurso de Transbarge.

VOTO (EM 27/06/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (2º vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Transbarge Navegación S.A., Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Junior, nos Autos de Monitória, de nº 0804346-05.2015.8.12.0008, em que contendem entre si.

Pois bem, a sentença das páginas 413-419 acolheu a preliminar de extinção do processo sem resolução do mérito, ante a existência de convenção de arbitragem.

O i. Relator, por sua vez, deu provimento ao recurso interposto por Transbarge Navegación S/A para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para regular prosseguimento da ação, tendo em vista a renúncia tácita das partes à convenção de arbitragem, dando por prejudicada a análise do recurso interposto por Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Júnior.

5 AgRg no Ag 1406294/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 10/02/2012 – mutatis mutandis

Por sua vez, o 1º vogal Des. Alexandre Bastos, esclarece com acwerto, ao meu sentir, que a propositura de outras duas ações judiciais visando discutir a exigibilidade dos valores cobrados e a ausência de suscitação da existência da convenção de arbitragem, não culmina em renúncia tácita.

A recorrente/ré aponta a convenção da arbitragem tanto nos embargos monitórios como na preliminar das razões recursais, afastando a renúncia, pois pugna pela aplicação do contrato entabulado entre as partes de levar a questão de mérito a Câmara Arbitral, nos moldes da cláusula 18º (p. 94).

O fato da requerida ajuizar outras demandas não resulta, por si só, em renúncia expressa, a qual deve ser volitiva, afastando sua exclusão em caso de expressa manifestação diante do Poder Judiciário e sendo vedado ao magistrado seu reconhecimento de ofício (art. 337, § 5º, do CPC).

Possível que as partes abram mão em algumas ações do arbitramento, encaminhando seu reclame para Justiça, tendo em conta a possibilidade da parte renunciar ou reconhecer parte do direito.

Coerente, também, os acréscimos do 1º vogal quanto a apelante/autora qualificar-se como pessoa jurídica estrangeira, o que exigiria a prestada caução, nos termos do art. 83 do CPC; bem como aos vários documentos juntados aos autos em língua estrangeira sem que estejam traduzidos por tradutor juramentado, nos termos exigidos no art. 162, I c.c art. 192, parágrafo único, ambos do CPC.

Diante do exposto, peço vênia o i. Relator para acompanhar a divergência e conhecer dos recursos, porém negar provimento ao apelo de Transbarge Navegación S/A e dar provimento ao recurso de Serviço de Navegação da Bacia do Prata S/A e Regis Jorge Júnior, nos termos do voto do 1º vogal.

Julgamento suspenso em face da necessidade de convocação de novo membro, para a técnica do art. 942, após o 1º e o 2º vogais darem provimento ao recurso de Serviços de Navegação da Bacia do Prata S/A e negarem provimento ao recurso de Transbarge Navegación S/A, e o relator não conhecer do recurso de Serviço de Navegação e dar provimento ao recurso de Transbarge.

VOTO (EM 25/07/2018)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (3º vogal)

Na hipótese, a conduta dos réus em pleitear a comissão de arbitragem nessa demanda viola a boa fé e configura *venire contra factum proprio,* razão pela qual acompanho o relator Des. Paulo Alberto de Oliveira.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (4º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso de Transbarge e deram provimento ao apelo de Serviço de Navegação e de Regis Jorge Junior, nos termos do voto do 1º, 2º e 4º vogais, vencidos o relator e 3º vogal

que deram provimento ao recurso de Transbarge e não conheceram do apelo de Serviço de Navegação e de Regis Jorge Junior, de acordo com o art. 942 do CPC.

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, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1413747-32.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMISSÃO NA POSSE – REINTEGRAÇÃO DA POSSE AO COMPANHEIRO QUE ESTÁ COM A GUARDA DOS FILHOS – ACOLHIDO PARA ATENDER O MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES – RECURSO PROVIDO.

O fato da agravada ter medida protetiva em face da agravante, com base na lei da Maria da Penha, em nada muda o resultado de julgamento de emitir na posse do imóvel litigioso, o genitor que está com a guarda dos filhos e quem no papel é o proprietário do imóvel alvo de partilha entre eles, uma vez que a causa de pedir deste feito é o direito à posse do imóvel entre companheiros, portanto, nada tem a ver com a causa de pedir da violência doméstica, já que não se aproximar não significa em perda da melhor posse por parte do companheiro que está com a guarda dos filhos e nada deve interferir na filiação entre os pais litigantes. Em outros termos: que o casal resolva entre si suas pendências cíveis e penais sem interferência no melhor interesse dos filhos, que é quem tem primazia e que serve de fundamento para deixar na posse do imóvel o genitor que tem a guarda dos mesmos, nos termos do art. 1º da Lei nº 8069/90 e art. 228 da CF/88.

Inclusive, a guarda dos filhos é critério pelo CPC para fixar a competência territorial para as ações que tenha como causa de pedir o casamento ou união estável, mais precisamente, o art. 63, I a do CPC, ao determinar que estas ações tramitem na Comarca onde reside o cônjuge ou companheiro que tem a guarda do filho incapaz.

Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Elber Stilben de Souza em face da decisão proferida às f. 77-91 dos autos da Ação de Imissão na Posse ajuizada em desfavor de Rosany Mary Pasqualini da Silva (nº 040892-12.2017.8.12.0001).

Elber Stilben de Souza suscita no agravo de instrumento de f. 01-20, em apertada síntese: A decisão recorrida consiste no indeferimento do pedido de liminar para que o agravante fosse imitido imediatamente na posse do imóvel que se encontra ocupado pela agravada. Relata que conviveu em união estável com a agravada e que tiveram dois filhos, os quais se encontram atualmente convivendo com o agravante, porém o único imóvel que possui se encontra ocupado indevidamente pela recorrida, considerando que foi adquirido por substituição a outro bem que já possuía antes da convivência em comum. Afirma que não há decisão judicial assegurando o direito da agravada em manter-se na posse do imóvel, pois a ação penal de violência doméstica por ela ajuizada contra o agravante foi arquivada por determinação deste Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* nº 1408349-41.2016.8.12.0000. Diz ter sido obrigado a alugar outro imóvel para conviver com sua família.

A recorrida, devidamente intimada (f. 147), apresentou contrarrazões pelo improvimento às f. 148-150.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Elber Stilben de Souza em face da decisão proferida às f. 77-91 dos autos da Ação de Imissão na Posse ajuizada em desfavor de Rosany Mary Pasqualini da Silva (nº 040892-12.2017.8.12.0001).

Elber Stilben de Souza suscita no agravo de instrumento de f. 01-20, em apertada síntese: a decisão recorrida consiste no indeferimento do pedido de tutela provisória para que o agravante fosse imitido imediatamente na posse do imóvel que se encontra ocupado pela agravada.

Relata que conviveu em união estável com a agravada e que tiveram dois filhos (gêmeos), os quais se encontram atualmente convivendo com o agravante, porém, o único imóvel que possui se encontra ocupado indevidamente pela recorrida, considerando que foi adquirido por substituição a outro bem que já possuía antes da convivência em comum.

Afirma que não há decisão judicial assegurando o direito da agravada em manter-se na posse do imóvel, pois a ação penal de violência doméstica por ela ajuizada contra o agravante foi arquivada por determinação deste Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* nº 1408349-41.2016.8.12.0000. Diz ter sido obrigado a alugar outro imóvel para conviver com sua família.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que o agravante e a agravada tiveram relacionamento rompido (união estável).

Após este rompimento, o agravante propôs ação com pedido de que a agravada desocupe o imóvel de sua propriedade (adquirido com a venda de outro bem comprado antes da união estável), uma vez que a guarda dos filhos gêmeos estão com ele e que está tendo gastos para a locação de imóvel para residir com os filhos.

A decisão recorrida negou o pedido de tutela provisória (f. 21-25) alegando que este imóvel está sendo reivindicado pela agravada, mais precisamente, entre os bens a serem partilhados, mais precisamente, na Ação nº 0800983-94.2017.8.12.0001 e, portanto, que há controvérsia sobre o imóvel.

Tenho que a decisão deve ser reformada.

Explica-se.

A tutela provisória somente abre legalidade para sua concessão diante do preenchimento dos requisitos cumulativos do art. 300 do CPC, ao dispor que:

> *"A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".*

O risco de dano grave exigido no parágrafo único do art. 300 do CPC consiste em figura análoga ao instituto do perigo na demora *periculum in mora*, que atrela-se na preservação do direito posto à apreciação, a fim de se evitar que ele pereça ou, que não pereça, mas, que possa advir dano grave ou de difícil reparação.

Em outros termos: serve para frutuosidade da tutela jurisdicional, ao final. Parte da permissão: se não conceder no dia de hoje não precisa mais concedê-lo, *a posteriori*.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Melo:

> *"Irreparável é a lesão que inviabiliza o específico direito que está sendo postulado* (Curso de direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, p. 103)"

Com o devido respeito, pesando nos pratos afilados da balança os interesses dos agravantes, o recorrente além de estar tendo que pagar aluguel de imóvel é quem tem a guarda dos filhos, ou seja, além de pagar aluguel ainda assume as despesas para criação dos filhos, o que revela sem sombras de dúvidas que este requisito encontra-se a seu favor, até porque é fato notório da crise econômica que assola o território nacional e revela desproporcional e injusto, nos termos do art. 6º e art. 8º do CPC, que o agravante assuma a integralidade deste ônus econômico.

Portanto, presente o perigo de dano.

Já, a probabilidade do direito é a projeção da futura da sentença para o dia de hoje em perguntando: o autor da ação será vencedor, numa cognição, ainda que rarefeita? Se a resposta for positiva, então, presente se faz o referido requisito de antecipação do pedido em juízo provisório e sumário, repita-se.

Por Joel Dias Figueira Júnior:

> *"O que interessa mesmo é que até o momento especifico da prolação do decisum de acolhimento da tutela, a prova produzida apresente-se suficientemente forte para que o magistrado forme um juízo de quase-certeza ou quase-verdade, tendo-se em conta os efeitos diretos e reflexos que advirão em termos práticos da concessão da medida satisfativa, nada obstante interinal* (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4. t. I, p. 181)".

Na lição de Eduardo Arruda Alvim:

> *"É a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir em juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado* (Antecipação da tutela. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2008, p. 72)".

Perante este requisitos, o que me leva a formar convicção não é que se o pai ou mãe tem direito a ficar no imóvel alvo de disputa judicial (partilha - união estável), mas sim, qual o melhor interesse para os filhos e levando em conta o "*princípio da proteção integral à criança e adolescente"* do art. 1º da Lei nº 8069/90:

> *"Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente".*

Prioridade que deve orientar as decisões judiciais, que vem desde a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e que estabeleceu diversos princípios, podendo-se destacar, dentre eles, o princípio da proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual e o princípio a educação gratuita e compulsória.

Declaração esta que orientou a redação do art. 227 da CF/88:

> *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".*

E neste ponto que me revela que o agravante deve ter a posse do imóvel, até porque, é quem consta no título imobiliário como o proprietário somado ao fato de que é ele quem tem a guarda dos filhos, de forma que os valores que se passa para locação pode ser utilizada para melhoria de vida dos filhos (educação, lazer etc) e, portanto, atendendo a primazia dos interesses das crianças e adolescentes.

Veja-se pela doutrina:

> *"Basicamente, a doutrina jurídica da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente assenta-se em três princípios, a saber: Criança e adolescente como sujeitos de direito - deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos. Destinatários de absoluta prioridade. Respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" (*http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.Html*).*

Por fim, o fato da agravada ter dito medida protetiva em face da agravante, com base na lei da Maria da Penha, em nada muda o resultado de julgamento de emitir na posse do imóvel o genitor que está com a guarda dos filhos gêmeos e quem no papel é o proprietário do imóvel, uma vez que a causa de pedir deste feito é o direito à posse do imóvel litigioso entre as partes por quem tem a guarda dos filhos, portanto, nada tem a ver com a causa de pedir da medida protetiva pleiteada na vara de violência doméstica, já que não se aproximar não significa em perda da melhor posse e nada deve interferir na filiação entre os pais litigantes.

Em outros termos: que o casal resolva entre si suas pendências cíveis e penais sem interferência no melhor interesse dos filhos, que quem tem primazia e que serve de fundamento para deixar na posse do imóvel o genitor que tem a guarda dos infantes, nos termos do art. 1º da Lei nº 8069/90 e art. 228 da CF/88.

Inclusive, a guarda dos filhos é critério pelo CPC para fixar a competência territorial para as ações que tenha como causa de pedir o casamento ou união estável, mais precisamente, o art. 63 do CPC, ao determinar que estas ações tramitem na Comarca onde reside o cônjuge e companheira que tem a guarda do filho incapaz.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento ao recurso interposto por Elber Stilben de Souza para conceder a tutela provisória, nos exatos termos pleiteados na pretensão recursal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

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

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

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0003865-63.2010.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – ULTRAPASSADA A CARÊNCIA DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL E DA SÚMULA 610 DO STJ É DEVIDA A INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA PLEITEADA – A SEGURADORA NÃO DESINCUMBIU COM O ÔNUS DA PROVA QUE LHE CABIA (ARTIGO 373, INCISO II, DO CPC) – DESCONTOS NA FOLHA DE PAGAMENTO DO SEGURADO EM PERÍODO ANTERIOR À APÓLICE APRESENTADA NOS AUTOS – OMISSÃO POR PARTE DA SEGURADORA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, passou a adotar, recentemente o entendimento de que devem ser respeitados os dois anos de carência para o caso de suicídio, sendo este um marco meramente temporal e objetivo não admitindo qualquer tipo de interpretação ou componente subjetivo (Súmula nº 610 do STJ e artigo 798 do Código Civil).

In casu, a seguradora anexou aos autos apólice efetuada no período de 01.03.2003 a 01.08.2005 (f. 66), entretanto, no mês de fevereiro de 2003 já existia o desconto do seguro. Portanto, já existia entre as partes contrato de seguro anterior ao apresentado nos autos que foi omitido pela recorrente.

Desta forma, a seguradora deixou de produzir prova de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito das requerentes (artigo 373 do CPC) pois suas alegações não condizem com a verdade apresentada nos autos. Assim, se a contratação ocorreu em 2001, e o óbito do segurado ocorreu em 2004, entendo que o suicídio do segurado ocorreu após o prazo de carência de dois anos, sendo devida a indenização pleiteada pelas requerentes.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de agosto de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 103-107) proferida pelo Juízo da Comarca de Amambai, na ação de cobrança interposta por Joice Almeida Nelson e Vania Almeida, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a requerida ao pagamento da indenização por morte natura decorrente do falecimento de seu genitor, no montante de R$ 45.000,00

(quarenta e cinco mil reais), corrigidos desde a contratação (início da vigência da apólice), segundo a variação do INPC e mediante a incidência de juros à razão de 1% ao mês desde a citação.

Alega, em síntese, que: a) o artigo 798 do Código Civil dispõe sobre a exclusão expressa do pagamento do seguro nos casos de suicídio venha ocorrer nos primeiros 02 anos da contratação da apólice de seguro; e, b) a responsabilidade do segurador fica restrito somente aos riscos assumidos e previstos no contrato. Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, julgando-se improcedente o pedido inicial (f. 109-120).

Em contrarrazões, as apeladas manifestam-se pelo não provimento do recurso de apelação pois alegam que o seguro foi contratado desde a data de admissão do segurado, que ocorreu em 26.01.2001 (f. 128-142).

VOTO

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

Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 103-107) proferida pelo Juízo da Comarca de Amambai, na ação de cobrança interposta por Joice Almeida Nelson e Vania Almeida, que julgou procedente o pedido inicial para condenar a requerida ao pagamento da indenização por morte natura decorrente do falecimento de seu genitor, no montante de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), corrigidos desde a contratação (início da vigência da apólice), segundo a variação do INPC e mediante a incidência de juros à razão de 1% ao mês desde a citação.

Alega, em síntese, que: a) o artigo 798 do Código Civil dispõe sobre a exclusão expressa do pagamento do seguro nos casos de suicídio venha ocorrer nos primeiros 02 anos da contratação da apólice de seguro; e, b) a responsabilidade do segurador fica restrito somente aos riscos assumidos e previstos no contrato. Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, julgando-se improcedente o pedido inicial (f. 109-120).

Em contrarrazões, as apeladas manifestam-se pelo não provimento do recurso de apelação pois alegam que o seguro foi contratado desde a data de admissão do segurado, que ocorreu em 26.01.2001 (f. 128-142).

Às f. 162-166 as autoras se manifestaram.

É o relatório. Passo a decidir.

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

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pela seguradora contra a sentença que julgou procedente o pedido de pagamento de cobertura securitária.

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

A seguradora alega que não é devido o pagamento da indenização pleiteada pois refere-se ao caso de suicídio do segurado que ocorreu no período inferior há 02 anos da contratação da apólice de seguro. Por sua vez, as requerentes afirmam que o suicídio ocorreu após dois anos da contratação, pois o pai das autoras era segurado da ré desde 2001.

A controvérsia recursal se restringe em saber se o suicídio, cometido pelo segurado antes de decorridos dois anos da vigência da apólice, seria ou não "justa causa" para o não pagamento da indenização securitária

Para o Código Civil anterior, eram necessárias duas condições para a seguradora deixar de cobrir o suicídio, a premeditação e a participação em duelo. No entanto, para o novel Código Civil, o requisito é apenas um, qual seja, que tenha sido cometido nos dois primeiros anos de vigência.

Assim, de acordo com a redação do art. 798 do Código Civil de 2002, a seguradora não está obrigada a indenizar o suicídio ocorrido dentro dos dois primeiros anos do contrato.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, passou a adotar, recentemente o entendimento de que devem ser respeitados os dois anos de carência para o caso de suicídio, sendo este um marco meramente temporal e objetivo não admitindo qualquer tipo de interpretação ou componente subjetivo.

> *O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada.* (Súmula 610, Segunda Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 07/05/2018)

Desta forma, vindo o suicídio ocorrer no prazo de carência de dois anos, exime-se a seguradora ao pagamento da indenização, sendo desnecessária a prova da premeditação.

No caso dos autos, extrai-se que as requerentes anexaram holerites do falecido Gerson Nelson Nunes comprovando que no período de fev/2003 a julho/2004 existem descontos da Porto Seguro Cia (f. 30/39). Além disso, consta na certidão de óbito (f. 29) que o falecimento do segurado ocorreu em 29.07.2004[2], constando como causa de morte *"parada cárdia respiratório, asfixia, enforcamento"*.

Destaco, ainda, que os argumentos utilizados pela seguradora em sua peça contestatória contradiz as provas anexadas nos autos, uma vez que consta que *"a apólice de seguro foi contratada em 01 de março de 2003*" (f. 56), entretanto, as autoras anexaram holerite do mês de fevereiro de 2003 que já constava o referido desconto referente ao seguro contratado.

Com isso, considerando que a seguradora anexou aos autos apólice efetuada no período de 01.03.2003 a 01.08.2005 (f. 66) e no mês de fevereiro de 2003 já existia o desconto do seguro, entendo já existia entre as partes contrato de seguro anterior ao apresentado nos autos que foi omitido pela recorrente, já que não apresentou nos autos o contrato anterior.

Diante dessa omissão, entendo que o inicio da contratação do seguro de vida não foi na data citada pela seguradora como alegado, desta forma, a seguradora deixou de produzir prova de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito das requerentes (artigo 373 do CPC) pois suas alegações não condiz com a verdade apresentada nos autos.

2 Esclareço que a sentença lançou a data do óbito do segurado de forma equivocada (f. 104), já que considerou a data da expedição da certidão de óbito (f. 29)

Por isso, contra o parecer que desconsiderou os descontos anteriores ao período de contratação apresentado à f. 66, entendo que a sentença não merece ser alterada, devendo prevalecer os argumentos utilizados pelas requerentes em sua peça inicial com relação ao início da contratação (ano de 2001). Assim, se a contratação ocorreu em 2001 e o óbito do segurado ocorreu em 2004 entendo que o suicídio do segurado ocorreu após o prazo de carência previsto pelo artigo 798 do CC.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – AÇÃO DE COBRANÇA – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO À SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR AFASTADA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO – NÃO ACOLHIMENTO – SUICÍDIO DO SEGURADO – ESTIPULANTE QUE CONTRATOU APÓLICES ANTERIORES COM SEGURADORAS DIVERSAS, SENDO TRANSFERIDAS UMA A UMA – HIPÓTESE DE NOVA CONTRATAÇÃO COM A RÉ QUE NÃO SE SUSTENTA – SUICÍDIO OCORRIDO APÓS O PRAZO DE CARÊNCIA PREVISTO PELO ART. 798, CC – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – DECISÃO BEM FUNDAMENTADA – RATIFICAÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 252 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE DE JUSTIÇA – RECURSO NÃO PROVIDO, majorando-se a verba honorária para 17% (dezessete por cento) do valor da condenação.* (TJSP; Apelação 1000318-39.2016.8.26.0637; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/12/2017; Data de Registro: 14/12/2017)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO DE VIDA – NEGATIVA DE COBERTURA – SUICÍDIO ANTES DO TRANSCURSO DE DOIS ANOS – PREMEDITAÇÃO NÃO DEMONSTRADA – CDC – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO NORTEADOR – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – APELO DESPROVIDO – PRECEDENTES – UNÂNIME. Ocorrido o suicídio no chamado prazo de carência, de dois anos, a obrigação de indenizar somente será afastada quando ficar demonstrado que houve premeditação, à época do contrato. Nos termos do artigo 333, II, do CPC, não tendo a apelante se desincumbido de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores, cumpre manter o juízo de procedência do pedido indenizatório._Desproveram o apelo. Unânime.* (Apelação Cível Nº 70035121011, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 16/02/2012)

No que tange ao prequestionamento, tenho que desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o julgador obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

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

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso interposto por Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, mantendo inalterada a sentença.

Com fulcro no §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC, condeno a seguradora ao pagamento de honorários advocatícios recursais para o causídico que representou os interesses da parte requerente em 5% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 8 de agosto de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0010801-87.2009.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – INCÊNDIO EM VEÍCULO – VÍTIMA FATAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 12, § 3º, DO CDC – ÔNUS DA PROVA QUANTO AO DEFEITO DE FABRICAÇÃO OU CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO DA FORNECEDORA – TEORIA DO RISCO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – REPARAÇÃO DO DANO DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – DANO MORAL CONFIGURADO – FILHA DOS AUTORES FALECEU – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE (VALOR DE R$ 40.000,00 PARA CADA GENITOR) – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Comprovado o dano, o nexo de causalidade e a culpa do requerido, impõe-se o dever de indenizar.

No que se refere aos danos morais, no caso em tela, entendo que é presumido pois evidente o abalo psicológico sofrido pelos autores (pais) que perderam, de maneira repentina, sua filha. Ao estabelecer o montante da indenização pelo dano moral, impõe-se que o magistrado se atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral do indivíduo deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Cabe à fornecedora a comprovação das excludentes do art. 12, § 3º, do CDC, sob pena de sua responsabilização pela indenização do dano suportado pelo consumidor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de agosto de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

General Motors do Brasil Ltda, Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos interpõem recurso de apelação em face da sentença de f. 908-917, proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da

Comarca de Três Lagoas, na ação de indenização por danos materiais e morais, que julgou procedente os pedidos iniciais nos seguintes termos:

> *"(...) Do exposto, julgo procedente a ação de indenização por dano moral e material para condenar a Requerida General Motors do Brasil Ltda ao pagamento de indenização por danos materiais em favor dos Autores Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos, no valor de R$ 15.906,00 (quinze mil novecentos e seis reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV desde a inicial e juros de mora desde a citação; bem como danos morais de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM desde esta sentença e juros de mora desde a citação. Condeno a Requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 20% do valor da condenação. Em consequência, julgo extinto o processo, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil."*

Apelação da General Motors Ltda

Alega, em síntese, que: a) o perito utilizou-se de metodologia inadequada para elaborar o laudo pericial, sendo que a perícia técnica indireta deveria ter sido baseada na análise dos documentos constantes dos autos: b) o veículo acidentado foi sucateado, não havendo como verificar seu estado de conservação; c) o magistrado deve fundamentar as razões para a adoção ou rejeição do laudo pericial; d) que o veículo não era defeituoso e o Denatran atestou a adequação do modelo do veículo vectra à legislação de trânsito, conforme certificado expedido em 14/06/2005, que atestou que o automóvel transmite aos consumidores a segurança esperada de um veículo automotor; e) afirma que o problema mencionado no Boletim de Informação Técnica nº IT – 017/98 (queima de fusível de proteção do circuito), não era capaz por si só de causar o incêndio ou explosão do veículo; f) as conclusões do laudo constituem meras hipóteses acerca da causa do incêndio; g) os apelados no depoimento feito a autoridade policial, não haviam realizado a manutenção preventiva do veículo; h) não existem provas que apontem que o veículo incendiou em decorrência de defeito de fabricação; i) o valor fixado a título de danos morais deve ser reduzido pois é exorbitante; d) pleiteou a readequação do ônus da sucumbência, tendo em vista que os autores sucumbiram da maior parte do pedido.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando-se improcedente os pedidos iniciais. Alternativamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório e a redistribuição do ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, os autores pugnam pelo não provimento do recurso (f. 991-997).

Recurso voluntário dos requerentes

Afirma que o *quantum* indenizatório (R$ 40.000,00 para cada genitor), foi fixado em valor ínfimo e que não fará qualquer diferença ante a capacidade econômica da empresa fabricante de automóveis, não cumprindo seu caráter punitivo e devendo ser majorado. Defende a fixação do dano moral em R$ 500.000,00 para cada um dos genitores.

Em contraminuta a empresa pugnou pela improcedência do recurso dos requerentes (f. 978-990).

VOTO (EM 18/07/2018)

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

General Motors do Brasil Ltda, Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos interpõem recurso de apelação em face da sentença de f. 908-917, proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, na ação de indenização por danos materiais e morais, que julgou procedente os pedidos iniciais nos seguintes termos:

> *"(...) Do exposto, julgo procedente a ação de indenização por dano moral e material para condenar a Requerida General Motors do Brasil Ltda ao pagamento de indenização por danos materiais em favor dos Autores Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos, no valor de R$ 15.906,00 (quinze mil novecentos e seis reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV desde a inicial e juros de mora desde a citação; bem como danos morais de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM desde esta sentença e juros de mora desde a citação. Condeno a Requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 20% do valor da condenação. Em consequência, julgo extinto o processo, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil."*

Apelação da General Motors Ltda

Alega, em síntese, que: a) o perito utilizou-se de metodologia inadequada para elaborar o laudo pericial, sendo que a perícia técnica indireta deveria ter sido baseada na análise dos documentos constantes dos autos: b) o veículo acidentado foi sucateado, não havendo como verificar seu estado de conservação; c) o magistrado deve fundamentar as razões para a adoção ou rejeição do laudo pericial; d) que o veículo não era defeituoso e o Denatran atestou a adequação do modelo do veículo vectra à legislação de trânsito, conforme certificado expedido em 14/06/2005, que atestou que o automóvel transmite aos consumidores a segurança esperada de um veículo automotor; e) afirma que o problema mencionado no Boletim de Informação Técnica nº IT – 017/98 (queima de fusível de proteção do circuito), não era capaz por si só de causar o incêndio ou explosão do veículo; f) as conclusões do laudo constituem meras hipóteses acerca da causa do incêndio; g) os apelados no depoimento feito a autoridade policial, não haviam realizado a manutenção preventiva do veículo; h) não existem provas que apontem que o veículo incendiou em decorrência de defeito de fabricação; i) o valor fixado a título de danos morais deve ser reduzido pois é exorbitante; d) pleiteou a readequação do ônus da sucumbência, tendo em vista que os autores sucumbiram da maior parte do pedido.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando-se improcedente os pedidos iniciais. Alternativamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório e a redistribuição do ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, os autores pugnam pelo não provimento do recurso (f. 991-997).

Recurso voluntário dos requerentes

Afirma que o *quantum* indenizatório (R$ 40.000,00 para cada genitor), foi fixado em valor ínfimo e que não fará qualquer diferença ante a capacidade econômica da empresa fabricante de automóveis, não cumprindo seu caráter punitivo e devendo ser majorado. Defende a fixação do dano moral em R$ 500.000,00 para cada um dos genitores.

Em contraminuta a empresa pugnou pela improcedência do recurso dos requerentes (f. 978-990).

É o relatório. Passo a decidir.

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

Do mérito

A presente demanda refere-se a ação de indenização por danos materiais e morais em razão do incêndio que vitimou fatalmente a filha dos requerentes, R. I. R. dos S. de 06 (seis) meses de idade, sustentando os autores que o incêndio deu-se em razão de defeito do produto (veículo) fabricado pela requerida.

Narram os autos que a mãe da criança ao chegar em sua residência, estacionou o veículo GM/Vectra GLS, ano/modelo 96/97, placa CEG 0345, gasolina, deixando em seu interior a filha e foi abrir a porta da casa, ao retornar deparou-se com o veículo em chamas, o fogo propagou-se rapidamente atingindo a criança que veio a falecer 34 dias depois, em decorrência das queimaduras de 3º e 4º que sofreu. Tais fatos estão relatados no boletim de ocorrência (f. 20-21).

Por seu turno, argumenta a empresa requerida que o laudo pericial não faz prova suficiente de que o incêndio ocorreu por defeito de fabricação.

Entretanto, tenho que não assiste razão a empresa fabricante de automóveis.

O Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor de produtos ou serviços o dever de qualidade e segurança.

Assim, todo aquele que coloca no mercado uma mercadoria ou serviço tem a obrigação legal de ofertá-lo sem risco ao consumidor, no que diz respeito à sua saúde, integridade física e patrimônio.

A responsabilidade estipulada nas relações de consumo, diga-se, é objetiva. Quer dizer que a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores, em face dos produtos e serviços colocados no mercado independem da existência de culpa.

No caso dos autos, contudo, a sentença restou favorável aos autores tendo em vista que a requerida não se desincumbiu do ônus da prova correspondente ao art. 373, II, do CPC, ou seja, não comprovou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores.

Importa transcrever trecho pertinente da sentença recorrida, onde restou consignado que:

> *"(...)*
>
> *Observa-se que o laudo pericial confeccionado pelo Núcleo de Criminalística de Três Lagoas relatou que: "A maior precipitação de telhas cerâmicas do telhado da varanda sobre o teto do veículo, especificamente na parte traseira (passageiros) indicavam que ali fosse o foco inicial das chamas. Examinando detidamente aquele local e áreas periféricas não encontramos qualquer outro vestígio que pudesse estar relacionado ou desse outra causa ao incêndio ora estudado".*
>
> *Pela nova prova pericial realizada nos autos (f. 708-727), o perito oficial relatou que: "Se a origem do incêndio fosse no compartimento do motor, provavelmente a filha do requerente teria sido salva ilesa". E:"Coadunando-se os fatos apresentados, podemos concluir que a origem das chamas foi sob o banco traseiro, provavelmente no tanque de gasolina".*
>
> *Foi anexado ao laudo pericial boletim de informação técnica da requerida (f. 720), no qual depreende-se que a requerida tinha conhecimento dos frequentes problemas ocorridos com o modelo vectra, recomendando-se a substituição do chicote da bomba de combustível dentro do tanque.*

> *Quanto a este fato, foi relatado pelo perito oficial que: "Esta 'circular interna' alertava as concessionárias e oficinas autorizadas GM da queima do fusível de proteção do circuito da bomba de gasolina porque o chicote elétrico sendo comprido vinha a se encostar em um dos terminais da bomba, ocasionando o derretimento da proteção, provocando curto-circuito". Tem-se ainda: "O boletim técnico corrobora que os 'boatos' eram fatos verdadeiros velados e que em 1.998, a GM sabia de pelo menos um dos pontos com potencial de causar explosão/incêndio" (f. 720-721)".*

Portanto, restou claramente demonstrado pelo laudo pericial (f. 708-727) que não foi encontrado nenhum outro vestígio que pudesse dar causa ao incêndio e que o incêndio iniciou-se no tanque de combustível, pois, se tivesse ocorrido no compartimento do motor era provável que a criança tivesse sido salva.

Além disso, consta às f. 716, que o Laudo nº 10.985, de confecção do Perito Milton César Fúrio do Núcleo de Criminalística de Três Lagoas, que vistoriou o veículo no local do incêndio, constatou que,"*as estruturas do compartimento do motor e de carga mantinham-se em melhores condições de preservação, excluindo- os como foco de origem das chamas* (f. 73-74).

Ademais, como muito bem registrado pelo magistrado de primeiro grau, foi anexado à perícia, o Boletim de Informação Técnica de f. 720, que comprova a ciência da empresa ré, da existência de defeito capaz de causar explosão/incêndio do veículo, problema frequente ocorrido com o modelo vectra.

Ressalto que há também relatos na imprensa da ocorrência de casos semelhantes, envolvendo o veículo Vectra GM, Vejamos:

> *"13/07/2018 ConJur - GM e seguradora devem indenizar por explosão de carro https://www.conjur.com.br/2008-jul-02/gm_seguradora_indenizar_explosao_carro?imprimir=1 1/2 responsabilidade do fabricante 2 de julho de 2008, 15h45 A General Motors e da ACE Seguradoras terá de indenizar 12 familiares de quatro vítimas, mortas na explosão de um carro. A decisão é da juíza da 9ª Vara Cível de Cuiabá, Amini Haddad Campos, que condenou a fabricante de veículos e a seguradora a pagar R$ 500 mil por danos morais a cada um dos 12 familiares. Cabe recurso. A juíza entendeu que não existe nos autos qualquer informação que possa excluir a responsabilidade da fabricante General Motors pelo fato. O Código de Defesa do Consumidor, lembrou a juíza, estabelece a responsabilidade objetiva do fabricante, visto que este não demonstrou que o defeito não existiu e nem a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. A juíza esclareceu ainda que o fabricante somente poderia ser excluído da responsabilidade se provasse que não colocou o produto no mercado; que embora houvesse colocado o produto no mercado, o defeito inexistia; ou se a culpa fosse exclusiva do consumidor ou de terceiro. Amini Haddad destacou que, além das informações contidas no boletim de ocorrência, o laudo de necropsia demonstra que a morte da vítima teria ocorrido por "explosão com queimação total do veículo Vectra e carbonização total de todos os ocupantes", sem que fosse envolvido um segundo veículo. Outro item do processo registra que não houve tentativa de frenagem na trajetória do carro. A titular da 9ª Vara Cível de Cuiabá enfatizou, ainda, que o acidente ocorreu em agosto de 1999, sendo que o veículo foi adquirido nesse mesmo ano, ou seja, tinha somente sete meses de uso, o que afasta a alegação de desgastes pelo uso. O acidente de acordo com o processo, as quatro vítimas viajavam de Cuiabá para Barra do Garças (MT), num vectra, quando o veículo explodiu matando seus ocupantes. No carro que vinha logo atrás, a filha de uma das vítimas assistiu o acidente. Segundo a perícia realizada dois dias após o acidente, a explosão teria sido causada por atrito de material metálico sobre o asfalto, que produziu faíscas que atingiram o Montadora e seguradora devem indenizar por explosão de carro 13/07/2018 ConJur - GM e seguradora devem indenizar por explosão de carro https://www.conjur.com.br/2008-jul-02/gm_seguradora_indenizar_explosão_carro?imprimir=1 2/2 combustível derramado em virtude do rompimento (rasgos) da parte inferior do reservatório. De acordo com o documento pericial, o material*

seria fragmento de uma peça de freio de caminhão. Os autores da ação afirmaram existir vícios no veículo, que teriam ocasionado o acidente. Apresentaram, inclusive, informativos de recall (chamados da fábrica para correção das irregularidades constatadas em alguns veículos). Na petição inicial, o valor indenizatório pedido foi de R$ 3 milhões para cada familiar. A General Motors alegou a inexistência de vícios no veículo, bem como a devida regularidade de todos os informativos hábeis à utilização do mesmo. Na contestação, a seguradora ACE argumentou que o limite de responsabilidade está identificado na apólice, não se configurando a relação de consumo em relação à empresa, nos termos do que dispõe o artigo 2º, da Lei 8.078/90. As alegações da montadora e da seguradora foram rejeitadas pela juíza. Revista Consultor Jurídico, 2 de julho de 2008, 15h4.

A empresa fabricante de automóveis alega que a perícia foi realizada de forma indireta e que as conclusões do laudo constituem meras hipóteses acerca da causa do incêndio, entretanto, tais alegações não são capazes de afastar a responsabilidade da ré.

Isso porque não há dúvidas de que a relação entre as partes é de consumo, por isso importante observar os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, aplicados ao caso.

Dessa forma, incide a teoria do risco do empreendimento e da responsabilidade objetiva do fornecedor do produto defeituoso, visto que de acordo com o art. 12, do mencionado código, o fabricante responde independentemente de culpa pelos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos.

Além disso, expressamente prevê o CDC no § 3º do art. 12 que o fornecedor somente se eximirá da responsabilidade quando provar que não colocou o produto no mercado; que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste ou, ainda, quando provar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Frisa-se que tal dispositivo legal coaduna-se com os princípios do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com o art. 6º, VIII, que visa à proteção do consumidor, parte hipossuficiente, principalmente no que diz respeito a produção de provas. Ou seja, não há como imputar à parte hipossuficiente, no caso em exame aos autores, a comprovação de que o seu veículo apresentava defeito de fabricação ou qualquer outro vício de responsabilidade da requerida.

Por mais que se alegue que a prova pericial utilizou-se de metodologia inadequada, tal fato não pode ser imputado ao consumidor.

Ocorre que conforme determina o CDC, cabia às recorridas o ônus probatório quanto à inexistência do defeito de fábrica ou, ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, o que não ocorreu neste caso.

De todo o contexto probatório apresentado, percebe-se que os requerentes comprovaram de fato que o bem foi incendiado e ainda há registro de casos semelhantes, da mesma fabricante, de veículos da mesma marca, incendiados inesperadamente, o que corrobora com as argumentações dos autores.

Ademais, acrescenta-se que o documento de f. 720, mais uma vez demonstra a verossimilhança dos fatos alegados pelos requerentes, pois expedido pela própria requerida, onde está alerta as concessionárias e oficinas autorizadas acerca da existência de vício consistente na queima do fusível de proteção do circuito de bomba de gasolina, porque o chicote elétrico, sendo longo vinha a se encostar em um dos terminais da bomba, ocasionando o derretimento da proteção, podendo ocasionar problemas elétricos.

Dessa forma, por serem verossímeis as alegações dos requerentes, por ter sido invertido o ônus da prova, e, ainda, em razão de disposto em norma federal garantidora dos direitos do consumidor, cabia à requerida a comprovação de que não havia defeito de fabricação no veículo ou que o incêndio do bem móvel deu-se por culpa exclusiva dos recorrentes ou de terceiros, o que não fizeram.

Portanto, decorrente da principiologia consumerista, da aplicação da responsabilidade objetiva e da ausência de prova pela recorrida de que o dano ocorrido deu-se por culpa exclusiva do recorrente ou de terceiros e da ausência de demonstração de que o veículo não apresentava defeito de fabricação ou qualquer vício oculto de responsabilidade dos fornecedores, nasce o dever da reparação dos danos ao consumidor.

Nesse sentido, em caso semelhante, tem-se posicionamento recente do STJ:

> *RECURSO ESPECIAL (art. 105, inc. III, "a", CF/88) – AÇÃO CONDENATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DE FABRICANTE DE AUTOMÓVEL – DEFEITO DE FABRICAÇÃO – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM IMPROCEDENTES OS PEDIDOS VEICULADOS NA INICIAL, SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO RESTOU COMPROVADO QUE A FORNECEDORA COLOCOU NO MERCADO PRODUTO COM ALGUM DEFEITO OU VÍCIO. INSURGÊNCIA DOS AUTORES. DÚVIDA ACERCA DA CAUSA DO INCÊNDIO DO AUTOMÓVEL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INTELIGÊNCIA DO ART. 12 DO CDC – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Pretensão condenatória deduzida em face de fabricante de automóvel, ante os alegados danos decorrentes de incêndio deste, enquanto conduzido por um dos autores. Tribunal a quo que, num primeiro momento, julgou parcialmente procedentes os pedidos. Decisum reformado, em sede de embargos infringentes, para julgar improcedentes os pedidos, reputando-se não demonstrado o defeito de fabricação. 1. Como se infere do art. 12 do CDC, a responsabilidade do fabricante pelos danos causados aos consumidores por defeitos de fabricação do produto é objetiva, dispensando a comprovação de culpa. Assim, inviável o afastamento da responsabilidade da ré com base na ausência de comprovação de que a fornecedora colocou no mercado produto com algum vício ou defeito, como fez o Tribunal de origem. 2.* ***Dessa forma, considerando que não foi elidido no caso dos autos o nexo de causalidade entre os danos sofridos pelos recorrentes e a fabricação do automóvel adquirido da recorrida, tendo em vista que não houve a comprovação de qualquer causa excludente da responsabilidade, pairando dúvida acerca da causa do incêndio, é imperioso o provimento do presente recurso especial para imputar a indenização a título de dano material e moral, da forma determinada no acórdão da apelação, o qual julgou a demanda em estrita consonância com a principiologia consumerista e o entendimento deste Tribunal e, portanto, deve prevalecer.*** *3. Recurso especial PROVIDO, a fim de julgar parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial, nos termos do Documento: 64033591 - EMENTA/ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 16/08/2016 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça acórdão que julgou a apelação, o qual fica desde já restabelecido.* (Resp nº 1.171.767-RJ. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 2.8.2016). grifei

E, também, desse Egrégio Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS -VEÍCULO INCENDIADO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PROVA PERICIAL IMPOSSIBILITADA PELA DESTRUIÇÃO DO BEM PELA SEGURADORA – ART. 12, § 3.º, DO CDC – ÔNUS DA PROVA QUANTO AO DEFEITO DE FABRICAÇÃO OU CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO DA FORNECEDORA – TEORIA DO RISCO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – REPARAÇÃO DO DANO DEVIDA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. Impossibilitada a realização da prova pericial para comprovar o real motivo do incêndio do veículo, cabe à fornecedora a comprovação das excludentes do art. 12, § 3º, do CDC, sob pena de sua*

> *responsabilização pela indenização do dano suportado pelo consumidor. A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido do ofendido, tampouco insignificante a ponto de incentivar ofensor na prática do ilícito. Sentença reformada. Recurso provido.* (TJMS. Apelação nº 0804551-26.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 27/09/2016, p: 28/09/2016)

Desta forma, comprovado o dano, o nexo de causalidade e a culpa da requerida, impõe-se o dever de indenizar.

Nota-se que não se discutem os fundamentos da sentença quanto ao dano material, no valor de R$ 15.906,00.

No que se refere aos danos morais, no caso em tela, não pairam dúvidas acerca do abalo sofrido pelos autores (pais) que perderam, de maneira repentina e dolorosa, sua filha, de apenas seis meses de idade.

A reparabilidade do dano moral alçada ao plano constitucional, no artigo 5º, incisos V e X, da Carta Política, e expressamente consagrada na lei substantiva civil, em seus artigos 186 combinado com 927, exige que o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitre, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

No tocante aos danos morais, deve-se consignar que o sofrimento não necessita de demonstração, sendo suficiente a existência do fato em si mesmo, qual seja, a culpa da apelante na ocorrência do acidente, a justificar o ressarcimento correspondente que ora se busca através desta demanda.

Ao estabelecer o montante da indenização pelo dano moral, impõe-se que o magistrado se atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral do indivíduo deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Nesse sentido, valho-me novamente da lição de Sérgio Cavalieri Filho[1]:

> *"Não há realmente, outro meio mais eficiente para fixar o dano moral a não ser o arbitramento judicial. Cabe ao Juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.*
>
> *(...)*
>
> *Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o Juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará em enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.*
>
> *Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis*

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2008, p. 103-105.

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".

Assim sendo, valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta e os parâmetros adotados normalmente pela jurisprudência para a fixação de indenização, em hipóteses símiles em que os pais perderam seu filho, entendo que o valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) se mostra aquém do valor da vida de um filho, mas atendendo aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, posto que a indenização por dano moral não deve ser irrisória, de modo a fomentar a recidiva, e que o quantum reparatório deve ser apto a ser sentido como uma sanção pelo ato ilícito, sem que, contudo, represente enriquecimento ilícito à vítima.

Em situações parecidas, destaco algumas jurisprudências:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO E DO CONDUTOR DO VEÍCULO – VÍTIMA FATAL – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR FIXADO COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PENSÃO MENSAL FIXADA – RECURSO DESPROVIDO. 1. O proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos danos decorrentes de acidente de trânsito causado por culpa do condutor, conforme precedentes do STJ. 2. Comprovada a culpa do condutor do veículo e sendo a responsabilidade solidária do proprietário deve este responder pelos danos que aquele vier a causar a terceiro. 3. O dano que decorre da dor e o sofrimento causados pela perda de um ente querido em acidente de trânsito, é de ordem moral e não depende de prova, decorrendo do fato em si (in re ipsa), sendo que o valor a ser fixado deve considerar a gravidade do fato e suas consequências, com observância ainda da razoabilidade e proporcionalidade. 4. O autor de acidente de trânsito, com vítima fatal, tem o dever de prestar alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. (TJMS. Apelação nº 0002095-77.2008.8.12.0045, Sidrolândia, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 22/03/2018, p: 22/03/2018) – Valor fixado pelo magistrado singular R$ 100.000,00 (cem mil reais).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VÍTIMA FATAL – CICLISTA MENOR DE IDADE – CULPA ATRIBUÍDA AO CONDUTOR DO CAMINHÃO DEMONSTRADA – CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA AFASTADA – DANOS MORAIS MANTIDOS – DANOS MATERIAIS (PENSÃO MENSAL) – CRITÉRIO RAZOÁVEL – DEDUÇÃO DO VALOR CORRESPONDENTE AO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – SÚMULA Nº 246, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As provas colacionadas aos autos e a dinâmica vislumbrada do acidente, afiguram-se assaz contundentes na comprovação da existência de culpa do condutor do caminhão que, sem empregar a atenção necessária à conversão, adentrou de forma imprudente em que trafegava a vítima, interceptando-lhe a trajetória normal, sendo ele o causador do sinistro. Comprovada a culpa exclusiva do condutor do veículo/caminhão, não há falar-se em culpa exclusiva da vítima ou concorrente no resultado do acidente de trânsito. Analisadas as condições econômicas das partes e o sofrimento dos autores, o valor arbitrado a título de danos morais mostra-se proporcional e razoável. Deve ser mantida a pensão fixada na proporção de 30% (trinta por cento) do salário mínimo em favor dos autores, em razão da morte da filha menor, devidos a partir de quando a vítima completaria 18 (dezoito) anos até a data em que atingiria 25 (vinte e cinco) anos de idade e, a partir daí, no valor correspondente a 15% (quinze por cento)

> *do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, no caso de indenização por acidente de trânsito, o valor do seguro DPVAT, recebido ou a receber, deve ser descontado da condenação.* (TJMS. Apelação nº 0800923-54.2012.8.12.0004, Amambaí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 27/07/2016, p: 29/07/2016) - Valor fixado pelo magistrado singular R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Indefiro o pedido de readequação do ônus da sucumbência, tendo em vista que a condenação em valor inferior ao requerido na inicial, tratando-se de indenização por dano moral, não leva a sucumbência recíproca.

Nesse sentido:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LIDE SECUNDÁRIA. Estando comprovada a culpa, o dano e o nexo causal, impõe-se o dever de indenizar. Devida indenização por danos morais, pois o autor, menor de idade, teve sua integridade física violada. Quantum mantido. Não havendo cobertura distinta para os danos morais, considera-se que estão incluídos na rubrica danos pessoais ou danos corporais.* ***A condenação em valor inferior ao requerido na inicial, tratando-se de indenização por dano moral, não leva à sucumbência recíproca.*** *PRIMEIRA APELAÇÃO IMPROVIDA – SEGUNDA APELAÇÃO IMPROVIDA – RECURSO ADESIVO IMPROVIDO.* (Apelação Cível Nº 70050046226, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 21/08/2013) grifei

Fica o alerta de que a reiteração de recurso com propósito exclusivo de prequestionamento ou que venham a ser considerados protelatórios, poderá culminar na aplicação das multas previstas no 1.026, § 2º, do CPC/15.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por General Motors Ltda, Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos, mantendo inalterada a sentença.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Odemilson Roberto Castro Fassa), após o relator negar provimento aos recursos. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 08/08/2018)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (1º vogal)

Pedi vista para analisar com mais cuidado os autos apenas a questão relativa à responsabilidade civil e acompanho o nobre relator.

Extrai-se dos autos que, em 10.12.2009, Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais em desfavor e General Motors do Brasil Ltda.

Alegaram que são proprietários do veículo GM/vectra GLS, Ano 1996, modelo 1997, cor prata, placa CEG 0345, e que, em 24.07.08, por volta das 10h, a autora chegou em sua residência juntamente com sua filha R. I. R. dos S., a qual contava com apenas seis meses de idade, deixou-a no interior do veículo, devidamente acomodada em sua cadeira de bebê, localizada no banco traseiro, enquanto fora abrir a porta da residência, sendo que nesse pequeno lapso temporal, ocorrido entre o tempo de a autora sair do veículo,

deslocar-se até a porta a fim de destrancá-la e retornar ao veículo, deparou-se com o veículo já em chamas, tendo de retirar sua filha do interior do carro em meio às chamas, que já atingiam brutalmente a criança. Afirmaram que após trinta e quatro dias de CTI, devido à gravidade das queimaduras, em 28/08/2008, a criança faleceu. Aduziram que em decorrência da fatalidade foram nomeados os peritos Milton César Fúrio e Paulo R. Oliveira, para realização de exame no local onde ocorreu o sinistro, resultando no Laudo Pericial nº 10.985, segundo o qual "*pelos vestígios descritos alhures, temos como hipótese mais provável de ter ocorrido um incêndio acidental provocada por curto-circuito no conjunto de cabos elétricos instalados no teto que alimentam a luz à direita do banco traseiro do veículo examinado. Ficam as demais conclusões vinculadas às investigações policiais, de modo que pretendem a responsabilização da requerida por defeito no produto, nos termos do art. 12 do CDC*".

Em contestação, a General Motors do Brasil Ltda. sustentou a inexistência de defeito no produto, pois o Denatran emitiu certificado de adequação à legislação de trânsito atestando a adequação do modelo vectra GLS. Asseverou que o circuito de alimentação das lâmpadas internas dos veículos Vectra, modelo 1996/1997, era protegido por um fusível, de modo que, em caso de curto-circuito, haveria a queima apenas do fusível e o consequente desligamento das lâmpadas internas do veículo. Aduziu que não tendo sido demonstrado que o sinistro ocorreu em razão da efetiva existência de defeito no veículo, não pode ser responsabilizada pela simples alegação de que o veículo pegou fogo por uma hipótese provável de curto circuito nos cabos elétricos instalados no seu teto e que alimentam a luz à direta do banco traseiro do veículo. Apontou que, na data do acidente, o veículo contava com mais de doze anos de uso, sendo que nos dois últimos anos este não fora submetido a qualquer verificação do seu sistema elétrico, além do que foi feita instalação de um componente elétrico (toca-CD) sem qualquer ingerência ou supervisão da requerida, cuja último atendimento ocorreu em abril de 1998. Ressaltou que nas declarações que a autora prestou à polícia ela relatou que "*não tinha chamas no banco de trás, e sim fumaça no painel e estralos de curto circuito*", o que evidencia que o incêndio teve início na parte dianteira do veículo Pugnou pela improcedência do pedido.

Foi realizada prova pericial indireta, a pedido da requerida.

Pois bem.

De regra, a responsabilidade por ato ilícito é subjetiva e o dever de reparar exige a demonstração do fato lesivo causado por ação ou omissão, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Nesse sentido o teor dos arts. 186 e 927 do CC/2002:

Confira-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."*

Há, porém, hipóteses especificadas em lei ou em razão do risco da atividade, que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, respondendo o causador do dano na modalidade objetiva, a exemplo do que dispõe o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, já mencionado:

> *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.*

Referido dispositivo contempla obrigação de reparar em razão de dano causado pelo exercício de atividade lícita que, por sua natureza, importa em potencial risco para os direitos de outrem, bastando, nestas hipóteses, a demonstração do dano e o nexo de causalidade.

Na hipótese, a relação existente entre as partes é de consumo, incidindo o regramento do Código de Defesa do Consumidor e, de consequência, a responsabilidade objetiva pelos danos causados, segundo disposição do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Confira-se:

> *6"Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*
>
> *§ 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - sua apresentação;*
>
> *II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi colocado em circulação.*
>
> *§ 2° O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado."*
>
> *§ 3° O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que não colocou o produto no mercado;*
>
> *II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;*
>
> *III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

Na espécie, há alegação de defeito no produto fabricado pela requerida, pois o veículo GM/vectra GLS, ano 1996, modelo 1997, cor prata, placa CEG 0345, adquirido pelos autores em 2006 (f. 82), incendiou em 24.07.2008, quando se encontrava estacionado, levando a óbito a filha dos autores.

Em que pese as alegações da requerida no sentido de que o acidente foi causado por fatos estranhos à sua esfera de responsabilidade, visto que à época do acidente o veículo tinha doze anos de uso e quando da sua aquisição pelos os autores, em 2006, estes instalaram um CD-player e nunca fizeram manutenção elétrica no veículo em dois anos, sendo que a autora declarou em seu depoimento à polícia que "não tinha chamas no banco de trás, e sim fumaça no painel e estralos de curto circuito", as duas perícias realizadas, a primeira por dois peritos do Núcleo de Criminalística de Três Lagoas (f. 73-81), e a segunda pelo perito judicial, embora de forma indireta (f. 708-727), apontaram defeitos no veículo como os causadores do incêndio.

Confira-se:

> *V - Conclusão*
>
> *Face ao todo exposto, concluem os peritos que ocorreu um incêndio no local e veículos indicados. Que o incêndio destruiu totalmente o veículo GM Vectra, placa CRG0345 de Três Lagoas MS e avariou parcialmente o imóvel da rua das Maias, 972.*

Pelos vestígios descritos alhures, temos como hipótese mais provável de ter ocorrido um incêndio acidental provocado por curto-circuito no conjunto de cabos elétricos instalados no teto que alimentam a luz à direita do banco traseiro do veículo examinado. Ficam as demais conclusões vinculadas às investigações policiais."

"07 Conclusão:

01 - No levantamento do histórico de manutenção, através de seu nº de chassi, em duas concessionárias de Campo Grande, constou se no Cadastro da GM: Veículo não Localizado.

02 - Na consulta ao Detran-MS através da placa do veículo constaram-se licenciamentos em atraso.

03 - O modelo possuía alguns pontos com potencial de causar incêndio, devido projeto e/ou por fabricação que podiam agravar na falta de manutenção.

04 - A vítima apresentou queimadura na parte posterior de ambas as coxas e pernas.

05 - A parte dianteira foi a região que se manteve mais preservada, após o incêndio no veículo.

06 - O compartimento do motor apresentava carbonização na parte direita, sobre a roda. O capô aparentava chamuscado, porém, com maior severidade na extremidade direita.

07 - Coadunando o que se apurou, conclui-se que a origem do incêndio foi sob o assento do banco traseiro. Provavelmente no tanque de gasolina.

08 - Suspeita-se que problemas elétricos relacionadas com a bomba de gasolina seja a causa da explosão: curto entre cabos, conectores e terminais elétricos podem superaquecer ficando incandescentes ou gerar centelhas e provocar a ignição.

09 - Não se conhece o histórico de manutenção do veículo. Nem a G.M. o possuía em seus arquivos do banco de cadastro. Existem indícios de que a montadora sabia do defeito existente na fiação da bomba de gasolina e das explosões inexplicáveis do modelo.

10 - Não foi possível apurar as condições da bomba de gasolina, a situação de conservação do sistema de combustível e do sistema elétrico. Portanto, as conclusões do por quê e como ocorreu a ignição no tanque localizado sob o assento do banco traseiro, são hipotéticos."

Conquanto divergentes as perícias quanto à origem do incêndio, fato é que este ocorreu por problemas elétricos constatados na parte traseira do veículo, seja no conjunto de cabos elétricos instalados no teto que alimentam a luz à direita do banco traseiro do veículo, como apurado na primeira perícia, seja no tanque de combustível, como apurado na segunda perícia, de engenharia mecânica indireta, e não na parte dianteira do automóvel, onde instalado o CD-player, como defende a requerida.

Na complementação ao laudo judicial, o perito é claro ao afirmar que *"o modelo possuía alguns pontos com potencial para causa do incêndio, devido projeto e/ou por fabricação que podiam agravar na falta de manutenção"*, o que denota a existência de defeito no veículo e, por conseguinte, a responsabilidade da requerida pelo incêndio que vitimou a filha dos requerentes.

Registro, por oportuno, que o fato de o Denatran ter emitido certificado de adequação à legislação de trânsito atestando a adequação do modelo Vectra GLS, não exime a responsabilidade da requerida, mormente em se considerando que o Boletim de Informação Técnica da GM nº IT-017/98, de fevereiro de 1998, alertava as concessionárias e oficinas autorizadas GM da queima do fusível de proteção do circuito da bomba de gasolina porque o chicote elétrico sendo comprido vinha a se encostar em um dos terminais da bomba, ocasionando o derretimento da proteção, provocando curto-circuito (f. 712).

Sendo assim, e em se considerando que a requerida não se desincumbiu do ônus de comprovar a inexistência de defeito no veículo, bem como a culpa exclusiva dos requerentes, evidente o seu dever de indenizar.

Posto isso, acompanho o nobre relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido vista do 2º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), após o relator e o 1º vogal negarem provimento aos recursos.

VOTO (EM 16/08/2018)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º vogal)

Conforme já relatado na sentença e nos votos dos eminentes pares, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos em face de General Motors do Brasil Ltda, na qual pleiteiam indenização por danos morais e materiais em razão do falecimento de sua filha de 2 meses, ocasionado por incêndio em veículo fabricado pela requerida.

Após a elaboração de Laudo Pericial, foi proferida a sentença de procedência do pedido inicial para condenar a Requerida General Motors do Brasil Ltda ao pagamento de indenização por danos materiais em favor dos autores Edson Pereira dos Santos e Lucinéia Rodrigues da Silva Santos, no valor de R$ 15.906,00 (quinze mil novecentos e seis reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV desde a inicial e juros de mora desde a citação; bem como danos morais de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM desde a data da sentença e juros de mora desde a citação (f. 908-918).

Irresignadas, ambas as partes recorrem, sendo que a ré, General Motors do Brasil Ltda., pretende a reforma integral da sentença, tendo em vista, em resumo, a ausência de prova do ato ilícito e do nexo causal diante da fragilidade da perícia realizada. Também pediu a redução do valor da indenização fixada a título de dano moral.

Os autores, por sua vez, pleiteiam a majoração do valor da indenização por danos morais para o importe de R$ 500.000,00 para cada.

O relator do recurso, Des. Amaury da Silva Kuklinski, negou provimento aos recursos, mantendo a sentença objurgada. O 1º Vogal, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, acompanhou o relator, sendo que ambos consideraram satisfatória a prova pericial que apontou defeitos de fabricação do veículo como causa do incêndio que vitimou a filha dos autores.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria tratada no recurso e, após atenta análise da prova colacionada, decidi por também acompanhar o eminente relator.

A hipótese dos autos é de fato do produto (art. 12 do CDC), pois o veículo colocado no mercado pela ré não apresentou a segurança que dele legitimamente se esperava.

Se é assim, a responsabilidade aplicável ao caso é objetiva, o que significa dizer que para a caracterização do dever de indenizar não é necessária a demonstração de culpa ou dolo do fabricante. Basta a demonstração da conduta, do dano e do nexo causal.

Segundo dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor[2] e de acordo com a melhor doutrina acerca do tema, a responsabilidade do fabricante pelos danos oriundos de defeitos relativos aos seus produtos decorre da simples colocação do bem no mercado de consumo sem a segurança esperada, colocando em risco a saúde e a vida do consumidor.

E este respeito, Sérgio Cavalieri Filho[3] leciona que:

> *"Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como os critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos".*

Se é assim, basta a caracterização da conduta da ré, do dano sofrido e do nexo de causalidade entre eles.

Feita essa consideração passo a análise do caso concreto.

É de se ver que foi elaborado laudo pericial que concluiu que a causa do acidente é defeito na parte elétrica da parte traseira do veículo, o que desconstitui a tese da ré de que o acidente poderia ter-se originado em razão da falta de manutenções periódicas pelos autores ou em razão da instalação de CD/Player, uma vez que a falta de manutenção poderia tão somente ter ocasionado o agravamento do defeito.

Vejamos as conclusões da perícia judicial acostada às f. 708-727:

> *07 - Conclusão:*
>
> *01 - No levantamento do histórico de manutenção, através de seu nº de chassi, em duas concessionárias de Campo Grande, constou se no Cadastro da GM: Veículo não Localizado;*
>
> *02 - Na consulta ao Detran-MS através da placa do veículo constaram-se licenciamentos em atraso.*
>
> *03 - O modelo possuía alguns pontos com potencial de causar incêndio, devido projeto e/ou por fabricação que podiam agravar na falta de manutenção.*
>
> *04 - A vítima apresentou queimadura na parte posterior de ambas as coxas e pernas.*
>
> *05 - A parte dianteira foi a região que se manteve mais preservada, após o incêndio no veículo.*

2 Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

3 **Programa de Responsabilidade Civil.** 5. ed. 2ª tiragem, p. 475.

> *06 - O compartimento do motor apresentava carbonização na parte direita, sobre a roda. O capô aparentava "chamuscado", porém, com maior severidade na extremidade direita.*
>
> *07 - Coadunando o que se apurou, conclui-se que a origem do incêndio foi sob o assento do banco traseiro. Provavelmente no tanque de gasolina.*
>
> *08 - Suspeita-se que problemas elétricos relacionadas com a bomba de gasolina seja a causa da explosão: Curto entre cabos, conectores e terminais elétricos podem superaquecer ficando incandescentes ou gerar centelhas e provocar a ignição.*
>
> *09 - Não se conhece o histórico de manutenção do veículo. Nem a G.M. o possuía em seus arquivos do banco de cadastro. Existem indícios de que a montadora sabia do defeito existente na fiação da bomba de gasolina e das explosões inexplicáveis do modelo.*
>
> *10 - Não foi possível apurar as condições da bomba de gasolina, a situação de conservação do sistema de combustível e do sistema elétrico.*
>
> *Portanto, as conclusões do por quê e como ocorreu a ignição no tanque localizado sob o assento do banco traseiro, são hipotéticos.*

A perícia, por si só, talvez não fosse suficiente para caracterizar a culpa da ré e o nexo de causalidade entre o incêndio e um ato seu, mas a conclusão no sentido de que o acidente ocorreu, muito provavelmente, por problemas elétricos relacionados com a bomba de gasolina somado à existência de Boletim de Informação Técnica da GM nº IT – 017/98, de fevereiro de 1998 (f. 720) não deixa dúvidas de que a ré sabia de defeito existente no veículo (cujo ano/modelo é 96/97), mas alertou apenas as Concessionárias e Montadoras, deixando de comprovar que o alerta tenho sido repassado aos consumidores, o que denota negligência por parte da ré.

Conforme constou no laudo pericial, o boletim de informação alertou as concessionárias e oficinas autorizadas da queima do fusível de proteção do circuito da bomba de gasolina porque o chicote elétrico sendo comprido vinha a se encostar em um dos terminais da bomba, ocasionando o derretimento da proteção e provocando curto-circuito.

Daí a razão pela qual não é possível afastar a responsabilidade da ré.

No que pertine ao valor da indenização, é importante frisar que não foi comprovado pelos autores a realização de manutenções periódicas do veículo, o que pode ter agravado o defeito constatado, sendo que, no que se refere ao dano moral, a culpa concorrente dá ensejo à mitigação do quantum indenizatório devido, conforme, aliás, fez o magistrado, pois fixou o valor em quantia inferior à que normalmente é arbitrada em casos semelhantes.

O Superior Tribunal De Justiça tem o seguinte entendimento a respeito do quantum indenizatório devido aos pais na hipótese de morte de filho:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ACIDENTE AÉREO – MORTE DE FILHA – VALOR DA PENSÃO – REDUÇÃO A PARTIR DA DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS – QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – PARCELAS VENCIDAS E UM ANO DAS VINCENDAS – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTUITO PROCRASTINATÓRIO QUE NÃO SE COADUNA COM O EXPLÍCITO CARÁTER PREQUESTIONADOR DO RECURSO – MULTA AFASTADA – SÚMULA 98/STJ – APLICAÇÃO.*

- É inviável, em sede de recurso especial, o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 7/STJ.

- O responsável pela morte de filha trabalhadora deve, aos familiares desta, pensão alimentícia mensal, fixada no patamar de 2/3 da remuneração da vítima até a idade em que ela completaria 25 anos e, desde então, reduz-se tal valor pela metade, pois se presume que ela constituiria família, diminuindo o auxílio a seus parentes.

- Consignado que a vítima era empregada assalariada, a pensão fixada em favor de seus familiares deve contemplar os valores relativos a férias. Precedentes.

- A jurisprudência do STJ indica que as hipóteses de morte, em especial de filho, vêm sendo compensadas com o valor de até 500 salários mínimos para cada familiar afetado. Precedentes.

- Considerando as peculiaridades da hipótese sob análise, é razoável a fixação de quantia equivalente a aproximadamente R$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) como apta a compensar os danos morais causados a cada um dos três autores (pais e irmão da vítima) pelo acidente aéreo em questão.

- Não há que se falar em sucumbência recíproca quando os autores decaem de parte mínima de seu pedido.

- Os honorários de sucumbência, quando há necessidade de pensionamento, devem ser fixados em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas.

Precedentes.

- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538 do CPC, se o recurso foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98/STJ.

Recursos especiais parcialmente providos. (REsp 1137708/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 06/11/2009)

Em outro julgado foi assentado:

PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MORTE DE MENOR ATINGIDA POR DISPARO DE ARMA DE FOGO DE POLICIAL MILITAR – DANO MORAL – EXORBITÂNCIA – INOCORRÊNCIA – SÚMULA 7/STJ – VALOR INDENIZATÓRIO PRETENDIDO NA INICIAL – MONTANTE ESTIMATIVO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – INEXISTÊNCIA – SÚMULA 326/STJ.

1. Somente se admite a revisão, em sede de recurso especial, dos valores fixados a título de reparação por danos morais quando se tratar de valores excessivos ou irrisórios. Excepcionalidade não configurada.

2. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a finalidade da reparação, a condenação ao pagamento de danos morais no valor de R$ 100.000,00 para cada um dos pais e de R$ 50.000,00 para cada um dos três irmãos não é exorbitante nem desproporcional à ofensa sofrida pelos recorridos, que perderam filha e irmã menor, atingida por disparo de

arma de fogo deflagrado por policial militar que, em serviço, deveria garantir a segurança da população, e não atentar contra ela.

3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).

4. "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Súmula 326/STJ).

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 932.001/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2007, DJ 11/09/2007, p. 220)

Verifico que o valor estabelecido pelo d. sentenciante, correspondente a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para ambos os pais, apresenta-se razoável às circunstâncias do caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça vem formulando o seguinte entendimento, em se tratando de indenização por dano moral decorrente da morte de parente umbilicalmente ligado à vítima, como no caso acima citado e em outro, análogo ao dos autos, que colaciono abaixo:

"No tocante à verba indenizatória, observa-se que esta Corte somente deve intervir para alterar o valor arbitrado a título de danos morais quando se evidenciar manifesta irrisão ou exorbitância do quantum. Ademais, a propósito do tema, bem de ver que, ressalvadas as peculiaridades fáticas de cada caso concreto, este Sodalício abalança-se a estabelecer a faixa de razoabilidade dos valores devidos a título de danos morais decorrentes de morte em acidente de trânsito em quantias de até 500 (quinhentos) salários mínimos.

Confira-se:

'CIVIL – INDENIZAÇÃO – TRÂNSITO – ACIDENTE – MORTE – DANOS MATERIAIS E MORAIS – (...) QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE. (...) (...) 3 -Admite o STJ a redução do quantum indenizatório, quando se mostrar desarrazoado, o que não sucede na espécie, em que houve morte decorrente de acidente de trânsito, dado que as Quarta e Terceira Turmas desta Corte têm fixado a indenização por danos morais no valor equivalente a quinhentos salários mínimos, conforme vários julgados. (...) 5 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.' (REsp 713.764/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 10/03/2008).

(...)

In casu, a condenação referente aos danos morais perfaz a quantia de R$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais) (f. 86), valor este que, de acordo com a sobredita jurisprudência e com as peculiaridades do caso sub examine, é irrisória a ponto de admitir-se a intervenção excepcionalíssima deste Tribunal Superior, sendo, portanto, de rigor sua majoração para 500 (quinhentos) salários-mínimos" (STJ. Ag 1071535. Rel. Ministro Massami Uyeda. Data da Publicação: 06/04/2009).

Ponderando as circunstâncias do caso - no qual os autores foram privados do convívio e carinho da filha, mas em que, a meu ver, houve culpa concorrente deles para o resultado, tendo em vista a falta de manutenção periódica - tenho que a indenização deve ser mantida no patamar fixado pelo douto juízo.

Ante o exposto, acompanho o eminente relator, mantendo a sentença em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 16 de agosto de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801771-67.2014.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – CADASTRO INDEVIDO DE CRIMES PRATICADOS POR TERCEIRA PESSOA NA FICHA CRIMINAL DO AUTOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – DANOS MORAIS *IN RE IPSA* – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A responsabilidade da administração pública por atos praticados por seus agentes é objetiva, com base na teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, Constituição Federal).

A falha na identificação do delituoso e o cadastro indevido de crimes praticados por terceira pessoa como sendo de autoria do requerente, pela instituição de segurança do Estado, configura dano moral *in re ipsa*, diante da inequívoca ofensa à honra e à imagem.

Em conformidade com o entendimento sedimentado no tema 810 do STF, dos recursos com repercussão geral - de observância obrigatória pelos Tribunais (art. 926, do CPC), a condenação de dívida não tributária imposta contra a Administração Pública deve ser corrigida pelo IPCA-E e sofrer a incidência de juros moratórios de acordo com índice de remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09.

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, 19 de setembro de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação em oposição à sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível de Aquidauana, nos autos da Ação de Reparação de Danos nº 0801771-67.2014.8.12.0005, ajuizada por Paulo César de Carvalho, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Narram os autos, em resumo, que a pessoa de Odenivaldo Rodrigues Cardoso desde 2007 vem utilizando indevidamente o nome do apelado para livrar-se da responsabilidade legal pela prática de delitos. Com isso, afirma o apelado que o Ente Estatal requerido falhou na identificação criminal do acusado, que vem cometendo crimes e se identificando como sendo o recorrido.

O Estado alega que o autor não sofreu nenhum tipo de abordagem por policiais em decorrência, ou mesmo não foi preso em decorrência da prática dos crimes que indevidamente estão registrados em seu nome.

Também não existe nenhuma informação de que a sua ficha criminal existente no SIGO tenha chegado ao conhecimento de terceiros, ou mesmo que estes fatos tenham causado algum transtorno, tratando-se de mero aborrecimento, que segundo a jurisprudência, não é tida como violação à ordem moral e não enseja o dever de indenizar.

Argumenta que o dano moral não pode ser presumido, mas deve ser provado no caso concreto.

Sustenta que o quantum indenizatório deve ser revisado a fim de ser aplicado um valor módico (R$ 4.000,00), atentando-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Alega que deve ser aplicado a regra contida no artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, que elegeu como índice oficial aquele referente à caderneta de poupança (TR) e fixou os juros de mora em 0,5% ao mês, para fins de atualização monetária e juros de mora do valor arbitrado na condenação.

O apelado apresenta contrarrazões às f. 107-113, pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação em oposição à sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível de Aquidauana, nos autos da Ação de Reparação de Danos nº 0801771-67.2014.8.12.0005, ajuizada por Paulo César de Carvalho, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Narram os autos, em resumo, que a pessoa de Odenivaldo Rodrigues Cardoso desde 2007 vem utilizando indevidamente o nome do apelado para livrar-se da responsabilidade legal pela prática de delitos. Com isso, afirma o apelado que o Ente Estatal requerido falhou na identificação criminal do acusado, que vem cometendo crimes e se identificando como sendo o recorrido.

O Estado alega que o autor não sofreu nenhum tipo de abordagem por policiais em decorrência, ou mesmo não foi preso em decorrência da prática dos crimes que indevidamente estão registrados em seu nome.

Também não existe nenhuma informação de que a sua ficha criminal existente no SIGO tenha chegado ao conhecimento de terceiros, ou mesmo que estes fatos tenham causado algum transtorno, tratando-se de mero aborrecimento, que segundo a jurisprudência, não é tida como violação à ordem moral e não enseja o dever de indenizar.

Argumenta que o dano moral não pode ser presumido, mas deve ser provado no caso concreto.

Sustenta que o quantum indenizatório deve ser revisado a fim de ser aplicado um valor módico (R$ 4.000,00), atentando-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Alega que deve ser aplicado a regra contida no artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, que elegeu como índice oficial aquele referente à caderneta de poupança (TR) e fixou os juros de mora em 0,5% ao mês, para fins de atualização monetária e juros de mora do valor arbitrado na condenação.

O apelado apresenta contrarrazões às f. 107-113, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Primeiramente, recebo o presente recurso em ambos os efeitos em razão da disposição contida no artigo 1.012, do CPC/2015, segundo o qual, em regra, a apelação terá efeito suspensivo, ou seja, a sentença é ineficaz desde o seu proferimento, não surtindo efeitos senão depois de transcorrido in albis o prazo para apelação ou após o seu julgamento.

Trata-se de recurso de apelação interposto do Estado de Mato Grosso do Sul em oposição à sentença proferida na demanda de reparação de danos, ajuizada por Paulo César de Carvalho. O juiz julgou parcialmente procedente o pedido.

A responsabilidade da administração pública por atos praticados por seus agentes é objetiva, com base na teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, Constituição Federal). Portanto, para configuração do dever de indenizar, basta a demonstração do dano, da conduta e do nexo de causalidade.

Tais elementos estão presentes na hipótese.

Busca o apelado a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul no pagamento de indenização por danos morais, uma vez que o requerido, por intermédio da Secretaria de Segurança Pública, cadastrou crimes praticados por Odenivaldo Rodrigues Cardoso como sendo de autoria do apelado, gerando transtornos ao requerente. Alega que os agentes do Estado não tiveram a cautela devida na identificação do delituoso.

No inquérito policial, Odenivaldo alegou que resolveu assumir a identidade do autor pois possui idade e características físicas semelhantes as dele. Ocorre que mesmo diante do reconhecimento da falsidade ideológica, o Ente Estatal não retirou nem apurou as demais ocorrências registradas ilegalmente no nome do autor.

No caso, conforme restou provado foi lançado pelo Estado em nome do requerente delitos cometidos por Odenivaldo Rodrigues Cardoso, desde o ano de 2007, conforme é possível se constar da cópia do dossiê do verdadeiro autor dos fatos de f. 21-23.

Não há que se falar em responsabilidade subjetiva, tendo em vista tratar-se de responsabilidade do Estado, que falhou na identificação do verdadeiro acusado, pois deixou de agir conforme determina o art. 6º, Inc. VIII, do CPP.

Portanto, restou incontroverso nos autos que houve dano moral e à imagem do autor, perpetrado por muitos anos, ainda que de forma presumida, causados por parte do Estado, que deveria ter observado e agido com cautela no momento de identificar e de cadastrar os delitos, e isto, por si só, gera o caráter indenizável.

Certamente, a medida gerou constrangimento ao autor. O direito à compensação por danos morais, no caso, é *in re ipsa*, decorrente da ofensa à honra e à imagem do autor.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGRESSÕES PRATICADAS POR POLICIAIS MILITARES – EXCESSO DO USO DA FORÇA – ESTRITO CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL EXTRAPOLADO – DANOS MORAIS COMPROVADOS – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO CONFIGURADA – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALDIADE, E EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE – CORREÇÃO MONETÁRIA DA CONDENAÇÃO E JUROS MORATÓRIOS FIXADOS EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO JULGAMENTO DO TEMA 810 PELO STF – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM PATAMAR RAZOÁVEL – PERCENTUAL MANTIDO*

> *– RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.* ***A responsabilidade civil de pessoa jurídica de direito público em regra é objetiva, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, assentada na teoria do risco administrativo. Assim, possível afirmar que o Poder Público, independentemente de prova de sua culpa, é responsável por atos comissivos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.*** *(...)* (TJMS. Apelação nº 0800643-52.2015.8.12.0045, Sidrolândia, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 04/09/2018, p: 06/09/2018) grifei
>
> *EMENTA–APELAÇÕESCÍVEIS–AÇÃODEINDENIZAÇÃOPORDANOSMORAIS – USO INDEVIDO DO NOME DE PROFISSIONAL APÓS BAIXA NO COMPETENTE REGISTRO DE CLASSE – OMISSÃO DO ESTADO QUANTO A FISCALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PELO ATO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA QUANTO AO DANO MORAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS – DESPROVIDOS. Comprovado o ato ilícito praticado, impõe-se o dever de o acusador indenizar os danos havidos em razão do acidente de trânsito. Não há falar em majoração ou minoração dos valores arbitrados a título de danos morais que estejam em consonância com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida.* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0804593-83.2015.8.12.0008, Corumbá, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 15/08/2018, p: 17/08/2018)
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MANDADO DE PRISÃO NÃO BAIXADO NO SISTEMA APÓS SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO DO AUTOR, TRANSITADA EM JULGADO – DETENÇÃO INDEVIDA EM DELEGACIA DE POLÍCIA POR VÁRIAS HORAS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ATO ILÍCITO – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO PROVIDO. 1- É inegável o dever do Estado de indenizar, resultante da responsabilidade civil objetiva, por danos morais ocasionados ao autor, que ficou detido indevidamente por horas, em Delegacia de Polícia, por ato omissivo do ente público, que não procede à baixa de mandado de prisão, após trânsito em julgado de sentença absolutória. 2- Não há dúvida, neste caso, quanto dano extrapatrimonial, tendo em vista que o autor teve restringida sua liberdade de locomoção e ainda foi colocado em situação constrangedora. 3- a fixação do valor da indenização por dano moral deve levar em conta as peculiaridades da demanda, a gravidade da conduta do ofensor e as condições pessoais do ofendido, além da proporcionalidade e razoabilidade. (***TJMS**. Apelação nº 0801344-86.2013.8.12.0011, Coxim, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 24/07/2018, p: 24/07/2018) grifei

Assim, evidenciado o dano, bem como a conduta ilícita, imputável ao ente público a responsabilidade pela inscrição indevida dos crimes praticados por terceiro na ficha criminal do acusado.

O valor da indenização não pode ser irrisório, pois perderia seu caráter preventivo e didático. O ideal é que a quantia seja suficiente para inibir a reiteração da conduta ilícita perpetrada, bem como para mitigar os efeitos negativos sofridos pela vítima, sem que caracterize, ao mesmo tempo, seu enriquecimento ilícito.

Nessas circunstâncias, considerando a proibição do enriquecimento sem causa, o grau de culpa e a força econômica do ofensor, a extensão dos danos causados ao ofendido, bem como o caráter pedagógico da condenação, reputo suficiente o valor de R$ 10.000,00 fixado na sentença, portanto, não merece reforma a sentença, porquanto fixado com razoabilidade e proporcionalidade, cumprindo a finalidade que se busca com a indenização, qual seja, mitigação do sofrimento da vítima e a penalização do causador do dano.

Da correção monetária incidente nas condenações impostas à Fazenda Pública.

Por fim, o Estado apelante sustenta que o valor condenatório deve ser corrigido monetariamente com base no índice TR, aplicando-se a regra do art. 1º-F, da Lei Federal nº 9.494/97.

Com relação aos juros e correção, a matéria foi objeto do RE 870.947, do qual se extrai o tema 810 (de observância obrigatória pelos Tribunais, nos termos do art. 926 do CPC), cuja redação transcrevo:

> *"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput*); *quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."*

A propósito, destaco aqui recentíssimo julgado acerca da matéria:

> *APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL CONCURSADA – ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – ART. 93, INCISOS I e II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 47/2011 – DIREITO ADQUIRIDO – INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DESDE A ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR – NORMA DE EFICÁCIA PLENA – INCIDÊNCIA SOBRE O VENCIMENTO BASE – DANO MATERIAL (HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS) – CONDENAÇÃO INDEVIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – FIXAÇÃO APÓS A LIQUIDAÇÃO DO JULGADO – ARTIGO 85, § 4°, II, DO CPC – CORREÇÃO MONETÁRIA DA CONDENAÇÃO E JUROS MORATÓRIOS FIXADOS EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO JULGAMENTO DO TEMA 810 PELO STF – RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS. (..). VI. Em conformidade com o entendimento sedimentado no tema 810 do STF, dos recursos com repercussão geral - de observância obrigatória pelos Tribunais (art. 926, do CPC), a condenação de dívida não tributária imposta contra a Administração Pública deve ser corrigida pelo IPCA-E e sofrer a incidência de juros moratórios de acordo com índice de remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, alterado pela Lei nº 11.960/09.* (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0801949-69.2017.8.12.0018, Paranaíba, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 13/03/2018, p: 14/03/2018)

Assim, mostrando-se a sentença em conformidade com a compreensão firmada pelo STF sobre a aplicação dos juros e correção monetária incidentes sobre as condenações da Fazenda Pública, deve também ser mantida neste ponto.

Oportunamente, advirtam-se aos recorrentes que, conforme disposto no art. 1.026 do NCPC, a interposição de embargos de declaração considerados protelatórios poderá culminar da aplicação de multa.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço porém nego provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Por conseguinte, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, majoro em 2% (dois por cento) os honorários advocatícios já fixados em favor da parte autora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1401006-23.2018.8.12.0000 - Camapuã
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE – ALEGAÇÃO DE NEPOTISMO – PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA NOMEAÇÃO DO AGRAVADO – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13, DO STF – SECRETÁRIO MUNICIPAL – PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS – APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS, SOMENTE SE COMPROVADA A AUSÊNCIA DE APTIDÃO PARA O CARGO E INTENÇÃO DE FRAUDE À LEI – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Segundo o entendimento predominante no STF, no caso de nomeação para pessoas jurídicas distintas e inexistindo relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o nomeado, a configuração do nepotismo, com base na Súmula Vinculante nº 13, exige a comprovação de que o nomeado não tem aptidão para o cargo, e que a subordinação da autoridade nomeante ao poder hierárquico da pessoa em questão.

Não havendo elementos concretos no sentido acima indicado, é descabida a concessão de tutela de urgência, concernente à suspensão da nomeação do agente público.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 31 de julho de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Ministério Público Estadual, qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa, ajuizada em face de Delano de Oliveira Huber, Almir de Oliveira Avila Junior e do Município de Camapuã, indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos dos atos de nomeação e investidura de Almir de Oliveira Ávila Junior.

Alega que a decisão merece ser reformada, pois está presente a probabilidade do direito alegado, porque o cargo para o qual foi nomeado o agravado Almir não se enquadra na definição de agente político, e, desse modo, a situação descrita nos autos revela contrariedade à Súmula Vinculante nº 13, do STF.

Entende o agravante que, como o cargo ocupado pelo agravado Almir é de natureza técnico-burocrático, o vínculo de parentesco do referido agente em relação ao Presidente da Câmara Municipal

caracteriza nepotismo, e que essa ilegalidade também pode ser reconhecida ao agente político, se esse for o entendimento sobre a espécie da função.

Requer a atribuição de efeito ativo ao recurso, e, ao final, o provimento do agravo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 168-169).

Os agravados, Município de Camapuã e Almir de Oliveira Avila Junior, nas contrarrazões, pugnaram pelo improvimento do recurso (f. 175-181 e 184-188).

No parecer de f. 193-200, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso, sob o fundamento de que não se vislumbra, no caso concreto, elementos de probabilidade a respeito da ocorrência de nepotismo.

VOTO

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

O Ministério Público Estadual, qualificado nos autos, interpõe recurso de agravo de instrumento, inconformado com a decisão que, nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa, ajuizada em face de Delano de Oliveira Huber, Almir de Oliveira Avila Junior e do Município de Camapuã, indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos dos atos de nomeação e investidura de Almir de Oliveira Ávila Junior.

Alega que a decisão merece ser reformada, pois está presente a probabilidade do direito alegado, porque o cargo para o qual foi nomeado o agravado Almir não se enquadra na definição de agente político, e, desse modo, a situação descrita nos autos revela contrariedade à Súmula Vinculante nº 13, do STF.

Entende o agravante que, como o cargo ocupado pelo agravado Almir é de natureza técnico-burocrático, o vínculo de parentesco do referido agente em relação ao Presidente da Câmara Municipal caracteriza nepotismo, e que essa ilegalidade também pode ser reconhecida ao agente político, se esse for o entendimento sobre a espécie da função.

Requer a atribuição de efeito ativo ao recurso, e, ao final, o provimento do agravo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 168-169).

Os agravados, Município de Camapuã e Almir de Oliveira Avila Junior, nas contrarrazões, pugnaram pelo improvimento do recurso (f. 175-181 e 184-188).

No parecer de f. 193-200, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso, sob o fundamento de que não se vislumbra, no caso concreto, elementos de probabilidade a respeito da ocorrência de nepotismo.

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual propôs ação civil pública por improbidade, em face do Município de Camapuã, do Prefeito Delano de Oliveira Huber e de Almir de Oliveira Ávila Júnior, sob a alegação de que a nomeação de Almir é ilegal, tendo em vista que ele tem relação de parentesco com o Presidente da Câmara de Vereadores, o que caracteriza violação à Súmula Vinculante nº 13.

Requereu o Ministério Público, ainda, tutela de urgência, no sentido de que o servidor supostamente nomeado de forma irregular, fosse afastado.

Em razão desse pedido, o juízo singular proferiu a decisão agravada, nos seguintes termos (f. 157-159):

> *"(...) No caso telado, evidencia-se que o demandado Delano de Oliveira Huber, Prefeito Municipal de Camapuã, em 09/01/2018, nomeou o requerido Almir de Oliveira Ávila Júnior (filho do Presidente da Câmara Municipal de Vereadores), para exercer o cargo de "Secretário Municipal de Agronegócio, Meio Ambiente e Empreendedorismo", conforme Decreto P/Nº 001/2018, acostado à f. 19.*
>
> *Entretanto, em juízo preliminar, tenho que a contratação do filho do Presidente da Câmara Municipal de Vereadores para o cargo de Secretário Municipal de Agronegócio, Meio Ambiente e Empreendedorismo não caracteriza a ilegalidade apontada na inicial, uma vez que, embora o cargo integre a estrutura administrativa do município, é considerado de natureza política e, portanto, não viola as proibições previstas pela Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Saliento, também, que não há notícias, por ora, quanto a existência de nomeações recíprocas entre as autoridades envolvidas (Prefeito Municipal e Vereador/Presidente da Câmara de Vereadores), o que poderia caracterizar o nepotismo cruzado e que consistiria, aí sim, em prática vedada pela Súmula Vinculante nº 13, do STF.*
>
> *(...)*
>
> *Desta forma, não se vislumbrando, em cognição sumária, a existência de elementos suficientes que evidenciam a probabilidade do direito, o indeferimento do pleito é medida que se impõe.*
>
> *Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela antecipada formulado na exordial."*

Após analisar a decisão e os termos da inicial, verifico que a probabilidade do direito alegado pelo agravante, referente ao apontamento de ilegalidade na nomeação de Almir de Oliveira Ávila Júnior, não se faz presente.

Consoante já alertado no despacho de f. 168-169, o cargo para o qual foi nomeado o agravado Almir de Oliveira Ávila Júnior, pertence ao primeiro escalão do governo municipal, ou seja, de Secretário Municipal de Agronegócio, Meio Ambiente e Empreendedorismo.

Todos os cargos pertencem à estrutura administrativa do ente respectivo, diferenciando-se por suas competências e atribuições; no caso de Secretário de Município, de Estado, ou de Ministro, ou qualquer cargo que ostente o mesmo *status*, por definição legal, não poderá ser considerado como de natureza técnico-administrativa.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar casos idênticos ao presente feito, tem admitido a aplicação da Súmula Vinculante nº 13, também aos agentes políticos, apenas se, no caso concreto, houver comprovação de inaptidão da pessoa nomeada para o cargo, senão veja-se:

> *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)

Observo, ainda, que o teor do julgamento proferido no RE nº 834.722, não foi encontrado num primeiro momento, porque não houve acórdão, mas sim decisão monocrática. E, na referida decisão, foi dado provimento ao recurso extraordinário, porque, naquele caso concreto, a situação concreta não albergava a exceção à aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13, referente à hipótese de demonstração ou não de aptidão da pessoa nomeada para o cargo exercido.

Por isso, como na situação destes autos não há probabilidade do direito no tocante à inaptidão da pessoa nomeada e de indícios de vantagens cruzadas, conforme ressaltado no bem elaborado parecer da Procuradoria de Justiça:

> *"(...) Com efeito, não há dúvidas de que o servidor referido é filho do atual Chefe da Casa de Leis Municipal, bem como de que foi nomeado a ocupar cargo no Executivo Municipal.*
>
> *Assim, a presente controvérsia se cinge em saber se há ou não vedação no ordenamento de que Almir Junior ocupe o cargo referido, de forma concomitante com o exercício da Presidência da Câmara por Almir (genitor do primeiro), considerando a inequívoca relação de parentesco entre ambos.*
>
> *Sobre o tema, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, em ponderação aos princípios regentes da Administração Pública consignados no art. 37 da Constituição Federal, em especial o princípio da impessoalidade, editou a Súmula Vinculante nº 13, de modo a pacificar o entendimento no sentido de que viola as normas constitucionais "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 (...)"*
>
> *A respeito da matéria, são percucientes as lições do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual "O STF estendeu a vedação à administração direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, impedindo a nomeação para cargo ou função de confiança, ou função gratificada - de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, relacionados à autoridade nomeante ou a servidor da mesma pessoa jurídica ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento. Vedado também ficou o nepotismo transverso (ou nepotismo cruzado), aquele que resulta de ajuste que enseja designações recíprocas. Todos esses aspectos foram consolidados na Súmula Vinculante 13, do STF.*
>
> *Analisando-se o caso em apreço, ainda que este subscritor adote o entendimento no sentido de que o teor da Súmula Vinculante nº 13/STF se aplica aos agentes políticos, forçoso reconhecer que, ao menos por ora, não restaram preenchidos os requisitos necessários para a concessão da liminar pretendida pelo Parquet Estadual de Primeira Instância.*

Isso porque, em primeiro lugar, vê-se que a autoridade nomeante na hipótese, qual seja, o Prefeito Municipal de Camapuã, não possui qualquer vínculo de parentesco com o servidor nomeado, como exigido pela primeira parte da súmula supratranscrita (relacionados à autoridade nomeante).

Além disso, ainda que se entenda que, no âmbito estadual, por força de previsão expressa contida no § 7º do art. 27 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul3, seja prescindível a aferição da projeção funcional ou hierárquica entre o titular de Poder ou dirigentes superiores da administração direta e o agente que ocupa cargo em comissão ou função gratificada e que mantém vinculação de parentesco ou afinidade até o terceiro grau com o primeiro, no âmbito de cada Poder do Estado, bem como do Ministério Público, observa-se que, no caso, não se aplica a norma estadual referida.

Isso porque a vedação em questão abrange somente a vinculação de parentesco ou afinidade dos agentes integrantes do mesmo Poder do Estado, o qual poderia ser aplicado, por analogia, aos mesmos Poderes do Município, sendo que, no caso, os cargos ocupados pela autoridade ora nomeante e pelo servidor nomeado integram o Executivo Municipal, ao passo que a autoridade da qual tal servidor possui o vínculo de parentesco é titular de cargo político no Poder Legislativo.

(...)

Por fim, como bem salientado pelo Juízo singular, não há notícias, por ora, quanto à existência de nomeações recíprocas entre as autoridades envolvidas (Prefeito Municipal e Vereador/Presidente da Câmara de Vereados), o que poderia caracterizar o nepotismo cruzado e que consistiria, aí sim, em prática vedada pela Súmula Vinculante nº 13, do STF (f. 158).

Realmente, ao menos em uma análise perfunctória, parece-nos que ainda não se vislumbram, nos autos originários, elementos que corroborem a ocorrência de nepotismo transverso, porquanto não há, até o presente momento, indícios de troca de vantagens ou de ajustes que tenham ensejado designações recíprocas, visando fim contrário ao interesse público, fato que, embora possa ser comprovado no decorrer da ação originária, não autoriza, ao menos nesse momento, o afastamento imediato do agravado Almir de Oliveira Ávila Júnior do exercício do cargo de Secretário de Agronegócio, Meio Ambiente e Empreendedorismo no âmbito do Município de Camapuã.

(...)

Assim, tendo em vista que os requisitos autorizadores da liminar pretendida não se encontram devidamente caracterizados na hipótese, forçoso reconhecer que a decisão interlocutória vergastada merece ser preservada incólume, ante a ausência de indícios da prática de nepotismo na hipótese vertente."

Portanto, não há fundamentos legais ou jurisprudenciais para a reforma da decisão agravada.

Não é caso de majoração de honorários, tendo em vista que não houve fixação da verba em primeira instância.

Dispositivo

Diante do exposto, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, 31 de julho de 2018.

***

1ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1408468-65.2017.8.12.0000 - Glória de Dourados
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – ARTS. 485, V e IX, CPC/73 (ARTS. 966, V E VIII, CPC/2015) – VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (NOTA DE CRÉDITO INDUSTRIAL) SOB A ÉGIDE DO CPC/73 – PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE REJEITADA (EXAMINADA COM O MÉRITO) – INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – INÉRCIA DO CREDOR, APÓS PEDIDO DE ARQUIVAMENTO E DE SUSPENSÃO DO PROCESSO – EXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO CREDOR PARA DAR PROSSEGUIMENTO À EXECUÇÃO – PRECEDENTES DO TJMS E DO STJ EM SEDE DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IUJ 1413994-81.2015.8.12.0000/50000 E IAC NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.604.412/SC, RESPECTIVAMENTE) – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Preenchidos os requisitos legais do art. 966 e incisos do CPC/2015 (art. 485 e incisos CPC/1973), afasta-se preliminar de inadmissibilidade da ação rescisória arguida em sede de preliminar.

Não tendo sido observado, no julgado rescindendo, a incidência de prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao da prescrição do direito material vindicado, acolhe-se o pedido rescisório, por ofensa ao art. 485, V, CPC/73 (art. 966, V, CPC/2015).

Incide em erro de fato, na dicção do art. 485, IX, CPC/73 (966, VIII, CPC/2015), o acórdão que admite fato inexistente, ao deixar de declarar a prescrição intercorrente, por considerar que a suspensão da execução se deu com base na ausência de bens suficientes à satisfação do crédito, quando, em verdade, isso não ocorreu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de agosto de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Osmar Barbosa de Souza, qualificado nos autos, com fulcro no art. 966, incisos V e VIII, do CPC/2015 (manifesta violação de norma jurídica e erro de fato, respectivamente), ajuizou a presente ação rescisória, com pedido de tutela provisória de urgência, em face do Banco do Brasil S/A, objetivando rescindir a decisão que indeferiu pedido de declaração da prescrição intercorrente de execução de título de crédito (Nota de Crédito Industrial nº 95/00109-3), Proc. nº 0000009-89.1996.8.12.0034, em trâmite perante a Vara Única da Comarca de Glória de Dourados, decisão essa confirmada em sede de Agravo de Instrumento nº 1401946-56.2016.8.12.0000, julgado em 28 de junho de 2016, pelo rito do art. 942 do NCPC, transitada em julgado em 22.3.2017 (f. 711).

Alegou, em suma, que: 1) ao todo, constatou-se que a tramitação processual ficou paralisada durante mais de 6 (seis) anos por inércia do credor; 2) o devedor, ora requerente, postulou o reconhecimento da prescrição intercorrente, pleito que foi indeferido pelo Juízo *a quo*, sob o fundamento de que o Banco exequente vinha buscando receber o seu crédito desde 1996, de forma ininterrupta; 3) o magistrado sentenciante incorreu em erro de fato verificável pelo exame dos autos, *"seja porque não percebeu dois períodos de paralisação processual para além do prazo prescricional (retromencionado), seja porque aplicou regra jurídica que, embora válida, não se coadunava com a realidade dos autos, 'tomando' o caso como hipótese de suspensão processual alheia à vontade do credor"* (f. 8)*;* 4) o caso foi indevidamente enquadrado pelo magistrado *a quo* na hipótese em que o feito permanece paralisado por inércia imputável à própria máquina judiciária, *"quando o que de fato ocorreu, na origem, foi a inércia do exequente e, após consolidada tal inércia, deu-se a retomada do curso processual a pedido do mesmo exequente"* (f. 8)*,* situações que guardam tênue diferença, mas que trazem repercussões totalmente distintas; 5) a sentença violou manifestamente o art. 202, parágrafo único, do Código Civil, e o art. 269 do CPC/73 (art. 487 do CPC/2015), *"ao assentar que a configuração prescricional pela inércia do credor depende de que este tenha sido previamente intimado para cumprir diligência, restringindo os comandos legais supra"* (f. 9); 6) interpôs agravo de instrumento contra a decisão interlocutória, perante esta Corte, que, "*em sessão de julgamento perante a 5ª Câmara Cível, proclamou o resultado inicial do julgamento a favor do ora autor, por 2 (dois) votos a 1 (um), ou seja, pelo reconhecimento da prescrição intercorrente"* (f. 9); 7) não obstante, *"aplicando-se, ao julgado, a técnica de complementação legalizada pelo artigo 942 do NCPC, houve inversão do aludido resultado inicial, com o improvimento do pleito recursal, mediante 3 (três) votos a 2 (dois)"* (f. 9); 8) o acórdão do mencionado Agravo *"assinalou, erroneamente, o caso como hipótese de ausência de bens penhoráveis ao credor, na forma do art. 791, inciso III, do CPC/1973, o que obstaria a fluência da prescrição intercorrente"* (f. 9)*,* o que também caracterizou erro de fato, pois *"o decisum considerou, ainda, que o curso do prazo prescricional dependeria de inação do credor ante a necessária intimação pessoal para diligenciar no processo"* (f. 10), de modo que, *"conforme o aludido acórdão, não tendo havido a sobredita intimação pessoal do credor para a prática de atos no processo, não lhe poderia ser imputada a paralisação da marcha processual"* (f. 10), tendo o colegiado, portanto, incorrido nos mesmos erros da instância singela.

Esclareceu que o título de crédito que instruiu a inicial de execução consiste em uma Nota de Crédito Industrial, no valor nominal de R$ 13.000,00 (treze mil reais), emitida em 31 de maio de 1995, com vencimento para 24 de junho de 1996, sem prejuízo das prestações intermediárias, na qual despontou como avalista do devedor principal, Sr. Carlos Cezar Herrera Rodrigues-ME, juntamente com outro avalista, Sr. Aparecido Francisco Carvalho, cuja prescrição ocorre em 3 (três) anos, contados do vencimento, nos termos do art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/66) e do art. 52 do Decreto-Lei nº 413/69.

Asseverou que *"a decisão monocrática admitiu fatos inexistentes (movimentação processual por todos os anos de existência do processo executivo e paralisação da demanda em contrapartida a pedidos de retomada da marcha processual pelo exequente)",* considerando *"inexistentes fatos efetivamente ocorridos (períodos de paralisação induvidosa do processo de origem, inclusive que o levaram ao arquivo provisório por anos)"* (f. 17-18).

Aduziu que, a teor do art. 269 do CPC/73 (art. 487 CPC/2015), não há qualquer previsão legal de necessidade de prévia intimação pessoal para a extinção do processo, com resolução do mérito, como ocorre nos casos de prescrição, o que somente se exige nas hipóteses de extinção sem resolução de mérito (art. 267 CPC/273).

Afirmou, com base no voto divergente, da lavra do Des. Sideni Soncini Pimentel, que, *"à época das paralisações processuais que motivaram a consideração da prescrição intercorrente, o feito contava com bens penhorados dos devedores/executados (inclusive bens do ora autor), passíveis de serem expropriados para saldar a dívida"* (f. 25), entretanto, o exequente, ora requerido, não tomou nenhuma providência útil para movimentação do processo.

Requereu a concessão da gratuidade processual, alegando não ter condições de arcar com as custas e as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e da família.

Postulou o deferimento da tutela provisória de urgência, com a sustação da eficácia da decisão rescindenda e a suspensão do feito executivo (Proc. nº 0000009-89.1996.8.12.0034), até o julgamento final da presente ação, nos termos dos artigos 300 e 969, parte final, ambos do NCPC.

Requereu, ao final, a procedência do pedido, para que seja rescindida a decisão impugnada e proferido novo julgamento, com a declaração da prescrição intercorrente, a extinção do feito executivo e a condenação do requerido no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes a serem fixados no montante de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Optou pela não realização de audiência de conciliação ou de mediação.

Deu à causa o valor de R$ 227.192,40 (duzentos e vinte e sete mil, cento e noventa e dois reais e quarenta centavos).

Ao receber a inicial, indeferi o pedido de tutela de urgência, em virtude da não demonstração, pelo autor, da necessidade da concessão de tal pedido, bem assim deferi-lhe os benefícios a gratuidade processual (f. 720-723).

Realizada a sessão de mediação, em 23 de outubro de 2017, restou infrutífera a tentativa de composição entre as partes (f. 846).

O Banco do Brasil S.A. contestou a inicial, requerendo, prefacialmente, a revogação da justiça gratuita, bem assim o indeferimento da inicial, por falta de depósito prévio (art. 968, II, CPC/2015) e por falta do preenchimento dos requisitos de admissibilidade encartados no art. 966 do CPC/2015 (f. 732-745).

Quanto ao mérito, alegou, em suma, que: 1) não há falar em prescrição intercorrente, pois não teria dado causa à estagnação e delonga do processo no tempo, porquanto sempre atendeu às intimações do magistrado *a quo* para se manifestar nos autos, isto é, não se quedou inerte e nem agiu com desídia; 2) o acolhimento da prescrição intercorrente, nos moldes fixados nestes autos, contraria o entendimento solidificado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é necessária, antes de se decretar a prescrição, a intimação prévia do exequente para dar andamento processo (REsp nº 1.602.919/PR e outros); 3) a nova regra sobre prescrição intercorrente, que dispensa a notificação do credor após o transcurso de um ano da suspensão da execução, deve incidir apenas nas execuções propostas após a entrada em vigor no novo CPC e, nos processos em curso, a partir da suspensão da execução, todavia, a suspensão se deu em 2006, dez anos antes da entrada em vigor do novo diploma processual; 4) o requerido não se quedou inerte nem agiu com desídia (f. 732-745).

Em réplica à contestação, o autor impugnou as preliminares, batendo-se, quanto ao mérito, pela procedência do pedido, reforçando os argumentos trazidos com a inicial (f. 865-888).

No despacho saneador de f. 890, esta relatoria estabeleceu que a causa não comporta a participação do Ministério Público; manteve a decisão concessiva da gratuidade processual ao autor; afastou as preliminares de inépcia da inicial; e abriu prazo para a apresentação das alegações finais.

Não houve recurso das partes a respeito do despacho saneador.

Ambas as partes apresentaram suas alegações finais, reiterando as teses apresentadas com a inicial e com a resposta (f. 892-897 e 898).

VOTO

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

Dos fatos

Trata-se de ação rescisória, com pedido de tutela provisória de urgência, movida por Osmar Barbosa de Souza, com fulcro no art. 966, incisos V e VIII, do CPC/2015 (manifesta violação de norma jurídica e erro de fato, respectivamente), em face do Banco do Brasil S/A, objetivando rescindir a decisão que indeferiu pedido de declaração da prescrição intercorrente de execução de título de crédito (Nota de Crédito Industrial nº 95/00109-3), Proc. nº 0000009-89.1996.8.12.0034, em trâmite perante a Vara Única da Comarca de Glória de Dourados, decisão essa confirmada em sede de Agravo de Instrumento nº 1401946-56.2016.8.12.0000, julgado em 28 de junho de 2016, pelo rito do art. 942 do NCPC, transitada em julgado em 22.3.2017 (f. 711).

Alegou, em suma, que: 1) ao todo, constatou-se que a tramitação processual ficou paralisada durante mais de 6 (seis) anos por inércia do credor; 2) o devedor, ora requerente, postulou o reconhecimento da prescrição intercorrente, pleito que foi indeferido pelo Juízo *a quo*, sob o fundamento de que o banco exequente vinha buscando receber o seu crédito desde 1996, de forma ininterrupta; 3) o magistrado sentenciante incorreu em erro de fato verificável pelo exame dos autos, *"seja porque não percebeu dois períodos de paralisação processual para além do prazo prescricional (retromencionado), seja porque aplicou regra jurídica que, embora válida, não se coadunava com a realidade dos autos, 'tomando' o caso como hipótese de suspensão processual alheia à vontade do credor"* (f. 8); 4) o caso foi indevidamente enquadrado pelo magistrado *a quo* na hipótese em que o feito permanece paralisado por inércia imputável à própria máquina judiciária, *"quando o que de fato ocorreu, na origem, foi a inércia do exequente e, após consolidada tal inércia, deu-se a retomada do curso processual a pedido do mesmo exequente"* (f. 8), situações que guardam tênue diferença, mas que trazem repercussões totalmente distintas; 5) a sentença violou manifestamente o art. 202, parágrafo único, do Código Civil, e o art. 269 do CPC/73 (art. 487 do CPC/2015), *"ao assentar que a configuração prescricional pela inércia do credor depende de que este tenha sido previamente intimado para cumprir diligência, restringindo os comandos legais supra"* (f. 9); 6) interpôs agravo de instrumento contra a decisão interlocutória, perante esta Corte, que, "*em sessão de julgamento perante a 5ª Câmara Cível, proclamou o resultado inicial do julgamento a favor do ora autor, por 2 (dois) votos a 1 (um), ou seja, pelo reconhecimento da prescrição intercorrente"* (f. 9); 7) não obstante, *"aplicando-se, ao julgado, a técnica de complementação legalizada pelo artigo 942 do NCPC, houve inversão do aludido resultado inicial, com o improvimento do pleito recursal, mediante 3 (três) votos a 2 (dois)"* (f. 9); 8) o acórdão do mencionado agravo *"assinalou, erroneamente, o caso como hipótese de ausência de bens penhoráveis ao credor, na forma do art. 791, inciso III, do CPC/1973, o que obstaria a fluência da prescrição intercorrente"* (f. 9), o que também caracterizou erro de fato, pois *"o decisum*

considerou, ainda, que o curso do prazo prescricional dependeria de inação do credor ante a necessária intimação pessoal para diligenciar no processo" (f. 10), de modo que, *"conforme o aludido acórdão, não tendo havido a sobredita intimação pessoal do credor para a prática de atos no processo, não lhe poderia ser imputada a paralisação da marcha processual"* (f. 10), tendo o colegiado, portanto, incorrido nos mesmos erros da instância singela.

Acrescentou que o título de crédito que instruiu a inicial de execução consiste em uma nota de crédito industrial, no valor nominal de R$ 13.000,00 (treze mil reais), emitida em 31 de maio de 1995, com vencimento para 24 de junho de 1996, sem prejuízo das prestações intermediárias, na qual despontou como avalista do devedor principal, Sr. Carlos Cezar Herrera Rodrigues-ME, juntamente com outro avalista, Sr. Aparecido Francisco Carvalho, cuja prescrição ocorre em 3 (três) anos, contados do vencimento, nos termos do art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/66) e do art. 52 do Decreto-Lei nº 413/69.

Asseverou que *"a decisão monocrática admitiu fatos inexistentes (movimentação processual por todos os anos de existência do processo executivo e paralisação da demanda em contrapartida a pedidos de retomada da marcha processual pelo exequente)",* considerando *"inexistentes fatos efetivamente ocorridos (períodos de paralisação induvidosa do processo de origem, inclusive que o levaram ao arquivo provisório por anos)"* (f. 17-18).

Aduziu que, a teor do art. 269 do CPC/73 (art. 487 CPC/2015), não há qualquer previsão legal de necessidade de prévia intimação pessoal para a extinção do processo, com resolução do mérito, como ocorre nos casos de prescrição, o que somente se exige nas hipóteses de extinção sem resolução de mérito (art. 267 CPC/273).

Afirmou, com base no voto divergente, da lavra do Des. Sideni Soncini Pimentel, que, *"à época das paralisações processuais que motivaram a consideração da prescrição intercorrente, o feito contava com bens penhorados dos devedores/executados (inclusive bens do ora autor), passíveis de serem expropriados para saldar a dívida"* (f. 25), entretanto, o exequente, ora requerido, não tomou nenhuma providência útil para movimentação do processo.

Requereu a concessão da gratuidade processual, alegando não ter condições de arcar com as custas e as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e da família.

Postulou o deferimento da tutela provisória de urgência, com a sustação da eficácia da decisão rescindenda e a suspensão do feito executivo (Proc. nº 0000009-89.1996.8.12.0034), até o julgamento final da presente ação, nos termos dos artigos 300 e 969, parte final, ambos do NCPC.

Requereu, ao final, a procedência do pedido, para que seja rescindida a decisão impugnada e proferido novo julgamento, com a declaração da prescrição intercorrente, a extinção do feito executivo e a condenação do requerido no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes a serem fixados no montante de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Optou pela não realização de audiência de conciliação ou de mediação.

Deu à causa o valor de R$ 227.192,40 (duzentos e vinte e sete mil, cento e noventa e dois reais e quarenta centavos).

Ao receber a inicial, indeferi o pedido de tutela de urgência, em virtude da não demonstração, pelo autor, da necessidade da concessão de tal pedido, bem assim deferi-lhe os benefícios a gratuidade processual (f. 720-723).

Realizada a sessão de mediação, em 23 de outubro de 2017, restou infrutífera a tentativa de composição entre as partes (f. 846).

O requerido contestou a inicial, requerendo, prefacialmente, a revogação da justiça gratuita, bem assim o indeferimento da inicial, por falta de depósito prévio (art. 968, II, CPC/2015) e por falta do preenchimento dos requisitos de admissibilidade encartados no art. 966 do CPC/2015.

Quanto ao mérito, alegou, em suma, que: 1) não há falar em prescrição intercorrente, pois não teria dado causa à estagnação e delonga do processo no tempo, porquanto sempre atendeu às intimações do magistrado *a quo* para se manifestar nos autos, isto é, não se quedou inerte e nem agiu com desídia; 2) o acolhimento da prescrição intercorrente, nos moldes fixados nestes autos, contraria o entendimento solidificado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é necessária, antes de se decretar a prescrição, a intimação prévia do exequente para dar andamento processo (REsp nº 1.602.919/PR e outros); 3) a nova regra sobre prescrição intercorrente, que dispensa a notificação do credor após o transcurso de um ano da suspensão da execução, deve incidir apenas nas execuções propostas após a entrada em vigor no novo CPC e, nos processos em curso, a partir da suspensão da execução, todavia, a suspensão se deu em 2006, dez anos antes da entrada em vigor do novo diploma processual; 4) o requerido não se quedou inerte nem agiu com desídia (f. 732-745).

Em réplica à contestação, o autor impugnou as preliminares, batendo-se, quanto ao mérito, pela procedência do pedido, reforçando os argumentos trazidos com a inicial (f. 865-888).

No despacho saneador de f. 890, esta relatoria estabeleceu que a causa não comporta a participação do Ministério Público; manteve a decisão concessiva da gratuidade processual ao autor; afastou as preliminares de inépcia da inicial; e abriu prazo para a apresentação das alegações finais.

Não houve recurso das partes a respeito do despacho saneador.

Ambas as partes apresentaram suas alegações finais, reiterando as teses apresentadas com a inicial e com a resposta (f. 892-897 e 898).

Do direito

Preliminares

Como visto no relatório, a impugnação da justiça gratuita e a preliminar de inépcia da inicial, por ausência do depósito prévio de que trata o art. 968, II, do CPC/2015, foram rechaçadas no despacho saneador, sem qualquer recurso das partes, restando preclusas tais matérias, tanto que não foram reiteradas nas alegações finais.

Quanto ao pedido de inadmissibilidade da ação rescisória, por falta de preenchimento dos requisitos encartados no art. 966 do CPC/2015, este tema, em virtude do entrelaçamento das matérias, foi relegado para apreciação em conjunto com o mérito, o que será feito a seguir.

Mérito

Preambularmente, quanto ao mérito (prescrição intercorrente: aquela que ocorre no decurso do processo), ressalvo que o presente caso rege-se pelo antigo Código de Processo Civil (CPC/73), porquanto o vencimento do prazo deu-se durante a vigência do referido diploma legal.

Com efeito, a controvérsia consiste, basicamente, em saber se o acórdão rescindendo violou, manifestamente, norma jurídica e incidiu em erro de fato (art. 485, V e IX, CPC/73 – art. 966, V e VIII,

CPC/2015), ao manter, em sede de recurso, sentença de primeira instância, que indeferiu pedido de declaração de prescrição intercorrente de execução de título de crédito movida pelo Banco do Brasil S/A contra o ora autor.

Segundo consta da inicial, a sentença confirmada pelo acórdão rescindendo teria violado manifestamente o parágrafo único do art. 202 do Código Civil, que assim dispõe:

> *Código Civil*
>
> *Art. 202. (...)*
>
> *Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.*

Ainda segundo a exordial, a sentença corroborada pelo acórdão impugnado teria incorrido em erro de fato verificável pelo exame dos autos, *"seja porque não percebeu dois períodos de paralisação processual para além do prazo prescricional, seja porque aplicou regra jurídica que, embora válida, não se coadunava com a realidade dos autos, 'tomando' o caso como hipótese de suspensão processual alheia à vontade do credor"* (f. 8).

Na resposta, o requerido afirmou que não teria dado causa à estagnação e delonga do processo no tempo, isto é, que não se quedou inerte nem agiu com desídia.

Examinando, porém, os autos, verifiquei que realmente o processo de execução, embora tenha sido movimentado pelo credor, ora requerido, por inúmeras vezes, permaneceu arquivado a pedido dele próprio entre maio de 1999 a fevereiro de 2003 e entre abril de 2004 a fevereiro de 2010.

Reproduzo, para efeitos didáticos, o trecho do acórdão em que o eminente Relator detalha os períodos em que o processo foi movimentado pelo exequente e as épocas em que se manteve arquivado e/ou suspenso:

> *"(...) em **03.05.1999**,* [o credor] *requereu o **arquivamento** do feito até nova manifestação, **considerando que o resultado da praça foi negativo,** mormente porque os imóveis indivisíveis em condomínio não estimulam interessados em sua compra (f. 223).*
>
> *(...) em **29.04.2004**, pediu a **suspensão do processo até que fosse definido o pedido formulado em outro processo de execução** (f. 258); em **22.02.2010**, o credor solicitou o desarquivamento do processo e o prosseguimento do feito com o reforço da penhora (f. 267)."* (G.n.). [f. 673].

Como se infere do detalhamento da movimentação dos autos da execução, no primeiro período, o feito sofreu uma paralisação de quase 4 anos e no segundo, quase 6 anos, tempo suficiente para se materializar a prescrição intercorrente, mesmo descontado o prazo limite de suspensão do feito por 1 (um) ano, previsto no § 1º do art. 921 do CPC/2015 ou no art. 40, § 2º, da Lei 6.830/80, este aplicado analogicamente, visto que a prescrição do título de crédito (nota de crédito industrial) ocorre em 3 (três) anos, contados do vencimento, nos termos do art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/66) e do art. 52 do Decreto-Lei nº 413/69, respectivamente:

> *Art. 70. Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em **3 (três) anos** a contar do seu vencimento.*
>
> *(...)*

> *Art. 52. Aplicam-se à cédula de crédito industrial e à* ***nota de crédito industrial,*** *no que forem cabíveis, as normas do direito cambial, dispensado, porém, o protesto para garantir o direito de regresso contra endossantes e avalistas.* (G.n).

No acórdão, constou ainda:

> *"Entretanto, no presente caso, a execução somente ficou estática durante pequenos períodos e* ***em virtude da inexistência de bens suficientes à satisfação do crédito executado*** *ou por motivos alheios à vontade do credor.*
>
> *Logo,* ***se a paralisação da marcha processual se deu em virtude de fato que não pode ser atribuído ao credor,*** *não há que se falar em prescrição intercorrente"* (f. 674). G.n.

Portanto, ao contrário do que consta no acórdão rescindendo, os períodos de paralisação não podem ser atribuídos à inexistência de bens suficientes ou por culpa do Poder Judiciário, mas sim por outros motivos: no primeiro período de inatividade processual superior a 3 anos, o pedido de arquivamento pelo credor se deu porque o resultado da praça foi negativa, e no segundo, também superior a 3 anos, porque a suspensão requerida se deu por estratégia processual do exequente, em virtude da existência de pedido em outro processo.

Ora, tais eventos não eximem o credor da culpa pela própria inércia, visto que era de sua responsabilidade promover o andamento do processo nos referidos períodos e não aguardar, cândida e comodamente, que fosse provocado pelo juiz da causa para dar seguimento ao curso processual.

Ademais, prestigiar a inércia do credor atenta contra os princípios que motivaram a edição do art. 620 do CPC/73, segundo o qual a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor.

Superados alguns momentos iniciais de flutuação jurisprudencial, nos últimos tempos, os órgãos fracionários desta Corte passaram a sedimentar a jurisprudência de que a inércia do credor em movimentar o processo de execução, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, independentemente da intimação (pessoal ou não) da parte, para dar andamento ao feito, acarreta a prescrição intercorrente.

Colho, aleatoriamente, os seguintes arestos, oriundos da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Câmaras Cíveis, que vêm em abono da tese do autor:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – DÍVIDA LÍQUIDA – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE – AUTOS QUE PERMANECERAM POR MAIS DE 10 (DEZ) ANOS EM ARQUIVO – PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que, na ação monitória, decretou a prescrição intercorrente, isto porque o processo ficou arquivado por mais de 10 anos, tendo sido ultrapassado o lapso de tempo prescricional sem que houvesse qualquer manifestação por parte do credor-exequente.* (AC-0810429-15.2002.8.12.0001. Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins. 1ª Câmara Cível, julg. 26.6.2018).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA – PROPOSITURA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA APÓS O DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO EXECUTIVA – INOCORRÊNCIA DE SUSPENSÃO* SINE DIE.
>
> *1. Controvérsia centrada na discussão acerca da ocorrência, ou não, da prescrição intercorrente, considerando-se, na hipótese, o prazo decenal.*

2. Não tem curso o prazo de prescrição intercorrente enquanto a execução estiver suspensa com base na ausência de bens penhoráveis (art. 791, inc. III, CPC/73, atual art. 921, inc. III, CPC/2015), exigindo-se, para o seu início, a intimação do exequente para dar andamento ao feito.

3. Na hipótese dos autos, entretanto, não houve suspensão sine die, por falta de bens penhoráveis, mesmo porque sequer houve pedido de arquivamento em razão da ausência de bens passíveis de constrição.

4. Em verdade, quando constatada pelo Juízo a quo a ocorrência da prescrição intercorrente, sequer havia sido iniciado o curso do Cumprimento de Sentença, mesmo porque a petição inicial deste, protocolizada em 19/08/2016, foi a primeira e única de efetivo impulso após o trânsito em julgado da sentença proferida na fase de conhecimento, o qual ocorrera em abril/2009, transcorrendo-se, portanto, quase sete (7) anos, após o trânsito em julgado, sem qualquer impulso do pretenso credor, superando-se, portanto, o prazo prescricional previsto no inc. I, do § 5º, do art. 206, do Código Civil/2002 (cinco anos). 5. Apelação conhecida e não provida. (AC-0002748-56.2004.8.12.0001. Rel. Des. Paulo Alberto de Oliveira. 2ª Câmara Cível, julg. 6.6.2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE IMÓVEL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO EXECUTADO – INÉRCIA DO EXEQUENTE – PROCESSO ARQUIVADO POR 13 ANOS – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EVIDENCIADA – RECURSO DESPROVIDO.

1. Ao processo suspenso aplica-se, até mesmo de ofício, a prescrição intercorrente, caso havendo penhora nos autos, a inércia do credor atinja o prazo assinalado na lei material.

2. Existindo penhora nos autos e não tendo o exequente adotado medidas para satisfação de seu crédito, sequer providenciando a cientificação do devedor a respeito daquela constrição por meio de Carta Precatória - embora seu causídico tenha sido devidamente intimado para tanto - inafastável a conclusão de que, por inércia, o feito restou paralisado por mais de 13 anos, levando ao reconhecimento da prescrição intercorrente. (AC- 0005031-19.1985.8.12.0001. Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. 3ª Câmara Cível, julg. 5.6.2018).

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CÉDULA RURAL PGNORATÍCIA COM GARANTIA HIPOTECÁRIA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA – INÉRCIA DO EXEQUENTE – RECURSO PROVIDO.

A inércia do credor, que permanece por quase 11 anos sem se manifestar nos autos, não demonstrando interesse em obter a satisfação do seu direito/crédito, leva à caracterização da prescrição intercorrente. (AG-1413745-62.2017.8.12.0000. Rel. Des. Claudionor M. A. Duarte. 4ª Câmara Cível, julg. 27.3.2018.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – OCORRÊNCIA – INÉRCIA DO EXEQUENTE – PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Importa consignar que, considerando que a sentença e a interposição do recurso deram-se na vigência do CPC/1973, aplica-se o regramento anterior aos atos processuais praticados na sua vigência, à luz do princípio de que o tempo rege o ato.

Tendo ou não tendo bens penhoráveis, se não houver movimentação dos autos pelo prazo prescricional estabelecido em lei, que no caso de execução é o mesmo prazo de prescrição da ação (Súmula 150 do STF), a extinção do processo pela prescrição intercorrente é medida que se impõe, até porque nenhum prazo processual pode ser indefinido ou eternizado, sob pena de se ofender o princípio constitucional da razoável duração do processo.

A inércia do credor que permanece por mais de 12 (doze) anos sem providenciar a juntada das certidões negativas para levar o bem penhorado à leilão, não demonstrando interesse em obter a satisfação do seu direito/crédito, leva à caracterização da prescrição intercorrente. (AC-0000013-33.1995.8.12.0044. Rel. Amaury da Silva Kuklinski. 4ª Câmara Cível. Julg. 30.5.2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO – CPC/1973 – ARQUIVAMENTO DOS AUTOS – INÉRCIA APÓS O PRAZO ÂNUO DE SUSPENSÃO E INÍCIO DA FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL – PERÍODO DE INÉRCIA SUPERIOR AO LAPSO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO.

– Às execuções aplicam-se subsidiariamente as disposições do processo de conhecimento, conforme intelecção do art. 598 do CPC de 1973, que rege a espécie.

– Em observância ao citado comando legal, bem como ao disposto no § 5º do art. 265 do CPC/73, aplicável por analogia nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode o processo de execução permanecer arquivado pelo prazo de um ano por inércia do exequente ou inexistindo bens penhoráveis ou, os havendo, forem insuficientes para satisfação integral da obrigação, sem que se compute durante tal prazo a prescrição intercorrente. Intelecção do art. 199, I, do CC e 791, III, do CPC/73.

– Fluído tal prazo de suspensão, de 1 (um) ano, e permanecendo os autos arquivados por inércia ou incúria do credor, tem início a fluência do prazo prescricional, que se dará pelo mesmo prazo para a prescrição da pretensão executiva correspondente ao título que se executa e descrito em lei. Referido termo inicial será o do dia seguinte ao vencimento do prazo ânuo de suspensão, independentemente de intimação da parte ou de seu advogado. – Recurso improvido. Sentença mantida. (AC-0009977-79.1995.8.12.0002. Rel. Des. Dorival Renato Pavan. 4ª Câmara Cível, julg. 30.5.2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS – SUSPENSÃO – ARQUIVAMENTO PROVISÓRIO POR MAIS DE DEZ ANOS – INTIMAÇÃO PESSOAL DESNECESSÁRIA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE *CONFIGURADA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

1. A previsão de prescrição intercorrente *é forma de sanção à negligência do autor nas execuções, obstando assim a perpetuidade dessas ações de cobrança, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.*

2. O apelante requereu a suspensão até que fossem localizados bens passíveis de penhora, sendo os autos remetidos ao arquivo provisório e transcorridos mais de 10 anos não houve impulso processual, sendo inarredável o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente.

3. (...) referida intimação não se justifica, nem sequer possui utilidade. Vale anotar que não há lógica em se exigir a intimação pessoal do exequente antes do início do prazo prescricional, pois este se inicia, nos termos da lei, a partir do último ato do processo.

Também não se justifica a intimação pessoal do exequente para suprir a falta, pois qualquer ato da parte é inócuo depois que a prescrição já se operou.

4. Manutenção da sentença que declarou de ofício a prescrição intercorrente *e a extinção da ação executiva.* (AC-0000217-61.1995.8.12.0017. Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel. 5ª Câmara Cível, julg. 3.7.2018).

Todos esses julgados vieram na esteira do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1413994-81.2015.8.12.0000/50000, ocasião em que a Seção Especial Cível decidiu, por maioria de votos:

EMENTA – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

O início ou reinício do prazo prescricional, nos processos de execução ou em fase de execução ou de cumprimento de sentença, cuja suspensão sine die ou não, por ausência de bens penhoráveis, foi determinada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não exige intimação da parte e nem de seu representante processual para dar andamento ao processo, sendo desnecessárias intimação pessoal ou intimação por publicação no Diário da Justiça. (Rel. designado Des. Nélio Stábile, julg. em 29.8.2016).

Da mesma forma, a 4ª Seção Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, seguindo a orientação da Seção Especial Cível, proclamou:

AÇÃO RESCISÓRIA – PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE – SUCEDÂNEO RECURSAL – REJEITADA – MÉRITO – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA DAR INÍCIO À CONTAGEM DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – ENTENDIMENTO ASSENTADO EM JULGAMENTO REALIZADO PELA SEÇÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI – PRETENSÃO INICIAL JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A arguição de inadmissibilidade da presente ação rescisória, diante da regra que impede sua utilização como sucedâneo recursal, já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual somente aquela Corte ou o STF poderá modificar tal decisão. Daí por que deve ser rejeitada a prefacial também no âmbito desta Corte.

2. Quanto à questão de fundo, esta Corte Estadual assentou, em recente julgamento proferido pela Seção de Uniformização de Jurisprudência, entendimento no sentido de "desnecessidade da intimação do credor para dar andamento ao feito como marco para deflagração do prazo da prescrição intercorrente no âmbito da tutela executiva, suspensa por falta de bens, nas hipóteses fora da abrangência do novo CPC" (Incidente de Uniformização de Jurisprudência – Processo: 1413994-81.2015.8.12.0000/50000 – [acórdão publicado no DJ nº 3.742, de 14.2.2017]).

3. Consectário lógico, não há violação literal ao art. 791, III, do CPC/73 na decisão que reconhece, independentemente de intimação do exequente para dar andamento à execução, a prescrição intercorrente, depois de passados mais de 5 anos de paralisação do processo.

4. Ação rescisória julgada improcedente. (AR-0600174-33.2012.8.12.0000. Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julg. 26.9.2016).

Em consonância com este entendimento, em decisão recentíssima, o Superior Tribunal de Justiça, após admitir incidente de assunção de competência, tendo por recurso representativo da controvérsia o Recurso Especial nº 1.604.412/SC, por sua Segunda Seção, uniformizou a jurisprudência, fixando a seguinte tese:

> *"1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.*
>
> *1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de 1 (um) ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).*
>
> *1.3. O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).*
>
> *1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição."* (Relator: Min Marco Aurélio Bellizze, julg. 27.6.2018).

Deste modo, o acórdão rescindendo não apenas infringiu manifestamente o parágrafo único do art. 202 do Código Civil, como também o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/66); o art. 52 do Decreto-Lei nº 413/69; e o art. 206, § 3º, VIII, do Código Civil de 2002,[1] o que caracteriza a violação literal de disposição de lei prevista no art. 485, V, CPC/73 (art. 966, V, CPC/2015), sem prejuízo de que o CPC/2015 é expresso a respeito:

> *Art. 924. Extingue-se a execução quando:*
>
> *(...)*
>
> *V – ocorrer a prescrição intercorrente.*

Outrossim, procede o argumento empregado na inicial de que houve erro de fato, que, segundo a dicção legal, consiste em "*a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou considerar inexistente fato efetivamente ocorrido"*.

Na espécie, o magistrado sentenciante admitiu fato inexistente (ausência de bens suficientes à satisfação do crédito), incidindo na primeira parte do dispositivo legal que embasou a inicial desta rescisória (§ 1º do art. 485, IX – § 1º do art. 966, VIII).

Tais fundamentos são suficientes, por si só, para afastar a tese do requerido de ausência de preenchimento dos requisitos de admissibilidade, alegada em sua resposta, bem como de que não houve inércia de sua parte na movimentação do processo de execução, nos períodos indicados.

Parte dispositiva

1 CC 2002: Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) VIII – a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a cotar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial.

À luz das considerações expostas, nos termos do art. 974, *caput*, CPC/2015 (art. 494, *caput,* CPC/1973), julgo procedente o pedido formulado na presente ação e rescindo o acórdão objurgado, declarando a prescrição intercorrente do título executado, bem assim extingo o processo executivo, com resolução do mérito.

Resta prejudicado o comando de restituição do depósito de que trata inciso II do art. 968 do CPC/2015 (art. 488, II, CPC/1973), pelo fato de que o requerente é beneficiário da justiça gratuita, tendo sido dispensado de realizar o mencionado depósito.

Por fim, condeno o requerido no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, referentemente à presente ação rescisória, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, pelos critérios do art. 85, § 2º, incisos I a IV, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente a ação rescisória, 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. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 6 de agosto de 2018.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000756-72.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.084/2017, QUE PROÍBE, NO MUNICÍPIO DE DOURADOS, O USO DE CARROS PARTICULARES CADASTRADOS EM APLICATIVOS PARA O TRANSPORTE REMUNERADO INDIVIDUAL PRIVADO DE PESSOAS (UBER) – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PREVISTA NO ART. 22, INCISOS IX E XI, CF/88 C/C ART. 17, INCISOS I, II E V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CARACTERIZADA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE COM A CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR.

A Lei Municipal nº 4.087/2017, ao proibir, no âmbito de Município de Dourados, o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para transporte remunerado individual privado de pessoas, está em desconformidade com a Constituição Estadual, quer em seu aspecto formal, quer em seu aspecto material: a) quanto ao aspecto formal, resta caracterizada invasão da competência legislativa da União prevista no artigo 22, incisos IX e XI da Constituição Federal, combinada com o artigo 17, incisos I, II e V, da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul e b) quanto ao aspecto material, a lei em comento, ao impor uma reserva de mercado aos taxistas e instituir monopólio de transporte individual privado de passageiros, violou o princípio constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência.

Inconstitucionalidade declarada - pedido julgado procedente, com a confirmação da liminar, retirando-se, em definitivo, do ordenamento jurídico, a Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de setembro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face do Município de Dourados, tendo por objeto declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.084, de 10.2.2017, que possui a seguinte redação:

"Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017

Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, no âmbito do Município de Dourados, e dá outras providências.

Art. 1º. Fica proibido no âmbito da cidade de Dourados o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

§ 1º. Esta Lei está de acordo como que rege a Lei Federal nº 12.468/2011, em que regulamenta a profissão de taxistas em todo território nacional.

§ 2º. A realização do transporte individual e remunerado de passageiros por veículos não autorizados para o serviço de táxi no Município de Dourados, que utilizem de quaisquer aplicativos, caracterizará o exercício de serviços de transporte clandestino, ficando o infrator sujeito a multas previstas nesta lei.

Art. 2º. Na hipótese de desrespeito a essa lei fica o condutor e as empresas solidárias sujeitas a imposição de multa no valor de R$3.000,00 (três mil reais), apreensão de veículo e demais sanções cabíveis.

§ 1º. Em caso de reincidência a multa prevista no caput *deste artigo será aplicada em dobro.*

§ 2º. Considerar-se-á reincidência a ocorrência da mesma infração no período de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias contados do cometimento da primeira infração contadas após a expiração do período anterior.

Art. 3º. Demais regulamentações complementares, para o fiel cumprimento desta lei, serão editadas por Decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua publicação.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Sustenta, em suma, que a referida lei apresenta vícios de inconstitucionalidade formal e material.

Vício de inconstitucionalidade formal.

Violação à regra de competência legislativa privativa da União e ofensa à regra da competência legislativa dos municípios.

Ofensa ao art. 17, inciso V, da Constituição Estadual.

Neste tópico, o autor alega que o município não pode legislar sobre serviços de transporte privado individual por ausência de competência outorgada pela Constituição Federal, isso porque o art. 30, inciso V, da Carta Magna, em matéria de transporte, conferiu aos municípios exclusivamente a competência para regular serviços públicos de interesse local, incluindo o transporte coletivo, "*mas não para regular transportes individuais privados",* faculdade esta reservada unicamente à União.

Assinala que o legislador municipal, ao proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, ultrapassou os limites de sua competência para regular transporte público, na medida em que estendeu sua competência para além do transporte público individual e coletivo, abrangendo outra modalidade de transporte, qual seja, o transporte individual privado, cuja competência, repita-se, é privativa da União.

Enfatiza que a proibição estabelecida pela Lei Municipal nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, invadiu a esfera de competência legislativa da União, prevista no art. 22, incisos IX e XI, no art. 30, inciso V, e 182, todos da Constituição Federal, bem como atropelou a regra de competência conferida pelo art. 17, inciso V, da Constituição Estadual, que reproduz regra inserta no art. 30, inciso V, da Constituição Federal, legislando sobre transporte individual privado, matéria sobre a qual não estava constitucionalmente autorizado a legislar, tolhendo a eficácia de normas provenientes da União, aplicáveis em todo o território nacional.

Ofensa ao art. 17, incisos I e II, da Constituição Estadual.

Neste aspecto, informa que, de acordo com o critério constitucional de repartição de competências, a Constituição Federal, no inciso I do art. 30, autorizou o município a *"legislar sobre assuntos de interesse local",* e, no inciso II, apenas a *"suplementar a legislação federal e a estadual no que couber"*.

Acrescenta que, não obstante os incisos I e II do art. 17 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que espelham os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, autorizarem os municípios a *"legislar sobre assuntos de interesse local",* bem como a *"suplementar a legislação federal e estadual no que couber",* o fato é que as normas municipais que versem sobre matéria de transporte jamais podem modificar, restringir ou prejudicar de qualquer modo uma regra estabelecida nos ordenamentos jurídicos nacional ou estadual, sob pena de converter a competência suplementar do município em competência concorrente.

Alega que a Lei Municipal nº 4.084/2017, ao proibir, no âmbito do Município de Dourados, o transporte remunerado de pessoas, em veículos particulares cadastrados em aplicativos para locais pré-estabelecidos, contrariou legislação federal e extrapolou os limites do peculiar interesse local, porquanto estabeleceu norma geral sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoco confronto à competência da União.

Obtempera que a vedação trazida pela Lei nº 4.084/2017 ultrapassa o interesse predominantemente local, pois o assunto se insere no conceito amplo de direitos coletivos, atingindo usuários de forma irrestrita e não somente aqueles residentes no Município de Dourados, mas também eventuais visitantes.

Ressalva que, mesmo que se entendesse possível a atuação supletiva do legislador municipal, ainda assim a Lei nº 4.084/2017 não seria constitucional, porque, em lugar de suplementá-la, acabou indo muito além, obstando, no Município de Dourados, a aplicação da Lei Federal nº 12.587, de 3.1.2012, que instituiu diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, em que o transporte urbano é definido como sendo o *"conjunto de modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades"* (f. 9).

Vício de inconstitucionalidade material

Assevera que a Lei nº 4.084/2017 também padece do vício da inconstitucionalidade material, que se expressa pela incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição, ou mesmo pelo confronto a uma regra constitucional ou a um princípio.

Aduz que a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul estabeleceu, em seu art. 1º, os fundamentos do Estado de Mato Grosso do Sul, instituindo, em seu inciso II, *"o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal",* obrigando-se a observar os princípios estabelecidos na Carta Magna.

Em abono dessa assertiva, menciona, especificamente, os artigos 1º, IV, e 170, IV e V, ambos da Constituição Federal, replicados nos arts. 1º, II e IV, e art. 167, ambos a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Acrescenta que a observância aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como aos direitos do consumidor, é obrigatória, dela não podendo o legislador municipal de modo algum se afastar.

Reporta-se a vários diplomas legais que espelham os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor, do sistema de defesa da concorrência, das diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (arts. 730 e 731 do CC; arts. 2º, V, e 3º, VIII, da Lei Federal nº 12.965/2014 [Marco Civil da Internet]; art. 36, § 3º, III, da Lei Federal nº 12.529/2011).

Adiciona que a Lei Municipal nº 4.084/2017, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados em aplicativos, inibe a atuação de desenvolvedores de soluções tecnológicas que facilitam o contato entre os profissionais que exercem esse transporte e pessoas interessadas em contratá-las, estabelecendo uma verdadeira limitação de negócio.

Afirma que a lei impugnada impede a atividade de motoristas profissionais que atuam ou pretendem atuar no mercado de transporte individual privado de passageiros (legalmente autorizado) com auxílio de aplicativos de aproximação entre usuário e prestador do serviço e afronta o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, assegurado nos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Argumenta que a Lei Federal nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, fixou a modalidade de transporte individual privado de passageiros, distinguindo-a do transporte público individual de passageiros.

Diz que a Lei Federal nº 12.468/2011, a seu turno, considerou privativo dos taxistas apenas o serviço de transporte público individual remunerado de passageiros.

Assegura que a Lei Municipal objurgada criou reserva de mercado em prol dos taxistas, que configura um verdadeiro monopólio sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros, impedindo o ingresso no mercado de outros interessados em prestar serviço semelhante autorizado nos termos da legislação federal, o que viola a Súmula Vinculante nº 49 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *"ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área"*.

Dos pedidos:

Sustentando a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, requer, nos moldes do art. 517, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, seja concedido, *initio litis* e *inaudita altera parte*, a medida cautelar pleiteada, para suspender liminarmente a eficácia da Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados,

Requer, ao fim, o julgamento da procedência do pedido para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, adotando-se todas as providências para que sessem, *ex tunc*, todos os seus efeitos.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Do acórdão proferido na cautelar

Este Órgão Especial, por meio do acórdão exarado à f. 44-68, por unanimidade, deferiu o pedido de liminar, com efeito *erga omnes* e *ex nunc*, para suspender " *na íntegra a eficácia dos dispositivos*

da Lei Complementar Municipal nº 4.084, de 10.2.2017, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade" (f. 68).

Dos fatos ocorridos após a concessão da cautelar.

Após a concessão da liminar, Uber do Brasil Tecnologia Ltda pediu o seu ingresso nos autos na qualidade de *amicus curiae*, pugnando pela concessão de poderes expressos para apresentar manifestações técnicas e jurídicas, bem como para sustentar oralmente em recursos provenientes desta ação, conforme pedido formulado à f. 79-81, instruído com documentos de f. 84-95.

A Câmara Municipal de Dourados prestou informações, à f. 101-104, pugnando pela total improcedência da presente ação, juntando aos autos cópia do processo legislativo referente a lei impugnada (f. 107-136).

O Município de Dourados deixou transcorrer *in albis* o prazo para prestar informações, conforme informa a certidão de f. 139.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por meio do parecer emitido pelo ínclito Procurador Humberto de Matos Brittes (f. 143-156), opinou "*pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, confirmando a liminar proferida, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico, ante as violações ao art. 1º, incisos II e IV; art. 17, incisos I, II e V; e art. 167, incisos III, V e VIII, todos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul"* (f. 155-156).

Este relator, por meio do despacho exarado à f.158, admitiu o ingresso nos autos da Uber do Brasil Tecnologia Ltda como *amicus curiae* que, após isto, anexou aos autos petição de f. 166-184 e documentos de f. 185-1065.

Das centenas de documentos anexados pelo *amicus curae*, consta parecer da advogada Cláudia Lima Marques e Bruno Nubens Barbosa Miragem (f. 539-565), bem como parecer exarado pelo professor Daniel Sarmento (f. 830-870), além de entendimento jurisprudencial.

VOTO

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

Descrição dos fatos

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face do Município de Dourados, tendo por objeto declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.084, de 10.2.2017, que possui a seguinte redação:

> *"Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017*
>
> *Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, no âmbito do Município de Dourados, e dá outras providências.*
>
> *Art. 1º. Fica proibido no âmbito da cidade de Dourados o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.*

§ 1º. Esta Lei está de acordo como que rege a Lei Federal nº 12.468/2011, em que regulamenta a profissão de taxistas em todo território nacional.

§ 2º. A realização do transporte individual e remunerado de passageiros por veículos não autorizados para o serviço de táxi no Município de Dourados, que utilizem de quaisquer aplicativos, caracterizará o exercício de serviços de transporte clandestino, ficando o infrator sujeito a multas previstas nesta lei.

Art. 2º. Na hipótese de desrespeito a essa lei fica o condutor e as empresas solidárias sujeitas a imposição de multa no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), apreensão de veículo e demais sanções cabíveis.

§ 1º. Em caso de reincidência a multa prevista no caput deste artigo será aplicada em dobro.

§ 2º. Considerar-se-á reincidência a ocorrência da mesma infração no período de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias contados do cometimento da primeira infração contadas após a expiração do período anterior.

Art. 3º. Demais regulamentações complementares, para o fiel cumprimento desta lei, serão editadas por Decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua publicação.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Sustenta, em suma, que a referida lei apresenta vícios de inconstitucionalidade formal e material.

Vício de inconstitucionalidade formal.

Violação à regra de competência legislativa privativa da União e ofensa à regra da competência legislativa dos municípios.

Ofensa ao art. 17, inciso V, da Constituição Estadual.

Neste tópico, o autor alega que o município não pode legislar sobre serviços de transporte privado individual por ausência de competência outorgada pela Constituição Federal, isso porque o art. 30, inciso V, da Carta Magna, em matéria de transporte, conferiu aos municípios exclusivamente a competência para regular serviços públicos de interesse local, incluindo o transporte coletivo, "*mas não para regular transportes individuais privados",* faculdade esta reservada unicamente à União.

Assinala que o legislador municipal, ao proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, ultrapassou os limites de sua competência para regular transporte público, na medida em que estendeu sua competência para além do transporte público individual e coletivo, abrangendo outra modalidade de transporte, qual seja, o transporte individual privado, cuja competência, repita-se, é privativa da União.

Enfatiza que a proibição estabelecida pela Lei Municipal nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, invadiu a esfera de competência legislativa da União, prevista no art. 22, incisos IX e XI, no art. 30, inciso V, e 182, todos da Constituição Federal, bem como atropelou a regra de competência conferida pelo art. 17, inciso V, da Constituição Estadual, que reproduz regra inserta no art. 30, inciso V, da Constituição Federal, legislando sobre transporte individual privado, matéria sobre a qual não estava constitucionalmente autorizado a legislar, tolhendo a eficácia de normas provenientes da União, aplicáveis em todo o território nacional.

Ofensa ao art. 17, incisos I e II, da Constituição Estadual.

Neste aspecto, informa que, de acordo com o critério constitucional de repartição de competências, a Constituição Federal, no inciso I do art. 30, autorizou o município a *"legislar sobre assuntos de interesse local",* e, no inciso II, apenas a *"suplementar a legislação federal e a estadual no que couber"*.

Acrescenta que, não obstante os incisos I e II do art. 17 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que espelham os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, autorizarem os municípios a *"legislar sobre assuntos de interesse local",* bem como a *"suplementar a legislação federal e estadual no que couber",* o fato é que as normas municipais que versem sobre matéria de transporte jamais podem modificar, restringir ou prejudicar de qualquer modo uma regra estabelecida nos ordenamentos jurídicos nacional ou estadual, sob pena de converter a competência suplementar do município em competência concorrente.

Alega que a Lei Municipal nº 4.084/2017, ao proibir, no âmbito do Município de Dourados, o transporte remunerado de pessoas, em veículos particulares cadastrados em aplicativos para locais pré-estabelecidos, contrariou legislação federal e extrapolou os limites do peculiar interesse local, porquanto estabeleceu norma geral sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoco confronto à competência da União.

Obtempera que a vedação trazida pela Lei nº 4.084/2017 ultrapassa o interesse predominantemente local, pois o assunto se insere no conceito amplo de direitos coletivos, atingindo usuários de forma irrestrita e não somente aqueles residentes no Município de Dourados, mas também eventuais visitantes.

Ressalva que, mesmo que se entendesse possível a atuação supletiva do legislador municipal, ainda assim a Lei nº 4.084/2017 não seria constitucional, porque, em lugar de suplementá-la, acabou indo muito além, obstando, no Município de Dourados, a aplicação da Lei Federal nº 12.587, de 3.1.2012, que instituiu diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, em que o transporte urbano é definido como sendo o *"conjunto de modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades"* (f. 9).

Vício de inconstitucionalidade material

Assevera que a Lei nº 4.084/2017 também padece do vício da inconstitucionalidade material, que se expressa pela incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a constituição, ou mesmo pelo confronto a uma regra constitucional ou a um princípio.

Aduz que a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul estabeleceu, em seu art. 1º, os fundamentos do Estado de Mato Grosso do Sul, instituindo, em seu inciso II, *"o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal",* obrigando-se a observar os princípios estabelecidos na Carta Magna.

Em abono dessa assertiva, menciona, especificamente, os artigos 1º, IV, e 170, IV e V, ambos da Constituição Federal, replicados nos arts. 1º, II e IV, e art. 167, ambos a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Acrescenta que a observância aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como aos direitos do consumidor, é obrigatória, dela não podendo o legislador municipal de modo algum se afastar.

Reporta-se a vários diplomas legais que espelham os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor, do sistema de defesa da concorrência, das diretrizes da

Política Nacional de Mobilidade Urbana (arts. 730 e 731 do CC; arts. 2º, V, e 3º, VIII, da Lei Federal nº 12.965/2014 [Marco Civil da *Internet*]; art. 36, § 3º, III, da Lei Federal nº 12.529/2011).

Adiciona que a Lei Municipal nº 4.084/2017, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados em aplicativos, inibe a atuação de desenvolvedores de soluções tecnológicas que facilitam o contato entre os profissionais que exercem esse transporte e pessoas interessadas em contratá-las, estabelecendo uma verdadeira limitação de negócio.

Afirma que a lei impugnada impede a atividade de motoristas profissionais que atuam ou pretendem atuar no mercado de transporte individual privado de passageiros (legalmente autorizado) com auxílio de aplicativos de aproximação entre usuário e prestador do serviço e afronta o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, assegurado nos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Argumenta que a Lei Federal nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, fixou a modalidade de transporte individual privado de passageiros, distinguindo-a do transporte público individual de passageiros.

Diz que a Lei Federal nº 12.468/2011, a seu turno, considerou privativo dos taxistas apenas o serviço de transporte público individual remunerado de passageiros.

Assegura que a Lei Municipal objurgada criou reserva de mercado em prol dos taxistas, que configura um verdadeiro monopólio sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros, impedindo o ingresso no mercado de outros interessados em prestar serviço semelhante autorizado nos termos da legislação federal, o que viola a Súmula Vinculante nº 49 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *"ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área"*.

Dos pedidos:

Sustentando a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, requer, nos moldes do art. 517, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, seja concedido, *initio litis* e *inaudita altera parte*, a medida cautelar pleiteada, para suspender liminarmente a eficácia da Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados,

Requer, ao fim, o julgamento da procedência do pedido para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, adotando-se todas as providências para que cessem, *ex tunc*, todos os seus efeitos.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Do acórdão proferido na cautelar

Este Órgão Especial, por meio do acórdão exarado à f. 44-68, por unanimidade, deferiu o pedido de liminar, com efeito *erga omnes* e *ex nunc*, para suspender " *na íntegra a eficácia dos dispositivos da Lei Complementar Municipal nº 4.084, de 10.2.2017, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade*" (f. 68).

Dos fatos ocorridos após a concessão da cautelar.

Após a concessão da liminar, Uber do Brasil Tecnologia Ltda pediu o seu ingresso nos autos na qualidade de *amicus curiae*, pugnando pela concessão de poderes expressos para apresentar manifestações técnicas e jurídicas, bem como para sustentar oralmente em recursos provenientes desta ação, conforme pedido formulado à f. 79-81, instruído com documentos de f. 84-95.

A Câmara Municipal de Dourados prestou informações, à f. 101-104, pugnando pelo total improcedência da presente ação, juntando aos autos cópia do processo legislativo referente a lei impugnada (f. 107-136).

O Município de Dourados deixou transcorrer in albis o prazo para prestar informações, conforme informa a certidão de f. 139.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por meio do parecer emitido pelo ínclito Procurador Humberto de Matos Brittes (f. 143-156), opinou "*pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, confirmando a liminar proferida, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico, ante as violações ao art. 1º, incisos II e IV; art. 17, incisos I, II e V; e art. 167, incisos III, V e VIII, todos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul"* (f. 155-156).

Este relator, por meio do despacho exarado à f. 158, admitiu o ingresso nos autos da Uber do Brasil Tecnologia Ltda como *amicus curiae* que, após isto, anexou aos autos petição de f. 166-184 e documentos de f. 185-1065.

Das centenas de documentos anexados pelo *amicus curae*, consta parecer da advogada Cláudia Lima Marques e Bruno Nubens Barbosa Miragem (f. 539-565), bem como parecer exarado pelo professor Daniel Sarmento (f. 830-870), além de entendimento jurisprudencial.

Feita essa digressão, vê-se que a matéria a ser dirimida por este Colegiado consiste em saber se padece ou não do vício de inconstitucionalidade a Lei nº 40.844, de 10 de fevereiro de 2017, cujo artigo 1º, proibiu, no âmbito da cidade de Dourados, o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

A lei em comento vedou a possibilidade de transporte individual remunerado de passageiros urbanos por veículos particulares que não seja o serviço de taxi.

Examinando a matéria, agora em cognição exauriente, penso que mencionada lei municipal realmente padece de inconstitucionalidade formal e material.

Da inconstitucionalidade formal

Quanto a inconstitucionalidade formal, ela decorre do fato da Lei Municipal nº 40.844/2017 ter invadido a competência da União para legislar sobre transporte urbano.

Com efeito, o artigo 21 da Constituição Federal dispõe, *in verbis*:

> *Art. 21. Compete à União:*
>
> *(...)*
>
> *XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.*

Também acerca da competência da União para legislar sobre matérias de interesse nacional, na qual se insere transporte e mobilidade urbana, preleciona a Carta Magna:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *(...)*
>
> *IX - diretrizes da política nacional de transportes;*
>
> *(...)*
>
> *XI - trânsito e transporte;*
>
> *Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

Com a finalidade de regulamentar mencionados dispositivos constitucionais, a União editou a Lei Federal nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU), nos seguintes termos:

> *"Art. 1º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal,[1] objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município.*
>
> *Parágrafo único. A Política Nacional a que se refere o caput deve atender ao previsto no inciso VII do art. 2º e no § 2º do art. 40 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade).*
>
> *Art. 2º A Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana.*
>
> *Art. 3º O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.*
>
> ***§ 1º São modos de transporte urbano:***
>
> *I - motorizados; e*
>
> *II - não motorizados.*
>
> *§ 2º Os serviços de transporte urbano são classificados:*
>
> *I - quanto ao objeto:*

1 Art. 21. Compete à União:
(...)
XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
(...)
Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal**,** conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

a) de passageiros;

b) de cargas;

II - quanto à característica do serviço:

a) coletivo;

b) individual;

III - quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado.

§ 3º São infraestruturas de mobilidade urbana:

I - vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias;

II - estacionamentos;

III - terminais, estações e demais conexões;

IV - pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas;

V - sinalização viária e de trânsito;

VI - equipamentos e instalações; e

VII - instrumentos de controle, fiscalização, arrecadação de taxas e tarifas e difusão de informações.

Seção I

Das Definições

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

*I - **transporte urbano:** conjunto dos modos e serviços de transporte público e **privado** utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;*

(...)

*VIII - **transporte público individual**: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público**, por intermédio de veículos de aluguel,** para a realização de viagens individualizadas;*

(...)

*X - transporte motorizado privado: **meio motorizado de transporte de passageiros** utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de **veículos particulares**;"* (Grifos meus).

A própria definição dos termos contidos na Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, qualifica a modalidade dos transportes (transporte público individual e transporte privado individual), que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do município.

Ressalto que o art. 4º, VIII, da Lei Federal nº 12.587/2012, retromencionada, define o transporte público individual como sendo o *"serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas",* e, no art. 4º, inciso X, o transporte motorizado privado individual como sendo *"o utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares".*

Saliento, também, que os artigos 12 e 12-A da Lei Federal nº 12.587/2012 estabelecem a competência específica dos municípios para promover a organização, regulação e fiscalização dos *"serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros"* e aos *"serviços de táxi"*, a saber:

> *"Art. 12. Os serviços de utilidade pública de* ***transporte individual de passageiros*** *deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de* ***fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.*** *(Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013).*
>
> *Art. 12-A.* ***O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local****." (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013).* Destaquei.

A propósito, a Lei Federal nº 12.468/2011 regulamentou a profissão de taxista, enquadrando como *"privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros".*

Já a Lei Federal nº 12.587/2012, que abrange o transporte privado individual de passageiros, como um dos modos de transporte aptos a garantir o deslocamento das pessoas no município, diferencia-se do serviço privativo dos taxistas, que é o transporte público individual de passageiros, que depende dos requisitos estabelecidos pelo poder público local e das exigências estabelecidas na lei que disciplina a profissão.

A seu turno, os arts. 730 e 731 do Código Civil distinguem o transporte privado do público. O primeiro ocorre quando *"alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas"*, e o segundo, quando o *"transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão".*

No transporte individual privado**,** prestado por motorista vinculado a aplicativos (*uber*), o serviço rege-se pela autonomia da vontade e o motorista pode ou não aceitar a corrida, enquanto no transporte individual público, como é o caso dos táxis, o serviço é aberto à população, de atendimento obrigatório.

Sendo assim, tendo a legislação federal fixado as diretrizes nacionais assentando a existência de duas modalidades de transporte individual de pessoas, resta evidente que não poderia a legislação municipal infringir as regras gerais previstas para todo o território nacional, proibindo em seu território uma das modalidades de transporte individual, autorizada por lei federal e regida pela autonomia da vontade.

Procedendo a uma interpretação sistemática, fica patente que a Lei Federal nº 12.581/2012, ao estabelecer a Política Nacional de Mobilidade Urbana, diferenciou expressamente o transporte motorizado privado de passageiros (modo de transporte apto a garantir o deslocamento de pessoas no município), do

transporte público individual de passageiros (serviço de táxi), de modo que, nem mesmo a pretexto de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, repetidos no art. 17, inciso I, da Constituição Estadual), pode o legislativo municipal excluir a prestação do serviço de transporte motorizado privado, matéria sobre a qual não está autorizado a legislar, cabendo-lhe apenas suplementar as diretrizes contidas na Lei Federal.

O fato é que, em atenção ao disposto no art. 12 da Lei Federal nº 12.581/12, compete ao município tão somente organizar, disciplinar e fiscalizar os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros, fixando normas de segurança, higiene e conforto para o exercício deste transporte, não lhe competindo a proibição do serviço, como ocorreu no presente caso.

Desta feita, o município não possui autorização para legislar sobre serviços de transporte privado individual por ausência de competência constitucional, restando claro que a Lei Municipal nº 4.084/2017, ao proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, invadiu a esfera de competência da União, conforme estatuído no art. 22, IX, da CF, com ofensa flagrante à regra da competência estabelecida pelo art. 17, inciso V, da Constituição Estadual, que reproduziu a regra inserta no art. 30, inciso V, da Constituição Federal.

Não bastasse isso, a norma impugnada infringiu os incisos I e II do art. 17 da Constituição Estadual, os quais espelham os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, considerando que as normas municipais que versem sobre transporte não podem, jamais, modificar, restringir ou prejudicar uma regra estabelecida nos ordenamentos jurídicos nacional ou estadual.

Deste modo, o município converteu a competência suplementar em competência concorrente, criando norma geral sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoco confronto à competência da União.

Da inconstitucionalidade material.

Quanto ao vício de inconstitucionalidade material, ele transparece com maior visibilidade ainda, uma vez que a promulgação da Lei impugnada afrontou os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e dos direitos do consumidor, insculpidos no art. 1º, incisos II e IV, e no art. 167, incisos III, V e VIII, ambos da Constituição Estadual, espelhados na Constituição Federal, em seus arts. 1º, inciso IV, e 170, incisos IV, V e VIII, respectivamente, que ora se reproduz:

> *"Art. 1º O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:*
>
> *(...)*
>
> *II - o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal;*
>
> *(...)*
>
> ***IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;***
>
> *(...)*
>
> *Art. 167. O Estado estabelecerá e executará plano estadual de desenvolvimento integrado, que terá como objetivos:*
>
> *(...)*
>
> ***III - o incremento das atividades produtivas do Estado;***
>
> *(...)*

> ***V - a expansão do mercado de trabalho;***
>
> *(...)*
>
> ***VIII - a proteção ao consumidor;"***
>
> *"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
>
> *(...)*
>
> ***IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;***
>
> *(...)*
>
> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
>
> *(...)*
>
> ***IV - livre concorrência;***
>
> ***V - defesa do consumidor;***
>
> ***(...)***
>
> ***VIII – busca do pleno emprego;"*** (Destaques meus).

De fato, a Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, estabelece, em seu art. 36, § 3º, inciso III, como infração econômica "*limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado"*.

Não há dúvidas de que, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados em aplicativos, a Lei Municipal impugnada inibiu ou limitou a atuação de pessoas e empresas no mercado, o que afronta o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, assegurado nos artigos 1º, inciso IV, e 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, *verbis*:

> *"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
>
> *(...)*
>
> ***IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;***
>
> *(...)*
>
> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> ***XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as***

qualificações profissionais que a lei estabelecer;" (Realcei).

Ademais, a lei municipal objurgada criou reserva de mercado em prol dos taxistas, que configura um autêntico monopólio sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros, impedindo o ingresso no mercado de outros interessados em prestar serviço semelhante autorizado nos termos da legislação federal, circunstâncias que violam a Súmula Vinculante nº 49 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "*ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área*".

Daí por que, julgando lei municipal de conteúdo similar ao caso vertente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou-a inconstitucional, conforme se verifica de acórdão cuja ementa, na parte em que interessa, dispôs, *in verbis*:

> *"TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS POR MOTORISTAS PARTICULARES CADASTRADOS EM APLICATIVOS – PROIBIÇÃO, DIRETA E OBJETIVA, INSTITUÍDA PELO ATO NORMATIVO IMPUGNADO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ADOTADO PELA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL – PRINCÍPIOS E VALORES ELEMENTARES FUNDADOS NA LIBERDADE ECONÔMICA – EXAME DE ADEQUAÇÃO DA ATIVIDADE COMO SERVIÇO PÚBLICO OU ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL QUE A QUALIFIQUE COMO ATIVIDADE PRIVATIVA OU TITULARIZADA PELO ESTADO, DIVERSAMENTE DO TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL (ART. 30, INCISO V, CR) – POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA QUE CONFORMA O TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS, INSERINDO-O NOS MODAIS DE MOBILIDADE URBANA (ART. 3º, § 2º, INCISO III, ALÍNEA 'B' DA LEI Nº 12.587/2012) – NATUREZA JURÍDICA DE ATIVIDADE PRIVADA EVIDENCIADA – SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS (TÁXIS) QUE GUARDA CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS E DISTINTIVAS – ATIVIDADE PRIVADA QUE É RESGUARDADA PELA LIVRE INICIATIVA – ESTÍMULO À LIVRE CONCORRÊNCIA, INCREMENTANDO BENEFÍCIOS SOCIALMENTE DESEJÁVEIS, INCLUINDO AMPLIAÇÃO DO LEQUE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR – NORMA PURAMENTE PROIBITIVA QUE CONTRARIA PRINCÍPIOS ELEMENTARES DA ORDEM ECONÔMICA, COMO LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR (ARTS. 1º, INCISO IV, E 170 CAPUT E INCISO IV, V E PARÁGRAFO ÚNICO DA CR) – EXCEPCIONAL INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DA INICIATIVA PRIVADA QUE SOMENTE SE LEGITIMA QUANDO FUNDADA EM RAZÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS RELEVANTES, NUM EXAME DE PROPORCIONALIDADE, O QUE NÃO OCORRE – VIOLAÇÃO DIRETA DOS ARTIGOS 144 E 275 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME QUE NÃO SE MOSTRA POSSÍVEL NA HIPÓTESE – PRETENSÃO INICIAL PROCEDENTE.* (TJSP, ADI nº 2216901-06.2015.8.16.0000, Rel. Francisco Casconi, Órgão Especial, DJ. 05.10.2016, DP 19/10/2016).

Transcrevo, ainda, precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, estampado em acórdão cuja ementa transcrevo na íntegra:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – MOTORISTA PROFISSIONAL – APLICATIVO DO UBER – TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS – REGULARIDADE DO SERVIÇO PRESTADO – RECURSO IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.*
>
> *1. O serviço prestado pelo uber caracteriza-se como transporte de passageiros individual privado, não se confundindo com o serviço prestado pelos taxistas que se*

configura como de transporte de passageiros individual público, nos termos da Lei Federal nº 12.468/2011.

2. O Município do Recife ao editar a Lei nº 18.176/2015, dispondo que aplicativos de transporte individual dependerão de registro prévio e autorização da prefeitura (art. 2º), sem o qual fica vedada a disponibilização de motoristas e veículos que não atendam essas exigências (art. 3º), cominando na aplicação de multas e outras sanções (art. 5º), aparenta ter criado uma reserva de mercado em favor dos taxistas, retirando de outros profissionais a possibilidade de exercerem livremente a atividade privada de transporte individual de passageiros, nos moldes instituídos pela Lei Federal nº 12.468/2011.

3. A norma municipal em evidência aparenta estar eivada de vício de inconstitucionalidade, na medida em que desborda da competência legislativa municipal, a pretexto de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF/88), proibir qualquer forma de transporte individual de passageiros distinto do serviço de táxi, colidindo, pois, diretamente com a opção eleita pelo legislador do ente competente para disciplinar a matéria.

4. Sendo certo que, pode haver uma disciplina legal específica para o transporte privado de passageiros, contudo, esta deve ser específica e emanada de ente competente, não sendo lícito aos municípios reprimir arbitrariamente a atividade privada de transporte remunerado mediante o emprego pretensamente anômalo das normas próprias dos serviços de táxi.

5. Uma interpretação distinta macularia os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, além de comprometer o interesse coletivo, em proveito de um grupo específico de profissionais, no caso, os taxistas, numa nítida inversão da ordem de prioridades extraídas da Carta Política.

6. Agravo de instrumento improvido à unanimidade, no sentido de manter a integralidade da decisão hostilizada. (TJPE; AI 0013365-20.2016.8.17.0000; Rel. Juiz Conv. José André Machado Barbosa Pinto; Julg. 26/04/2018; DJEPE 09/05/2018).

Por último, registro que o respeitado e renomado professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Daniel Sarmento, elaborou neste autos, à f. 830-869, parecer intitulado "Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: "O caso Uber".

Pois bem, comungo integralmente do parecer por ele confeccionado, destacando, em particular, a seguinte passagem:

(d) O legislador infraconstitucional de qualquer dos entes federados pode converter toda a atividade de transporte individual de passageiros em serviço público, ou se valer e restrições regulatórias que impeçam, que particulares, compitam, nesta área, com os serviços de táxi?

Não. Em primeiro lugar, apenas a União Federal pode disciplinar a atividade de transporte individual de passageiros, em razão de sua competência privativa para legislar sobre transportes (art.22, XI, CF).

Ademais, o legislador não desfruta de liberdade irrestrita para instituir serviços públicos, pois, não fosse assim, ele poderia instituir novos monopólios e suprimir a iniciativa privada ao seu talante, passando por cima dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Daí porque e na linha da jurisprudência do STF, a criação de serviços públicos além daqueles já previstos na Constituição só é legítima se eles

> *se voltarem ao atendimento de necessidades essenciais da população. Não é o caso de transporte individual de passageiros, que, pela sua própria natureza, não apresenta vocação para a universalização, ao contrário do transporte coletivo. Por isso, nem mesmo o legislador federal pode converter em serviço público toda a atividade de transporte individual de passageiros.*
>
> *É possível e legítima a regulação estatal dessa atividade, mas as restrições devem ser proporcionais visando sempre à salvaguarda do interesse público, e jamais à garantia de uma reserva de mercado para uma corporação, à moda do Ancien Régime, o que não se compatibiliza com a nossa ordem republicana"* (f. 870).

Sendo assim, jamais o legislador poderia pura e simplesmente proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos *uber* para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Dourados.

Dispositivo

Posto isso, acompanhando o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade para, confirmando a liminar , declarar, com efeito *ex tunc*, a inconstitucionalidade da Lei nº 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados, retirando-a definitivamente do ordenamento jurídico, ante as violações ao artigo 1º, incisos II e IV; artigo 17, incisos I, II, e V, e artigo 167, incisos III, V e VIII, todos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 5 de setembro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0826985-72.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR OMISSÃO DE PONTOS RELEVANTES – REJEITADA – MÉRITO – SALDO DEVEDOR DECORRENTE DE DIFERENÇA DE FINANCIAMENTO – LEGITIMIDADE DA COBRANÇA – INDENIZAÇÃO POR ATRASO NA ENTREGA DA OBRA – NÃO CABIMENTO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO – PAGAMENTO POR SERVIÇO DE ASSESSORIA PRESTADO NOS TERMOS CONTRATADOS – DEVIDO – PAGAMENTO DE MAIS DE 90% DO PREÇO TOTAL DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – MANUTENÇÃO DO ADQUIRENTE NA POSSE DO IMÓVEL – PERSISTÊNCIA DO DÉBITO, MAS QUE DEVERÁ SER COBRADO PELAS VIAS ORDINÁRIAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Rejeita-se a preliminar arguida se constatada a ausência da alegada omissão sobre pontos relevantes.

Preliminar rejeitada.

O adquirente do imóvel é responsável pela diferença de financiamento, ou seja, quando o valor financiado é insuficiente para cobrir o saldo devedor do contrato, mostrando-se legítima a respectiva cobrança pela construtora para o fim de obter o pagamento do preço devidamente pactuado.

Diante da situação de inadimplência do adquirente, afasta-se a pretensão indenizatória pelo atraso da obra. Aplicação da "teoria da exceção do contrato não cumprido".

Se os serviços de assessoria foram prestados nos termos contratados, é devido o respectivo pagamento.

Os artigos 421 e 422 do Código Civil gizaram no ordenamento civil brasileiro os princípios da boa-fé, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, de tal forma que se ocorrer o adimplemento substancial da obrigação, esta não deve ser resolvida quando se tratar de prestação que cabia ao devedor, em consequência do que, embora não plenamente satisfeita a obrigação, deve-se considerar como aproximada significativamente do resultado final pretendido.

Por isto que, constatado que houve pagamento de mais de 90% do preço total do contrato de compra e venda do imóvel, é aplicável a teoria do adimplemento substancial, que leva à manutenção do adquirente na posse do bem, persistindo a legitimidade da cobrança do saldo devedor, que, contudo, deverá ocorrer pelas vias ordinárias.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de agosto de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Eduardo Domingues Fujiyama interpõe apelação cível às f. 397-421, insurgindo-se contra a sentença de f. 374-379, proferida pelo juiz da 2ª vara cível de Campo Grande, Dr. Paulo Afonso de Oliveira, que julgou improcedentes os pedidos iniciais da Ação Autuada sob o nº 0826985-72.2014.8.12.0001 que move em face da MRV Prime Parque Castelo de Luxemburgo Incorporações SPE Ltda.

Suscita nulidade da sentença diante das omissões sobre o adimplemento substancial, propaganda enganosa, indenização por danos morais pelo atraso da obra e valores que pagou e enriqueceram indevidamente a requerida.

No mérito, alega que adquiriu o imóvel acreditando que o saldo seria financiado pela CEF através do programa "Minha Casa, Minha Vida"; que a ré atuou como sua procuradora junto à CEF e nunca lhe advertiu sobre possível insuficiência do financiamento para quitação do valor restante do imóvel, não fazendo prova do contrário.

Defende, na sequência, seu direito à manutenção definitiva na posse e à percepção de indenização por danos morais, tanto pela propaganda enganosa, como pelo atraso na entrega da obra.

Ao final, requer:

Cassação da sentença proferida para que julgue as questões pendentes;

Reconhecimento da propaganda enganosa e quebra da boa-fé objetiva, condenando a ré/apelada a arcar com o prejuízo a que deu causa, de modo a ser declarado inexistente qualquer débito; ou, subsidiariamente, para que a ré/apelada efetue o financiamento do saldo remanescente nas mesmas condições do programa "Minha Casa, Minha Vida" que vigoravam na época da contratação;

Caso não declarado inexistente o débito ou indeferido o financiamento nos termos acima, requer a procedência do pedido de manutenção de posse em função do adimplemento substancial do contrato;

Se mantida a improcedência, que a apelada seja condenada a restituir os valores pagos no ato da aquisição do imóvel (sinal e parcelas mensais), o financiamento realizado junto à CEF e os recursos do FGTS, eximindo-lhe do pagamento de quaisquer outros valores, bem como estabelecendo um prazo hábil para desocupação do bem, a contar do trânsito em julgado da ação.

Que a ré/apelada seja condenada a efetuar a restituição em dobro dos valores pago a título de serviços de assessoria (taxa SATI);

Que a ré/apelada seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais decorrente da propaganda enganosa e do atraso injustificado na conclusão da obra.

Contrarrazões às f. 446-456.

VOTO

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

Eduardo Domingues Fujiyama interpõe apelação cível às f. 397-421, insurgindo-se contra a sentença de f. 374-379, proferida pelo juiz da 2ª vara cível de Campo Grande, Dr. Paulo Afonso de Oliveira, que julgou improcedentes os pedidos iniciais da Ação Autuada sob o nº 0826985-72.2014.8.12.0001 que move em face da MRV Prime Parque Castelo de Luxemburgo Incorporações SPE Ltda.

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para apresentação de contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e não está preparado, pois o autor apelante foi contemplado pela benesse da justiça gratuita.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, de acordo com o artigo 1.012 do NCPC, e passo à respectiva análise.

Preliminar.

Preliminarmente, o apelante suscita nulidade da sentença diante das omissões sobre o adimplemento substancial, propaganda enganosa, indenização por danos morais pelo atraso da obra e valores que pagou e enriqueceram indevidamente a requerida.

No entanto, conforme expressamente pontuado pelo d. juiz ao decidir os embargos de declaração (f. 392-393), entendeu-se que o afastamento daquelas alegações seria consequência lógica do reconhecimento da legitimidade da cobrança.

Confira-se:

> *"No caso, as alegações sobre adimplemento substancial, propaganda enganosa e indenização por danos morais em relação ao atraso nas obras e sobre os valores que pagou e enriqueceram indevidamente a requerida, embora não ventiladas na sentença, foram afastadas indiretamente pela fundamentação que reconheceu a inexistência de ato ilícito e que é legítima a cobrança realizada pela requerida.*
>
> *Assim, tais argumentos não seriam capazes de infirmar o a conclusão do julgado e, dessa forma, não se verifica omissão passível de ser sanada na via estreita dos aclaratórios (...)"*

Portanto, entendendo o juiz que do reconhecimento da legitimidade da cobrança pela MRV decorreu a rejeição dos demais pedidos, não há que se falar em omissão que macular de nulidade a sentença, de modo que afasto essa prefacial.

Ultrapassada a preliminar aventada, passo ao exame do mérito.

Mérito.

Infere-se dos autos que em 05 de dezembro de 2011 o apelante adquiriu da apelada o apartamento nº 209 do Bloco 05 do Parque Castelo de Luxemburgo, localizado na Avenida Senador Antonio Mendes Canale, S/N, Bairro Pioneiros, Campo Grande MS, pelo preço total de R$ 103.392,99 (cento e três mil, trezentos e noventa e dois reais e noventa e nove centavos).

A forma de pagamento ajustada no contrato foi: uma entrada de R$ 1.034,89 (um mil, trinta e quatro reais e oitenta e nove centavos), R$ 1.167,10 (um mil, cento e sessenta e sete reais e dez centavos), divididos em onze parcelas mensais de R$ 106,10 (cento e seis reais e dez centavos), R$ 91.051,00 (noventa e um mil e cinquenta e um reais), constando que seria objeto de financiamento, e R$ 10.140,00 (dez mil cento e quarenta reais), constando que seria objeto de saque de FGTS.

É incontroverso o pagamento da entrada e das 11 parcelas subsequentes, além de parte do saldo final, por meio de saque do FGTS, no montante de R$ 10.145,01, e de financiamento junto à Caixa Econômica Federal (CEF), no importe de R$ 81.517,70 (f. 61), totalizando o valor de R$ 93.864,70 (noventa e três mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e setenta centavos).

Esse, portanto, é pago pelo autor à construtora, ou seja, R$ 93.864,70 (noventa e três mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e setenta centavos).

A entrega das chaves do imóvel foi recusada pela construtora sob a justificativa de que o adquirente se encontra inadimplente com relação à "diferença de financiamento" de R$ 10.256,87 (dez mil duzentos e cinquenta e seis reais e oitenta e sete centavos), quantia que, de fato, faltou para completar o preço do contrato.

É verdade, conforme facilmente se denota, que o saldo a ser pago mediante FGTS e o financiamento, pactuado – este saldo – em R$ 101.191,00 (cento e um mil, cento e noventa e um reais), não restou completamente quitado, pois do FGTS foram pagos R$ 10.145,01 e do financiamento com a CEF resultou o pagamento de R$ 81.517,70, totalizando (FGTS + CEF) o montante de R$ 91.662,71 (noventa e um mil, seiscentos e setenta centavos), de modo a restar mesmo pendente quantia de aproximadamente dez mil reais, que é a cobrada a título de "diferença de financiamento".

Vê-se, então, contrariamente ao que alega o apelante, que não há abusividade alguma na cobrança da referida "diferença de financiamento" e por um motivo óbvio: a construtora nada a mais está exigindo do que o pagamento do preço devidamente pactuado!

E não se diga, aqui rebatendo outra alegação específica do autor/apelante, que houve propaganda enganosa que o levou a acreditar que o saldo seria financiado através do programa "Minha Casa, Minha Vida", com aplicação de juros mais baixos.

Primeiro porque isso não ficou provado nos autos mediante folhetos de propaganda, por exemplo. Segundo porque, no ato da contratação, não constou nenhuma garantia de que o financiamento se daria pelo programa "Minha Casa, Minha Vida", mas sim que o comprador se responsabilizaria exclusivamente pelo financiamento bancário, conforme a cláusula 4.3 (f. 49-50), o que é perfeitamente aceitável e o que acontece na praxe, tendo o apelante, por livre vontade, aderido a esses termos.

Portanto, toda a tese do apelante desenvolvida em torno do argumento de propaganda enganosa e de quebra da boa-fé objetiva é insustentável, de forma que os pedidos decorrentes (inexistência do débito, indenizações etc.) devem ser rejeitados, tal como se deu na sentença.

Ainda, é infundada a alegação de que a ré, em função da contratação e pagamento do serviço de assessoria, tinha a obrigação em advertir o autor da insuficiência do financiamento para quitação do imóvel, devendo, por isso, arcar com o prejuízo.

Nesse sentido, observa-se, no contrato com a CEF (f. 61), ter o autor ali declarado que entraria com recursos próprios para compor o preço, ficando claro que sabia estar financiando valor inferior ao necessário para quitação do contrato. Portanto, é certo que o autor não agiu por engano no momento da contratação, mas sim que tinha plena ciência da insuficiência dos valores advindos do FGTS e do financiamento, tanto que declarou que parte seria quitada por recursos próprios, restando manifesto que não precisava de advertência alguma.

Ademais, o contrato de assessoria entabulado entre as partes, f. 57-58, faz menção aos seguintes serviços: prestação de esclarecimentos prévios para obtenção do financiamento com o agente financeiro, manter o comprador informado sobre o processo, montagem de uma pasta com os documentos fornecidos pela vendedora, disponibilização da guia do ITBI e registro do contrato em cartório – obrigações estas integralmente cumpridas.

Não há, pois, no referido contrato de assessoria, qualquer responsabilização acerca de valores e termos ajustados com o banco, de maneira que a ré não pode mesmo responder pela insuficiência do montante financiado – até porque, como se viu, o autor/apelante declarou que faria a complementação por meio de recursos próprios, demonstrando que estava plenamente ciente da situação.

Visto isso, além da conclusão de que a requerida não deve ser responsabilizada pela insuficiência do valor financiado, também comporta dizer que, uma vez prestado o serviço de assessoria dentro das condições contratadas, não é cabível – e aqui afasto outro requerimento do autor/apelante – a restituição dos valores pagos a esse título.

Ainda, e rechaçando outra infundada pretensão do autor/apelante, uma vez constatado o seu estado de inadimplência, não tem direito de exigir o fiel cumprimento do contrato pela outra parte, de modo que nada pode reclamar pelo alegado atraso na entrega da obra.

Incide aqui o instituto previsto no art. 476 do Código Civil, que é a teoria da *exceptio non adimpleti contractus*, também conhecida como "teoria da exceção do contrato não cumprido", de acordo com a qual *"nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro"*.

Como se vê, referido dispositivo é expresso ao dispor que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro, de maneira que o adquirente não pode reclamar indenização pela não entrega do imóvel dentro do prazo se há inadimplemento da sua parte.

Logo, mantém-se a improcedência do pedido de indenização por dano moral por conta de atraso na entrega da obra.

O autor/apelante também requer a restituição de todos os valores pagos pela unidade habitacional em caso de manutenção da exigibilidade do saldo cobrado.

Não lhe assiste razão, todavia, pois se trata de pedido incompatível com a natureza da presente ação indenizatória c/c imissão de posse, de modo que haveria de ter sido formulado em ação própria, na qual se deduzisse pretensão de rescisão contratual e fossem abalizadas todas as consequências advindas desse tipo de resolução do contrato.

Posto isso e diante de todo o exposto até aqui, verifica-se o afastamento das seguintes pretensões recursais: reconhecimento da inexistência do débito, financiamento do saldo nas condições do programa "Minha Casa, Minha Vida" que vigoravam na época da contratação, restituição dos valores pagos pela unidade habitacional, bem como os pagos pelos serviços de assessoria (taxa SATI), e indenização por danos morais pelo atraso na conclusão da obra.

Todos os pedidos acima citados foram devidamente repelidos pelos fundamentos que expus, remanescendo, por fim, o exame da postulação referente ao adimplemento substancial, o que passo fazer a seguir.

No apelo, foi pleiteada a manutenção da posse no imóvel, exercida pelo autor desde o a tutela provisória (2014). Para tanto, lança mão do argumento de adimplemento substancial do contrato.

Com efeito, "*à luz dos princípios da boa-fé, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, consagrados pelos arts. 421[1] e 422[2] do Código Civil, a teoria do adimplemento substancial preconiza que a obrigação não deve ser resolvida quando a prestação que cabia ao devedor, embora não tenha sido plenamente satisfeita, aproxima-se significativamente do resultado pretendido*". (TJDFT, Acórdão 914990, 20140111997630APC, Relator: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/11/2015).

Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006, aprovou-se o Enunciado n. 361 CJF/STJ, estabelecendo que *"O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475*".

Esse, portanto, é o espírito que norteia a teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito,

> *"(...) a teoria da inadimplência mínima, ou do adimplemento substancial, encontra-se fundamentada nos princípios da boa-fé objetiva (art. 422, CC), da função social do contrato (art. 421, CC), da vedação ao abuso de direito (art. 187, CC) e ao enriquecimento sem causa (art. 884, CC), constituindo uma exceção à regra de que o pagamento deve se dar por completo (princípio da integralidade ou não divisibilidade)"* (STJ, Recurso Especial Nº 1.748.015, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, 29/06/2018).

No julgamento do Recurso Especial nº 1.636.692 (2014/0316494-4), Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, de 18.12.2017, a teoria do adimplemento substancial foi examinada em todos os seus aspectos, apresentando o e. relator um arcabouço histórico do instituto e trazendo inúmeras citações doutrinárias e jurisprudenciais, notadamente daquele Colendo Superior Tribunal de Justiça, e que deve ser trazido à colação.

Veja-se o aresto, por inteiro, na sua excelente fundamentação abordando o instituto em apreço:

> *"A denominada teoria do adimplemento substancial, construída a partir do Direito Comparado, passou a ser aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira como um instrumento de limitação do direito à resolução do contrato, previsto no artigo 475 do CC/02 (art. 1.092, § único, do CC/16), especialmente com fundamento no princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02).*
>
> ***Parte-se da ideia de que, tendo ocorrido o cumprimento quase integral do contrato, o inadimplemento parcial, que se mostre ínfimo em relação ao resultado***

1 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

2 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

final, não justifica a desconstituição do vínculo contratual, pois significaria uma grave iniquidade.

(...)

Apreciando caso análogo (REsp 1.200.105/AM, 3ª Turma, DJe de 27/6/2012), já tive a oportunidade, como relator, de discorrer acerca do tema, *verbis:*

(...) A origem é o Direito inglês, quando as Cortes da Equity, a partir do Século XVIII, desenvolveram o instituto da "substancial performance" para superar os exageros do formalismo exacerbado na execução dos contratos em geral (BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 60-77).

O instituto foi posteriormente recepcionado pelos ordenamentos jurídicos dos países continentais da Europa, com destaque para o Código Civil italiano (art. 1455) e para o Código Civil português (art. 802, nº 2).

No Direito brasileiro, ainda na vigência do Código Civil de 1916, partir de uma interpretação sistemática das regras do parágrafo único do art. 1092 (resolução dos contratos) e do art. 955 (mora) à luz do princípio da boa-fé objetiva.

A partir da vigência do Código Civil de 2002, o reconhecimento do adimplemento substancial em nosso sistema jurídico foi facilitada.

***Como o instituto que tem sua matriz na boa-fé objetiva**, esse princípio encontra-se atualmente positivado Código Civil de 2002, especialmente nos enunciados de seus artigos 422 e 187.*

A boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.

Não se confunde com a boa-fé subjetiva (guten Glauben), que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (v.g. posse de boa-fé, adquirente de boa-fé, cônjuge de boa-fé no casamento nulo).

O princípio da boa-fé objetiva (Treu und Glauben) foi consagrado pelo § 242 do BGB, estabelecendo simplesmente o seguinte:

§ 242 O devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costumes do tráfego social.

A partir, especialmente, dessa cláusula geral de boa-fé, a doutrina alemã desenvolveu o princípio no âmbito do sistema de direito privado.

No plano do direito das obrigações, a boa-fé objetiva (Treu und Glauben) apresenta-se, especialmente, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade última.

Almeida Costa, após afirmar que a boa-fé objetiva constitui um standard de conduta ou um padrão ético-jurídico, esclarece que ela estabelece que "os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa-fé, consubstanciando uma

exigência de adotarem uma linha de correção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles como no desempenho das relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa-fé. Mais ainda: tanto sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, como sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade" (COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações.** 1991. p. 93-94).

A inexistência, em nosso Código Civil, de cláusula geral semelhante ao §242 do BGB ou a do art. 227, n. 1, do Código Civil português não impediu que a boa-fé fosse reconhecida em nosso sistema jurídico, pois constitui um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado.

A jurisprudência, particularmente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já vinha fazendo ampla utilização do princípio da boa-fé objetiva para solução de casos concretos (MARTINS-COSTA, Judith. **Princípio da boa-fé.** AJURIS, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 207-227, nov. 90. Comenta três acórdãos do TJRS que utilizam a boa-fé como fundamento da decisão).

A partir do CDC, esse obstáculo foi superado, pois a boa-fé foi consagrada como um dos princípios fundamentais das relações de consumo (art. 4º, III) e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV).

Assim, a partir de 1990, o princípio da boa-fé foi expressamente positivado no sistema de direito privado brasileiro, sendo aplicado, com fundamento no artigo 4º da LICC, a todos os demais setores.

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé foi expressamente contemplado nos artigos 113 (regra de interpretação dos negócios jurídicos), 187 (abuso de direito) e 422 (deveres anexos), inserindo-se como expressão, conforme Miguel Reale, de sua diretriz ética.

Exatamente a exigência ética fez com que, através de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

A boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).

A boa-fé, na sua função interpretativa, auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais, servindo de instrumento para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto (art. 113, CC).

A função integrativa da boa-fé permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes (art. 422, CC). Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (v.g. dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (v.g. deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado). Entre os deveres acessórios, situa-se a obrigação de garantir a segurança do consumidor, fornecendo produtos e serviços não defeituosos no mercado de consumo.

Na sua função de controle, limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica (art. 187, CC). Evita-se, assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação).

Desenvolveram-se fórmulas, sintetizadas em brocardos latinos, que indicam tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis de direitos subjetivos, como a supressio (o não-exercício de um direito durante longo tempo poderá ensejar a sua extinção), a ***tuo quoque*** *(aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento) e a venire contra factum proprium (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente).*

Uma das expressões do princípio da boa-fé objetiva na sua função de controle é a teoria do adimplemento substancial, que pode ser aplicada quando o adimplemento da obrigação pelo devedor é tão próximo do resultado final que a resolução do contrato mostrar-se-ia uma demasia.

Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva.

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC).

Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão "adimplemento substancial", limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade.

Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato.

Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização (perdas e danos), mas não a extinção do contrato.

Aos poucos, a teoria do adimplemento substancial passou a ser abordada por julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Em um primeiro momento, visando, ainda, consolidar a sua aplicação, é possível encontrar precedentes que se preocupavam em elencar os critérios que possibilitariam afastar o direito à resolução contratual.

Mais adiante, nota-se o surgimento de julgados que, diante do reconhecimento da substancialidade do adimplemento pelo Tribunal a quo, deixavam de analisar o mérito recursal, sob o fundamento de que sua análise demandaria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, prática vedada pelo enunciado da Súmula 07/STJ.

Contudo, em recente julgado, a 4ª Turma desta Corte teve a oportunidade de enfrentar expressamente o tema, firmando entendimento em acórdão assim ementado:

DIREITO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – RESCISÃO CONTRATUAL – REINTEGRAÇÃO NA POSSE – INDENIZAÇÃO – CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO – INADIMPLEMENTO – RELEVÂNCIA – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O uso do instituto da substancial performance não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.

2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "teoria do adimplemento substancial" não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

3. A aplicação da teoria do adimplemento substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, Quarta Turma, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1581505/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 28/09/2016).

Em judicioso voto, o relator, Ministro Antônio Carlos Ferreira, manifestou-se da seguinte forma:

O primeiro acórdão do STJ que registra abordagem sobre o tema é o Resp n. 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela Quarta Turma (DJ de 01/04/1996). O caso é um clássico da jurisprudência sobre o assunto e as bases fáticas nas quais se deu o julgamento podem ser assim sintetizadas: a) dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo; b) os segurados deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro, o que foi confessado na inicial; c) apreciada a ação pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entendeu a Corte que o segurado tinha "obrigação primordial" de pagar o "prêmio do seguro". Sem isso, nada poderia exigir da seguradora, na hipótese de se achar em estado de inadimplência.

O recurso dos segurados foi provido sob o amparo da doutrina do adimplemento substancial por meio de acórdão assim ementado:

"SEGURO – INADIMPLEMENTO DA SEGURADA – FALTA DE PAGAMENTO DA ULTIMA PRESTAÇÃO – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – RESOLUÇÃO – A COMPANHIA SEGURADORA NÃO PODE DAR POR EXTINTO O CONTRATO DE SEGURO, POR FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO DO PRÊMIO, POR TRÊS RAZÕES: A) SEMPRE RECEBEU AS PRESTAÇÕES COM ATRASO, O QUE ESTAVA, ALIÁS, PREVISTO NO CONTRATO, SENDO INADMISSÍVEL QUE APENAS REJEITE A PRESTAÇÃO QUANDO OCORRA O SINISTRO; B) A SEGURADA CUMPRIU SUBSTANCIALMENTE COM A SUA OBRIGAÇÃO, NÃO SENDO A SUA FALTA SUFICIENTE PARA EXTINGUIR O CONTRATO; C) A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DEVE SER REQUERIDA EM JUÍZO, QUANDO SERA POSSÍVEL AVALIAR A IMPORTÂNCIA DO INADIMPLEMENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, f. 9917)

Em outros casos, a larga maioria dos recursos que aportaram neste Tribunal Superior e que de algum modo versavam sobre o assunto não tiveram a tese jurídica examinada ante a necessidade do revolvimento de material fático-probatório dos autos, deparando-se com os obstáculos previstos nos enunciados nº 5 e 7 da Súmula do STJ.

Contudo, nas hipóteses em que o contexto fático estava adequadamente delineado nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, o julgamento avançou para qualificar o que poderia configurar o decaimento mínimo para efeito de permitir a invocação da teoria do adimplemento substancial e afastar os efeitos da mora.

***Eis alguns exemplos**:*

a) Atraso na última parcela: REsp. 76.362/MT.

b) Inadimplemento de 2 parcelas: REsp. 912.697/GO.

c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem: REsp. 469.577/SC.

d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem: AgRg no AgREsp 155.885/MS.

e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido: Resp. 1.051.270/RS.

Como se vê, a jurisprudência desta Corte tem oscilações no exame do requisito objetivo, o que se dá, essencialmente, pelo fato de que em cada caso aqui julgado há peculiaridades muito próprias a serem consideradas para efeito de avaliar a importância do inadimplemento frente ao contexto de todo o contrato e os demais elementos que envolvem a controvérsia. Essa vinculação aos elementos do caso concreto é um dado objetivo que a doutrina anglo-saxã (CORBIN,Arthur L. Conditions in the law of contract. The Yale Law Journal, v.28, n. 8, p. 761, jun. 1919) e a nacional assim o reconhecem (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208).

Nesse sentido, ainda:

"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 o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, 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 de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes.*** *"* (BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106)

É que, ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor.

> *No julgado pioneiro deste Tribunal, antes referido (REsp 76.362/MT), foram delineados alguns requisitos que devem ser examinados para aplicação da teoria do adimplemento substancial, sem prejuízo da avaliação de circunstâncias específicas do caso sob julgamento. Para tanto, deve-se exigir: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.*
>
> *Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente* (cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. Cit. p.72).*",* grifei.

O caso concreto ora examinado apresenta condições para aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Observa-se, pois, que o contrato de compra e venda foi celebrado entre as partes em 10 de dezembro de 2011 (f. 58) pelo valor de R$ 103.392,99 (cento e três mil, trezentos e noventa e dois reais e noventa e nove centavos).

A entrada, de R$ 1.034,89, foi dividida em duas parcelas, uma paga em 08/01/2012 e a outra em 10/02/2012. Também foi quitado o valor de R$ 1.167,10 (um mil, cento e sessenta e sete reais e dez centavos), mediante o pagamento das onze parcelas ajustadas. Por fim, em 10/02/2012, foram transferidos para a construtora os valores liberados em função do saque do FGTS, R$ 10.145,01, e do financiamento bancário, R$ 81.517,70.

É o que comprova o extrato de f. 237-238 trazido pela própria requerida.

Ou seja: dos R$ 103.392,99 (cento e três mil, trezentos e noventa e dois reais e noventa e nove centavos) contratados, o autor/apelante pagou R$ 93.864,70 (noventa e três mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e setenta centavos), restando em aberto um saldo devedor de R$ 9.528,29 (nove mil quinhentos e vinte e oito reais e vinte e nove centavos), a ser obviamente corrigido, mas que corresponde a 9,21% do preço total do contrato.

Assim, tendo ocorrido o pagamento de mais de 90% do contrato, há uma limitação do direito do credor de querer reter o imóvel e impor, com isso, a rescisão contratual

Retirar o autor do imóvel pelo inadimplemento de menos de 10% do contrato revela-se um exagero, uma iniquidade. O que deve remanescer, apenas, é o direito de crédito que, conforme visto, é legítimo, mas deve ser buscado pela via judicial própria e não através da retomada do imóvel e conseguinte rescisão do contrato, sendo este o modo mais gravoso para o devedor.

Como observado no julgado do STJ supratranscrito, e que aqui se aplica inteiramente, *"poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação)"*.

Assim, o pagamento faltante deve ser buscado em ação própria pela ré, pois é ínfimo em relação ao preço final do contrato, representando menos de 10% dele.

Deve-se, então, preservar a eficácia do negócio jurídico diante da possibilidade de o credor pleitear a quantia devida pelos meios ordinários, de forma que, neste ponto, é de rigor a reforma da r. sentença para o fim de manter o autor/apelante na posse do bem em razão do inadimplemento substancial do contrato, remetendo a credora às vias ordinárias para cobrar o saldo devedor.

Ante o exposto, conheço da apelação de Eduardo Domingues Fujiyama, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para determinar que o apelante seja mantido na posse do imóvel e remeter a ré às vias ordinárias para cobrança do saldo devedor.

Por conseguinte, determino a redistribuição dos ônus sucumbenciais para que o autor arque com 70% e a ré com 30% das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 12% sobre o valor atualizado da causa, inclusos os recursais, observado quanto ao primeiro o § 3º do art. 98 do CPC

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 8 de agosto de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1407157-05.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – REQUISITOS: PROVA DA TITULARIDADE DO DOMÍNIO DO AUTOR, INDIVIDUALIZAÇÃO DA COISA E POSSE INJUSTA DO RÉU – AUTOR QUE PROVA A TITULARIDADE DO DIREITO – INSTITUTOS DE DIREITO MATERIAL, TODAVIA, QUE PROTEGEM A POSSE DE BOA-FÉ – COLISÃO DE DIREITOS QUE REVELAM QUE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA É INCONCILIÁVEL COM AS GARANTIAS CONFERIDAS POR LEI AO POSSUIDOR DE BOA-FÉ, A SER PROTEGIDA NO MOMENTO INAUGURAL DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA – POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA COM FUNDAMENTO NO INCISO I DO ARTIGO 311 DO CPC, QUANDO FOR O CASO – LIMINAR INDEFERIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A admissibilidade da ação reivindicatória exige a presença de três requisitos: a prova da titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a posse injusta do réu.

Tais elementos, todavia, em sede de antecipação da tutela jurisdicional de mérito com fundamento no artigo 300 do CPC, devem ser vistos *cum granum salis* pelo magistrado, em face do fato de que, se de um lado o autor prova o seu domínio, de outro existe a possibilidade de a posse do réu ser de boa-fé e, assim, objeto, também, de proteção pelo direito material, notadamente o direito de ser nela retido até que seja indenizado pelas eventuais benfeitorias ali introduzidas, nos termos do art. 1219 do CC de 2002 e, antes dele, pelo artigo 516 do CC de 16.

Seria contrassenso que a lei, de um lado, permita o exercício do direito de retenção e de outro permita, também, a concessão da antecipação de tutela para imediata imissão na posse, sem assegurar os direitos decorrentes do exercício da posse de boa-fé pelo réu, num choque de normas que deve ser interpretado de forma a conciliar o sistema jurídico em vigência.

A possibilidade de o juiz verificar que o réu, embora sem título, esteja na posse de boa-fé retira a probabilidade do direito do autor, elemento essencial para o deferimento da antecipação da tutela reivindicatória fundada no artigo 300 do CPC, bem assim como o próprio perigo de dano, o qual, na espécie, é inverso, na medida em que, em sendo assim, deve-se assegurar ao réu, primeiramente, ampla defesa, caso em que poderá demonstrar seu direito à retenção na posse do bem, até que seja previamente indenizado pelas benfeitorias ou acessões que no imóvel tenha introduzido de boa-fé, direito assegurado pela ordem jurídica

Se evidenciada a prova do domínio mas não a injustiça da posse dos requeridos, a liminar deve ser indeferida, até que melhores esclarecimentos sobre a questão da posse justa ou injusta, de boa ou má-fé, e de direitos dela decorrente possam aflorar por força da instrução processual que haverá de ser realizada.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de agosto de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

MC Digama Empreendimentos Imobiliários Eireli devidamente qualificado, interpõe agravo de instrumento em face de Patrícia e Fernando insurgindo-se contra a decisão do MM. Juiz da 13ª vara cível da comarca de Campo Grande/MS, MS, Dr. Alexandre Corrêa Leite, que indeferiu a tutela requerida na ação reivindicatória c/c perdas e danos ajuizada por ela.

Extrai-se dos autos que a agravante ajuizou a presente demanda alegando, em síntese, que é proprietária dos imóveis matriculados sob os nº 90.886 e 90.887 o qual foram invadidos pelos réus/agravados. Alega que foi construído um trailer nos imóveis, sem qualquer consentimento da parte autora. Afirma que solicitou a saída voluntária dos réus, sem sucesso. Por isso, a autora requereu, em sede de tutela de urgência, que seja deferida em seu favor a imissão na posse dos imóveis.

O douto magistrado indeferiu a liminar requerida, pois entendeu que o direito da requerente não estava totalmente demonstrado.

Contra essa decisão insurge-se a recorrente.

Afirma, em suma, que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória requerida.

Aduz que comprovou a sua propriedade sobre os bens, estando comprovado o domínio da coisa reivindicada.

Alega que o desinteresse demonstrado pelos agravados em atender a notificação extrajudicial, caracteriza a injustiça e ilegalidade de sua posse, o que também autoriza a concessão da tutela de urgência vindicada na inicial.

Defende que a posse injusta da reivindicatória é fundada no domínio da coisa (art. 1.228, CC) que prevê ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder quem quer que injustamente a possua ou detentor.

Requer a concessão de efeito suspensivo ativo e, ao final, o provimento do recurso.

O recurso foi recebido às f. 95-96.

Sem contraminuta.

VOTO

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

Extrai-se dos autos que a agravante ajuizou a presente demanda alegando, em síntese, que é proprietária dos imóveis matriculados sob os nº 90.886 e 90.887 o qual foram invadidos pelos réus/agravados. Alega que foi construído um trailer nos imóveis, sem qualquer consentimento da parte autora. Afirma que solicitou a saída voluntária dos réus, sem sucesso. Por isso, a autora requereu, em sede de tutela de urgência, que seja deferida em seu favor a imissão na posse dos imóveis

O douto magistrado indeferiu a liminar requerida, pois entendeu que o direito da requerente não estava totalmente demonstrado.

Eis o teor da decisão invectivada (f. 18-20):

> *1 MC Digama Empreendimentos Imobiliarios Ltda ajuizou a presente ação reivindicatória c/c perdas e danos, em face de Fernando e Patrícia, ambos/todos com qualificação nos autos, aduzindo, em síntese que é proprietária dos imóveis matriculados sob os nº. 90.886 e 90.887 o qual foram invadidos pelos réus. Alega que foi construído um trailer nos imóveis, sem qualquer consentimento da parte autora.*
>
> *Afirma que solicitou a saída voluntária dos réus, sem sucesso. Por isso, a autora requer, em sede de tutela de urgência, que seja deferida em seu favor a imissão na posse dos imóveis.*
>
> *O art. 300 do Código de Processo Civil dispõe sobre a possibilidade de concessão da tutela de urgência quando presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano.*
>
> *É sabido que o juízo de probabilidade exigido para a concessão da tutela antecipada, embora não se confunda com a certeza, deve ser aquele capaz de convencer desde logo sobre o direito do autor, sobre a grande probabilidade de ele ter razão, não sendo suficiente a mera possibilidade. Outrossim, ainda que desde logo provados os fatos, há que estar demonstrado que as suas consequências jurídicas são exatamente aquelas pretendidas pelo autor.*
>
> *No caso vertente, a despeito de toda fundamentação e documentação acostada à inicial, a autora não apresentou prova suficiente que conduza, desde logo, a esse necessário juízo de probabilidade de seu direito, na medida em que há questões duvidosas e controvertidas nos autos, notadamente acerca da qualidade da posse dos réus.*
>
> *Disso decorre naturalmente, que quando não é possível formar, desde logo, um juízo de probabilidade a respeito do direito da autora, sendo necessária a instauração do contraditório para que se possa resolver pela sua presença, não é possível o deferimento da medida.*
>
> *Considerando que neste momento ainda não há elementos bastantes para concluir acerca da existência de posse injusta dos réus, não se sabendo se estes possuem ou não melhor título, ou mantém relação obrigacional com a autora que lhes ampare a posse, caminho não resta senão o indeferimento da tutela antecipada pretendida.*

Nesse sentido, aliás, caminha a jurisprudência em casos análogos:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE, DE PLANO, NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO –*

> *AÇÃO REIVINDICATÓRIA – TUTELA ANTECIPADA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 273, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Mantém-se a decisão que, de plano, negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento, confirmando o decisum de primeira instância que indeferiu a antecipação de tutela. Para a concessão da tutela antecipada em ação reivindicatória, faz-se mister o preenchimento dos requisitos trazidos no artigo 273, do CPC. É temerária a antecipação dos efeitos da tutela de imissão na posse antes de conclusão da fase instrutória, mormente em razão da coexistência de institutos jurídicos que protegem a posse. Recurso conhecido e não provido (*TJMS - Relator(a): Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 30/10/2014; Data de registro: 30/10/2014).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA E IMISSÃO NA POSSE – INDEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – AFIRMAÇÕES DA PARTE AGRAVANTE DEMANDAM UM JUÍZO DE VALOR APROFUNDADO, POSSÍVEL, SOMENTE, APÓS O CONTRADITÓRIO – POSSE EXERCIDA PELOS AGRAVADOS DE LONGA DATA, SEM OPOSIÇÃO.* Agravo Regimental não provido (Relator(a): Edson Luiz de Queiroz; Comarca: Bauru; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/01/2015; Data de registro: 31/01/2015).
>
> *Destarte, pelo exposto indefiro a tutela de urgência pleiteada.*

Contra essa decisão insurge-se a recorrente.

Afirma, em suma, que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória requerida.

Aduz que comprovou a sua propriedade sobre os bens, estando comprovado o domínio da coisa reivindicada.

Alega que o desinteresse demonstrado pelos agravados em atender a Notificação Extrajudicial, caracteriza a injustiça e ilegalidade de sua posse, o que também autoriza a concessão da tutela de urgência vindicada na inicial.

Defende que a posse injusta da reivindicatória é fundada no domínio da coisa (art. 1.228, CC) que prevê ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder quem quer que injustamente a possua ou detentor.

O recurso não merece provimento.

A pretensão reivindicatória é fundada no domínio da coisa, prevista no art. 1228, *caput*, do Código Civil, e, segundo a lição dos eminentes Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello[1], fundando-se em Lafayette, "*é a ação real que compete ao senhor da coisa para retomá-la do poder de terceiro que injustamente a detenha"*.

E continuam:

> *"(...) dessa definição resultam as seguintes características próprias da ação revindicatória: 1ª é uma ação de natureza real, porque fundada no domínio. Essa, pois, a natureza jurídica da ação; 2ª objetiva a retomada da coisa que se acha em poder de terceiro, por qualquer título; 3ª a detenção ou a posse do terceiro deve ser injusta para que haja a retomada. (...). Esses elementos encontram-se presentes no art. 1228 do Código Civil, que é o fundamento legal da reivindicatória".*

1 **Ação Reivindicatória.** 6. ed. Saraiva, 2011, p. 31

Noutras palavras, cumpre dizer que a ação reivindicatória tem por fundamento o direito de sequela, competindo ao proprietário não-possuidor em face do possuidor não-proprietário[2]. O sucesso do pedido reivindicatório reclama a reunião de três elementos, a titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a posse injusta do réu.

Por outro lado, para fazer jus à antecipação de tutela, o jurisdicionado, a teor do que dispõe o artigo 300 CPC, deve apresentar prova capaz de gerar o convencimento da probabilidade do direito, além de demonstrar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A probabilidade do direito, no caso, refere-se não somente à prova da propriedade (título de domínio) mas, também, a injustiça da posse atual dos réus, que se encontram no imóvel

Outrossim, em se tratando de liminar em ação reivindicatória, a questão do domínio do bem não deve ser tratado de forma a ser havido como um direito absoluto, até mesmo pela relativização desse direito perante a própria Constituição Federal (que estabelece que deve ela cumprir sua função social) e, mais do que isso ainda, em que pese o direito do detentor do domínio de obter a posse do imóvel, quando injusta, existem direitos correlatos, da titularidade do réu, que devem ser respeitados antes que se possa outorgar ao autor o ingresso ou a imissão na posse.

Pois bem.

No caso apresentado, a autora/agravante traz, para respaldar seu direito, a comprovação de propriedade sobre os bens objetos do litígio, conforme demonstram as matrículas imobiliárias juntadas às f. 22-36 dos autos principais. Entretanto, pelos documentos juntados, e ao menos em um juízo perfunctório, não é possível aferir a origem da posse dos requeridos ou o porquê de eles estarem no local desde de meados de 2017, conforme afirmado na petição inicial.

Dentro desta perspectiva, tenho neste momento não há como exarar um juízo de certeza a respeito da injustiça da posse existente, razão pela qual não é cabível o deferimento da liminar pleiteada.

E não é só isso.

A própria autora afirma que os requeridos, ao se apossarem da área discutida, construíram no local cercas com pilares de alvenaria e arame, bem como instalaram um trailer onde funciona uma pequena marmitaria/lanchonete, um banheiro e um salão de alvenaria inacabado, de sorte que qualquer decisão referente à imissão de posse deve passar obrigatoriamente pela análise das benfeitorias existentes no local.

Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello, na obra já mencionada, Ação Reivindicatória, agora em sua 6ª Ed., p. 54, citam decisão que este Desembargador exarou quando ainda juiz, indeferindo pedido de liminar de imissão na posse em ação reivindicatória, fundado aquele pedido no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, replicado no atual código pelo artigo 300, contrastando a opinião do prof. Cândido Rangel Dinamarco, que defende a imissão na posse desde logo, diante da prova da existência do domínio e da descrição precisa da coisa, assim descrevendo aquela decisão, então por mim exarada, e que continuo, até presentemente, a defender:

> *"A opinião do emérito processualista (referindo-se a Cândido Dinamarco) não pode prosperar, porque vislumbra a questão apenas sob o ângulo da existência de um direito do autor, de ordem adjetiva, processual, esquecendo-se de que há coexistência de direitos do réu, de ordem substantiva, material. Na coexistência de um direito assegurado no direito material (p. ex., a indenização por benfeitorias), certamente que deve prevalecer este último.*

2 TJMG. Processo: 2.0000.00.293972-4/000(1). Relator Des.: Wander Marotta. Julgamento: 05/04/2000

Em despacho da lavra do então Juiz de Direito Dorival Renato Pavan, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça (...) a questão foi colocada em seus devidos termos, inclusive no ponto que recomenda cautela para a concessão da tutela antecipatória. Afirmou (...) ao indeferir a tutela antecipatória na Ação Reivindicatória nº 632/95, da 2ª Vara Cível de Campo Grande (MS):

"Reputo conveniente que se aguarde a contestação dos réus para, aí sim, já sob o enfoque do segundo requisito do art. 273 do CPC, examinar a viabilidade da concessão da tutela antecipatória, sem perder de vista, ainda, como reforço de argumento em prol do indeferimento da liminar pranteada, que é a própria lei quem garante ao réu, na ação reivindicatória, se exercida posse de boa-fé, o direito de retenção do imóvel por eventuais benfeitorias ali introduzidas.

Seria contra-senso que a lei, de um lado, permitisse o exercício do direito de retenção e de outro determinasse a concessão de liminar para desocupação, num choque de normas que deve ser interpretado de forma a conciliar o sistema jurídico em vigência. Tal conciliação, segundo me parece, deve ser direcionada no sentido de se permitir a liminar, na reivindicação, apenas presente a hipótese do inciso II do artigo 273 e não pelo seu inciso I (exceto se se tratar de imóvel em que não tenha havido a edificação de benfeitorias pelo suplicado, que tolhem o direito à retenção".

(...) Prevalece, temos para nós, o entendimento de que é praticamente impossível a concessão de liminar na reivindicatória, que corresponda à prestação jurisdicional antecipada, até por outros argumentos a seguir expostos".

E, adiante:

"(...) Sublinhe-se, a propósito, que na reivindicatória há uma peculiaridade que não pode ser esquecida pelo julgador: a coexistência de dois direitos legalmente protegidos na lei substantiva: o direito do proprietário de obter a posse e o direito do possuidor de mantê-la, salvo depois de convencido pelas vias ordinárias, o que implica o não cabimento da liminar.

Juntem-se a tudo isso as próprias características da reivindicatória, que, mais das vezes, implicam a análise de títulos de ambas as partes, para se ver qual deles prevalece, qual, o melhor domínio.

Mais do que isso, a existência de outros direitos garantidos ao possuidor, tais como o de retenção por indenização de benfeitorias, o de receber, efetivamente, o valor apurado no curso da ação, o de compensação dos danos com as benfeitorias, o de recebimento do valor das acessões, enfim, uma série de direitos que acabam por excluir a possibilidade de medida liminar.

Do confronto desses direitos resulta claro que a antecipação da tutela jurisdicional é inconciliável com as garantias dadas ao possuidor, principalmente ao de boa-fé, sabido que, se de um lado, a boa-fé não exclui a reivindicatória, de outro, garante ao possuidor o direito de retenção. Assim, não há como afastar um direito legalmente protegido na lei civil sob o pressuposto inteiramente subjetivo de um aparente "fundado receio", atribuindo à reivindicatória um efeito satisfativo em caráter liminar, como se existisse a realização provisória da sentença".

Finalmente, a par da subjetividade da expressão "fundado receio", deve o julgador atentar para o fato de que a tutela antecipatória não pode ser deferida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§ 2º do art. 273).

> *(...) Reiterando, portanto, o entendimento de que apenas em tese é possível a antecipação da tutela jurisdicional na reivindicatória – porque a lei não excepciona nenhum tipo de ação ou de procedimento -, concluímos que, na prática, não só é desaconselhável a concessão da liminar como, sobretudo, dificilmente haverá justificativa legal para tal antecipação, dada a coexistência de institutos jurídicos que protegem a posse, gerando efeitos inclusive indenizatórios para os casos de retomada, sendo o principal deles o direito de retenção, que não se concilia com a tutela antecipatória".*

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que:

> *"(...) A ação reivindicatória submete-se à comprovação da propriedade da área litigiosa, da sua correta individualização e da prova da posse injusta exercida pelo réu sobre o imóvel, sob pena de não se obter guarida do pleito reivindicatório" (REsp nº. 1188676. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma Data do Julgamento 05/04/2011).*

E ainda:

> *PROCESSO CIVIL – DIREITOS REAIS – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REINVINDICATÓRIA – CONDOMÍNIO EDILÍCIO – VAGA NA GARAGEM – COISA REIVINDICANDA NÃO INDIVIDUALIZADA – IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. A ação reivindicatória (art. 1.228 do CC), fundada no direito de sequela, outorga ao proprietário o direito de pleitear a retomada da coisa que se encontra indevidamente nas mãos de terceiro, tendo como requisitos específicos: (i) a prova do domínio da coisa reivindicanda; (ii) a individualização do bem; e (iii)* ***a comprovação da posse injusta.***
>
> *(...)*
>
> *5. Recurso especial provido.* (STJ, REsp 1152148/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 02/09/2013) (g.n.)

Parece-me que nada mais precisa ser acrescentado para evidenciar que a antecipação da tutela, na reivindicatória, é excepcionalíssima, e no mais das vezes, quando deferida, poderá sê-lo com fundamento na tutela de evidência prevista no artigo 311, I[3], do mesmo codex processual dificilmente sendo aplicável – como aqui se fez – o artigo 300 como fundamento para a liminar no mais das vezes sempre pleiteada pela parte autora.

O juiz não pode deixar de levar em consideração a coexistência dos institutos tratados na doutrina acima transcrita, que protegem a posse de boa-fé, como parece ser o caso dos agravados, devendo ser investigada com maior profundidade, assim, a causa dessa posse, a sua efetiva justiça e, principalmente, a existência de direito de retenção por eventuais benfeitorias que ali tenham sido introduzidas, sobre as quais os requeridos – se pleitearem expressamente na defesa – poderão ter reconhecido prévio direito à indenização como requisito essencial, também, para que a imissão na posse da autora venha ocorrer, a prevalecer seu título de domínio.

Aliás, é o artigo 1.219 do CC de 2002, que tem correspondência com o artigo 516 do diploma civilista de 16, que estabelece que:

> *"(...) o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis".*

3 Art. 311 do NCPC: "A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte"

O asseguramento do exercício do direito de retenção por tal espécie de benfeitorias retira a probabilidade do direito da autora, elemento essencial, também, para o deferimento da antecipação da tutela, o que esvazia de conteúdo, na realidade e nos termos da lição acima transcrita, o fundamento do inciso I do artigo 300 do CPC, para fins de concessão da antecipação da tutela na ação reivindicatória, pedido que deve ser visto, sempre, *cum granum salis* pelo magistrado encarregado de examinar o pedido de liminar, normalmente feito pelo autor em ações de tal espécie, eis que pode ocorrer grave ofensa aos direitos do réu possuidor, impossíveis de serem posteriormente reparados. Nessa ótica afirmo, inclusive, que o *periculum in mora*, e até mesmo o receio de dano irreparável, na espécie, é inverso.

Tecidas tais considerações, e inexistindo elementos suficientes para respaldar a concessão da liminar pleiteada, tenho que deve ser mantido integralmente o entendimento esposado em primeiro grau.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por MC Digama Empreendimentos Imobiliários Eireli, mas lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 16 de agosto de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0801610-89.2016.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO DE BENS – SENTENÇA QUE HOMOLOGOU A PARTILHA E DISPENSOU A PROVA DE QUITAÇÃO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 659, § 2º, DO CPC/2015 – CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO – APARENTE CONFLITO COM O ART. 192 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – MATÉRIA PROCESSUAL NÃO RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Deve ser mantida a sentença que homologou a partilha amigável em procedimento de arrolamento sumário de bens, dispensando a prova da quitação do ITCMD para tal ato processual, tendo em vista a norma prevista no art. 659, § 2º, do CPC/2015, que remete para a via administrativa o controle sobre a cobrança do referido tributo.

Não há que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que trata de norma processual e não de matéria tributária reservada à Lei Complementar pelo art. 146 da Constituição da República, de modo que prevalece por ser posterior e especial.

Somente após o trânsito em julgado da sentença homologatória é que a Fazenda verificará a correção dos montantes recolhidos, como condição para a expedição e a entrega do formal de partilha e dos alvarás.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de setembro de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

O Estado de Mato Grosso do Sul, devidamente qualificado, interpõe apelação cível (f. 68-84) em face de Benito Arce e outros insurgindo-se contra a sentença de f. 93-94 do douto juízo da 2ª vara cível da comarca de Paranaíba, MS, que converteu o feito em arrolamento sumário e homologou por sentença a partilha celebrada nos autos de e inventário dos bens deixados por Vitorina Peralta Arce.

Sustenta o recorrente que a partilha somente pode ser homologada após o recolhimento do ITCD, aduzindo que, no trâmite do processo sob o rito de arrolamento sumário não tem aplicação o artigo 659 do CPC/2015, o que impõe a reforma da sentença, uma vez que os formais de partilha não poderão ser registrados perante o CRI competente, diante da ausência do recolhimento do tributo devidos.

Discorre sobre a prioridade que tem a Fazenda Pública no recebimento de seus créditos tributários, argumentando que o Código Tributário Nacional dispõe, no art. 192, que a quitação do tributo é condição para a sentença de julgamento da partilha ou adjudicação.

Defende a inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do art. 659, do Novo Código de Processo Civil, tendo em vista que trata de matéria de direito tributário, em flagrante ofensa ao disposto no art. 192, do Código Tributário Nacional que, como é cediço, tem status de legislação complementar.

Pede a reforma da sentença.

Os apelados apresentaram contrarrazões às f. 87-94

VOTO

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

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos[1] do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação das partes para apresentarem contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e não está preparado, uma vez que o recorrente é isento de recolhimento do preparo.

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

Extrai-se dos autos que Benedito Arce e outros requereram o inventário pelo rito sumário dos bens deixados por Vitorina Peralta Arce.

Em razão de os herdeiros serem maiores e capazes, o douto juízo de primeiro grau converteu o feito em arrolamento sumário e homologou a partilha, independentemente da comprovação da quitação de tributos, vez que tal procedimento não comporta esta discussão.

Confira-se o teor da sentença (f. 57-58):

> *Benito Arce, Justino Peralta Arce, Luis Carlos Peralta Arce, Nelcy Peralta Arce, Paulo Cezar Peralta Arce, Silvio Peralta Arce, Teodorinha Peralta Arce, Wilson Peralta Arce e Yrineu Peralta Arce, qualificados nos autos, requereram a abertura de inventário,*

1 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
I - os nomes e a qualificação das partes;
II - a exposição do fato e do direito;
III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
IV - o pedido de nova decisão.
§ 1o O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 2o Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.
§ 3o Após as formalidades previstas nos §§ 1o e 2o, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

pelo rito do arrolamento sumário, dos bens deixados por Vitorina Peralta Arce, nos termos dos artigos 659 e seguintes, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Inicialmente, nos termos do artigo 660, I, do CPC, nomeio como inventariante a parte requerente indicada na petição inicial.

No mérito, verifica-se que a petição inicial atende aos requisitos previstos nos incisos II e III, do CPC, inexistindo informação a respeito de credores ou herdeiros incapazes.

No mais, constam dos autos as certidões negativas fiscais, o esboço de partilha e a comprovação da propriedade do bem.

Portanto, inexiste óbice legal à homologação da partilha.

Posto isto, homologo, por sentença, a partilha apresentada, atribuindo aos herdeiros os respectivos quinhões, salvo erro, omissão ou prejuízo a terceiros, em especial à Fazenda Pública.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se-.

Após o trânsito em julgado, expeça-se o formal de partilha ou carta de adjudicação, se for o caso, e intime-se a Fazenda Pública Estadual, nos termos do artigo 659, § 2º, do CPC.

Por fim, nada sendo requerido, arquive-se.

Sem custas, em razão da justiça gratuita (Lei 1.060/50).

Irresignado, o Estado de Mato Grosso do Sul recorre a sentença prolatada que homologou a partilha de bens deixados pelo falecimento de Vitorina Peralta Arce.

Conforme relatado, sustenta o recorrente, resumidamente, que a partilha somente pode ser homologada após o recolhimento do ITCD, aduzindo que, no trâmite do processo sob o rito de arrolamento sumário não tem aplicação o artigo 659 do CPC/2015, o que impõe a reforma da sentença, uma vez que os formais de partilha não poderão ser registrados perante o CRI competente, diante da ausência do recolhimento do tributo devido.

Discorre sobre a prioridade que tem a Fazenda Pública no recebimento de seus créditos tributários, argumentando que o Código Tributário Nacional dispõe, no art. 192, que a quitação do tributo é condição para a sentença de julgamento da partilha ou adjudicação.

Defende a inconstitucionalidade do parágrafo 2º, do art. 659, do Novo Código de Processo Civil, tendo em vista que trata de matéria de direito tributário, em flagrante ofensa ao disposto no art. 192, do Código Tributário Nacional que, como é cediço, tem status de legislação complementar.

Sem razão, todavia.

Verifico do teor da sentença que o d. juiz dispensou o recolhimento do ITCD, tendo em vista a nova sistemática do parágrafo segundo, do art. 659 do CPC/2015, segundo o qual:

"(...) Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em

> *seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662".*

O art. 662 do CPC/2015, por sua vez, dispõe que:

> *Art. 662. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.*
>
> *§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral.*
>
> *§ 2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.*

Tal regra já era prevista no art. 1.034 do CPC/1973, para o rito do arrolamento, de modo que, tratando-se de inventário sob a forma de arrolamento sumário, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio, pois este será objeto de lançamento administrativo.

Nesse sentido, a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[2], conforme transcrição que faço a seguir:

> *§ 2º: 4º. Pagamento de impostos. De forma distinta do procedimento do inventário, o pagamento dos impostos no arrolamento se dará administrativamente, o que acelera o trâmite do procedimento (que naturalmente, deveria mesmo ser mais simples em comparação com o do inventário). O CPC 662 determina que questões ligadas ao recolhimento dos tributos incidentes sobre a transmissão de propriedade dos bens do espólio não podem ser discutidas nos autos do arrolamento, o que seguramente inclui o imposto de transmissão causa mortis."*

Em verdade, apenas remeteu-se à via administrativa a cobrança do tributo, bem como o dever de controlar o seu recolhimento, o que antes era feito pelo Poder Judiciário.

A meu ver, por esse novo procedimento, não deixará a Fazenda Pública de receber o tributo que lhe é devido e pelo valor que estimar, tendo em vista que, para o registro da partilha já homologada no ofício imobiliário competente, é indispensável a comprovação do recolhimento do imposto de transmissão (art. 143, da Lei dos Registros Públicos), e para tal, o requerente, através do procedimento administrativo próprio, observará o valor atribuído pelo Fisco, independente do valor indicado para a partilha (art. 662, § 2º, do CPC/2015).

Desta forma, ao contrário da tese recorrente, não há falar em inconstitucionalidade do § 2º, do art. 659, do NCPC, sendo que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de mérito da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 377.457, de relatoria do e. Ministro Gilmar Mendes, entendeu que inexiste relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, de modo que a questão deve ser dirimida, exclusivamente, sob o prisma da "distribuição material entre as espécies legais".

2 **Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC- Lei 13.105/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1477.

Vejamos o trecho do voto condutor do acórdão referido:

> *"É tradicional a jurisprudência desta Corte na proclamação da inexistência de hierarquia constitucional entre a lei complementar e lei ordinária, espécies normativas formalmente distintas exclusivamente tendo em vista a matéria eventualmente reservada àquela (lei complementar) pela própria Carta (...). (...) o tema do conflito aparente (...) não se resolve por critérios hierárquicos, mas sim por critérios constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma destas espécies. Logo, equacionar aquele conflito é sim uma questão diretamente constitucional".*

A matéria reservada à Lei Complementar está expressamente prevista no art. 146 da Constituição da República. Vejamos a redação do dispositivo constitucional:

> *Art. 146. Cabe à lei complementar:*
>
> *I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;*
>
> *II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;*
>
> *III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*
>
> *a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
>
> *b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*
>
> *c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.*
>
> *d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*
>
> *Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*
>
> *I - será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*
>
> *II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*
>
> *III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*
>
> *IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

> *Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

A norma prevista no art. 659, § 2º, do Código de Processo Civil, tem natureza processual e não está reservada à Lei Complementar, o que nos faz concluir que, pelo prisma da material, prevalece em relação ao art. 192 do Código Tributário Nacional[3], uma vez que norma posterior e especial.

Trata-se de norma processual que objetiva a realização do princípio da razoável duração do processo - de natureza constitucional - e, como afirmado, não impede o devido recolhimento do tributo pela via administrativa pelo fisco Estadual.

Desta forma, não há o que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo, de modo que a tese do recorrente deve ser rejeitada.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Pátrios:

> *TRIBUTÁRIOS E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS (ITCMD) – APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS AO FISCO. ARROLAMENTO DE BENS – NÃO CABIMENTO.*
>
> *1. A orientação da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "a homologação da partilha não pressupõe atendimento a obrigações tributárias acessórias relativas ao imposto sobre transmissão ou à ratificação dos valores pelo Fisco estadual; somente após o trânsito em julgado da sentença homologatória é que a Fazenda verificará a correção dos montantes recolhidos, como condição para a expedição e a entrega do formal de partilha e dos alvarás"* (AgRg no AREsp 270.270/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 31/8/2015).
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1444860/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada Trf 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016)
>
> *PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO ANTERIOR – ARROLAMENTO SUMÁRIO – DISCUSSÃO ACERCA DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS (ITCMD) E APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS AO FISCO – NÃO CABIMENTO.*
>
> *I - Incabíveis discussões a respeito do ITCMD ou de exigência de documentos pelo Fisco no curso do procedimento sumário de arrolamento.*
>
> *II - A homologação da partilha não pressupõe atendimento a obrigações tributárias acessórias relativas ao imposto sobre transmissão ou à ratificação dos valores pelo Fisco estadual; somente após o trânsito em julgado da sentença homologatória é que a Fazenda verificará a correção dos montantes recolhidos, como condição para a expedição e a entrega do formal de partilha e dos alvarás.*
>
> *III - A Agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, reiterando apenas as alegações veiculadas no recurso anterior.*

3 Art. 192. Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas.

IV - Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 270.270/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 31/08/2015)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO DE BENS – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO § 2º, DO ART.659, DO NCPC – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A inovação trazida pelo art. 659 do NCPC, especificamente em seu §2º, é que, agora, somente neste caso de arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada (ou os bens adjudicados ao único herdeiro) anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão causa mortis. Após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação, a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, fora do processo.

Tal regra, como se vê, excepcionou o art. 192 do Código Tributário Nacional. O posicionamento assimilado pela Excelsa Corte do país, por ocasião do julgamento de mérito da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 377.457, cuja relatoria coube ao eminente Ministro Gilmar Mendes, é que inexiste relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, devendo a questão ser dirimida, exclusivamente, sob o prisma da "distribuição material entre as espécies legais". Inexistindo a alegada inconstitucionalidade, escorreita a sentença que homologou a partilha, com fulcro no art. 659 do NCPC. (TJ-MS - APL: 08421234520158120001 MS 0842123-45.2015.8.12.0001, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 20/09/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/09/2016)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – ARROLAMENTO SUMÁRIO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – ITCD – PRELIMINAR – INTERESSE RECURSAL – REJEITADA – PARTILHA AMIGÁVEL – FORMAL DE PARTILHA. PRÉVIA QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS – DESNECESSIDADE – INOVAÇÃO DO CPC DE 2015 – RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR – ART. 146, III, CF – MATÉRIA PROCESSUAL – RECURSO IMPROVIDO.

1. Apelação Cível contra sentença proferida no procedimento de arrolamento sumário. 1.1. Adjudicação de imóvel ao único herdeiro, sem prova de quitação do ITCD. 2. Ausência de interesse recursal, sustentada em contrarrazões. 2.1. O interesse recursal do Distrito Federal advém da pretensão quanto à quitação dos tributos incidentes sobre os bens do espólio. 2.2. A isenção quanto ao ITCD não afasta o interesse recursal, na medida em que cabe ao adquirente comprovar sua condição de isento. 3. É fato incontroverso a aplicação do arrolamento sumário ao caso, pois as partes são todas capazes e há consenso na partilha do único bem a ser sucedido. 3.1. O legislador, ao prever o procedimento sumário, quis dar celeridade ao processo de inventário, com o intuito de amenizar a dor da família e realizar a divisão dos bens do de cujus da forma mais célere possível. 3.2. Em face dessa peculiaridade do arrolamento sumário, o art. 662, § 2º, do CPC dispõe que no referido instituto não serão apreciadas questões relativas à quitação de tributos cabíveis. 3.3 Eventuais diferenças apuradas pelo Fisco em sede administrativa poderão ser cobradas por execução fiscal. 4. A obrigatoriedade de recolhimento de todos os tributos previamente ao julgamento da partilha (art. 664, § 5º, CPC) foi afastada pelo próprio art. 659, ao prever sua aplicação apenas ao arrolamento comum. 4.1. A inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 659, § 2º, com foco na celeridade processual, permite que a partilha amigável seja homologada anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, e somente após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação é que a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, supostamente devido. 4.2. Precedente desta Turma: "(...) 2.

> *O Novo Código de Processo Civil de 2015 não condicionou a homologação da partilha à quitação dos tributos cabíveis, limitando-se, apenas, a determinar, após o trânsito em julgado, a intimação da Fazenda Pública para o lançamento administrativo do tributo cabível. (...)" (20150710123720APC, Relator: Gislene Pinheiro, 2ª Turma Cível, DJE: 15/08/2016). 5. Tal regra excepcionou o art. 192 do Código Tributário Nacional ("nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas"), haja vista que, tendo por base o rol elencado no art. 146 da Constituição Federal, o conteúdo do supracitado artigo não é de natureza tributária, e sim processual, sendo o mesmo entendimento aplicado ao art. 31 da Lei de Execução Fiscal. 5.1. Desse modo, não sendo os dispositivos de reserva de Lei Complementar, entende-se que o mencionado artigo do CTN poderá ser derrogado por Lei Ordinária mais recente. 6. Em suma: diante da nova sistemática processual civil, não há se proceder em tais casos (arrolamento sumário) à verificação da regularidade tributária por parte do Fisco antes da homologação da partilha, devendo assim tais matérias serem tratadas na esfera administrativa, após o trânsito em julgado da homologação da partilha. 7. Apelação improvida.* (TJ-DF 20160410023266 DF 0002297-40.2016.8.07.0004, Relator: João Egmont, Data de Julgamento: 19/07/2017, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 02/08/2017. Pág.: 426/456)

Assim, o ato processual de homologação da partilha não prescinde do prévio recolhimento do ITCD. Depois de transitada a sentença, o Fisco haverá de aferir se os montantes recolhidos a esse título estão corretos ou não, podendo promover o lançamento administrativo para cobrança do total eventualmente ainda não pago ou da diferença sobre o que houver sido recolhido, se reputar ter havido recolhimento em valor inferior. A exigência de recolhimento correto do tributo é condição para a expedição dos formais de partilha ou dos respectivos alvarás, mas não para a homologação dela, como aqui ocorreu.

Logo, ao recurso deve-se negar provimento.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Estado de mato Grosso do Sul e lhe nego provimento, mantendo a r. sentença objurgada.

Deixo de fixar honorários recursais, tendo em vista que incabíveis na espécie.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 12 de setembro de 2018.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1403614-91.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CANDIDATO A SENADOR – LICENÇA REMUNERADA NO PERÍODO DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO PARA O PLEITO ELEITORAL – PREVISÃO PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1º, INCISO II, "L", DA LEI COMPLEMENTAR 64/90 – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A prerrogativa prevista no art. 1º, II, "L", da Lei Complementar 64/90 que garante aos servidores públicos o direito à percepção dos seus vencimentos integrais em caso de afastamento para concorrer a cargo eletivo deve ser estendida aos membros do Ministério Público, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Até porque, se a lei previu a licença remunerada após o registro da candidatura, seria um contrassenso proibir a percepção dos vencimentos em período anterior (desincompatibilização).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator, vencido o 3º Vogal. Decisão com o parecer oral. Impedido o Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 16 de julho de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Sérgio Fernando R. Harfouche impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo(a) Procurador(a)-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando que, diante da intenção de concorrer a cargo eletivo nas eleições de 07 de outubro de 2018 requereu administrativamente junto à Procuradoria-Geral de Justiça que lhe fosse concedida licença, a título de desincompatibilização, para concorrer a cargo eletivo, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Aduz que o pedido foi deferido, porém, sem remuneração, com fundamento no art. 157 da Lei Complementar Estadual nº 72, de 18 de janeiro de 1994, e art. 204, IV, § 2º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Sustenta que a autoridade coatora utilizou-se do art. 157 da Lei Complementar Estadual nº 72/94 para sua fundamentação, porém, tal dispositivo é omisso no que tange a remuneração no período de licença quando concedida ao membro do *Parquet*.

Aduz que os membros do Ministério Público na categoria de servidores públicos, possuem o direito garantido de remuneração conforme previsto no art. 1º, II, "L", da Lei Complementar 64/90, que trata da licença para atividade política de servidor público e estabelece o procedimento de desincompatibilização, além da forma de remuneração.

Apregoa que a alínea "a" do inciso IV do art. 204 da Lei dos Membros do Ministério Público Federal prevê que:

> *"(...) o afastamento será facultativo e sem remuneração, durante o período entre a escolha como candidato a cargo eletivo em convenção partidária e a véspera do registro da candidatura na Justiça Eleitoral."*

Assevera que a Resolução nº 23.555, de 18 de dezembro de 2017 do TSE estabeleceu que o prazo para as convenções partidárias dar-se-á entre 20/07/2018 e 05/08/2018, e a véspera para o registro da candidatura data-se em 14/08/2018. Portanto, não há qualquer óbice quando ao recebimento da remuneração anterior e posteriormente a este período.

Requer a concessão da liminar.

A liminar foi indeferida pelo relator substituto. (f. 54-56)

Em sede de agravo interno, este relator deferiu a liminar. (f. 33-41)

Notificada(s) a(s) autoridade(s) apontada(s) como coatora(s), esta(s) apresentou(aram) informações, pugnando pela denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Sérgio Fernando R. Harfouche impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo(a) Procurador(a)-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando que, diante da intenção de concorrer a cargo eletivo nas eleições de 07 de outubro de 2018 requereu administrativamente junto à Procuradoria-Geral de Justiça que lhe fosse concedida licença, a título de desincompatibilização, para concorrer a cargo eletivo, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Aduz que o pedido foi deferido, porém, sem remuneração, com fundamento no art. 157 da Lei Complementar Estadual nº 72, de 18 de janeiro de 1994, e art. 204, IV, § 2º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Sustenta que a autoridade coatora utilizou-se do art. 157 da Lei Complementar Estadual nº 72/94 para sua fundamentação, porém, tal dispositivo é omisso no que tange a remuneração no período de licença quando concedida ao membro do *Parquet.*

Aduz que os membros do Ministério Público na categoria de servidores públicos, possuem o direito garantido de remuneração conforme previsto no art. 1º, II, "L", da Lei Complementar 64/90, que trata da licença para atividade política de servidor público e estabelece o procedimento de desincompatibilização, além da forma de remuneração.

Apregoa que a alínea "a" do inciso IV do art. 204 da Lei dos Membros do Ministério Público Federal prevê que: *"o afastamento será facultativo e sem remuneração, durante o período entre a escolha como candidato a cargo eletivo em convenção partidária e a véspera do registro da candidatura na Justiça Eleitoral."*

Assevera que a Resolução nº 23.555, de 18 de dezembro de 2017 do TSE estabeleceu que o prazo para as convenções partidárias dar-se-á entre 20/07/2018 e 05/08/2018, e a véspera para o registro da candidatura data-se em 14/08/2018. Portanto, não há qualquer óbice quando ao recebimento da remuneração anterior e posteriormente a este período.

Requer a concessão da liminar.

A liminar foi indeferida pelo relator substituto. (f. 54-56)

Em sede de agravo interno, este relator deferiu a liminar. (f. 33-41)

Notificada(s) a(s) autoridade(s) apontada(s) como coatora(s), esta(s) apresentou(aram) informações, pugnando pela denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança.

Com efeito, estabelece o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

> *"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;"*

Por sua vez, o art. 1º da Lei nº 12.016/09 prescreve que:

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

Pelo que se observa, condiciona-se a impetração do mandado de segurança a ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

A respeito do tema, leciona Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 3.ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A. p. 2466:

> *"Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.*
>
> *O direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprevisão e incerteza recai sobre os fatos que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato de que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, a interpretação do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível*

> *com o procedimento do mandado de segurança, pois exige-se a pré-constituição das provas em relação às situações fáticas ensejadoras de seu ajuizamento, pois como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o "direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe e em favor de quem reclama o mandado, sem dúvida razoável".*

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

> *"O mandado de segurança, previsto no mesmo art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição, respectivamente consagradores das modalidades individual e coletivo, e regulado pela Lei 1.533, de 31.12.51, é a providência sumamente expedita adequada para proteger direito líquido e certo não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.*
>
> *Considera-se "líquido e certo" o direito "independentemente de sua complexidade", quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis "de plano"; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitadas pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (art. 6º, parágrafo único, da Lei 1.533). (...).".*

A questão objeto do presente *mandamus* cinge-se em saber se o impetrante possui direito líquido e certo a percepção dos seus vencimentos no período de afastamento para concorrer a cargo eletivo (senador).

O fundamento utilizado pelo impetrante é o art. 1º, II, "L", da Lei Complementar 64/90 (*Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências*), que trata da licença para atividade política de servidor público e estabelece o procedimento de desincompatibilização, além da forma de remuneração.

Assim preceitua o aludido artigo:

> *"Art. 1º São inelegíveis:*
>
> *(...)*
>
> *II - para Presidente e Vice-Presidente da República:*
>
> *(...)*
>
> *I)* ***os que, servidores públicos, estatutários ou não****, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito,* ***garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;"*** – destaquei

Não obstante os membros do Ministério Público estarem inseridos na categoria de servidores públicos especiais, tal situação não pode obstar-lhes de receberem a remuneração no período entre a desincompatibilização e o registro da candidatura, sob pena até mesmo de violação ao princípio da isonomia e razoabilidade.

E ainda, a própria autoridade coatora deferiu a licença do impetrante sem remuneração a partir de 06 de abril de 2018 até o registro de sua candidatura e, posteriormente, mediante remuneração, conforme f. 31.

Outrossim, o art. 157 da Lei Complementar Estadual nº 72/94 (Lei Orgânica do MPMS), quando tratou da licença do membro do Ministério Público nada dispôs sobre a remuneração no período entre a desincompatibilização e o registro, pelo contrário, apenas previu que em caso de exercício do cargo eletivo, poderia o membro optar pelas remunerações, *verbis*:

> *"Art. 157. Ao membro do Ministério Público será concedida licença para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer, a contar do registro de sua candidatura na Justiça Eleitoral.*
>
> *§ 1º Caso o membro do Ministério Público venha a exercer cargo eletivo, poderá, a partir de sua diplomação, exercitar o direito de opção com relação à remuneração."*

Sendo assim, como o aludido artigo não tratou sobre a licença remunerada no período entre a desincompatibilização e o registro da candidatura, deve ser aplicado o já mencionado art. 1º, II, "L", da Lei Complementar 64/90, que prevê a licença remunerada dos servidores públicos para todo o período.

Até porque, eventual legislação estadual que restrinja o direito à licença remunerada a partir da data da desincompatibilização até a data do registro da candidatura violaria a competência da União a quem compete privativamente legislar sobre direito eleitoral.

De outro norte, se a lei previu a licença remunerada após o registro da candidatura, seria um contrassenso proibir a percepção dos vencimentos durante o período da desincompatibilização, até porque referido período é de observância obrigatória aos candidatos, que devem afastar-se de suas funções institucionais, não podendo ficar impossibilitados de receberem seus vencimentos dado o caráter alimentar da verba.

De mais a mais, não pode a Administração Pública, em uma interpretação restritiva da lei, reduzir direitos expressamente assegurados pela Lei Complementar Federal nº 64/90, especialmente no tocante ao período de licença remunerada assegurada ao servidor público candidato a cargo eletivo.

Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – CANDIDATOS A VEREADOR – PERCEPÇÃO DE PROVENTOS NO PERÍODO DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO – CONFLITO DE NORMAS – LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 64/1990, QUE ASSEGURA A REMUNERAÇÃO INTEGRAL DURANTE TODO O AFASTAMENTO – LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 26/2002 AUTORIZATIVA DA BENESSE SOMENTE APÓS REGISTRO DA CANDIDATURA – MATÉRIA ELEITORAL – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLAUSULA DE PLENÁRIO – PRECEDENTES DO STF – ALEGAÇÃO DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – DESCABIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Segundo orientação firmada por esta Suprema Corte, a regra de reserva de Plenário é inaplicável se a matéria já tiver sido apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pelo órgão equivalente do Tribunal de origem (STF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa). A norma municipal, ao restringir o direito à licença remunerada do servidor público que pretende concorrer a cargo eleitoral, viola competência da União a quem compete privativamente legislar sobre direito eleitoral."* (TJSC; APL-RN 0302048-85.2016.8.24.0022; Curitibanos; Primeira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Pedro Manoel Abreu; DJSC 18/05/2018; p. 266)

> *"RECURSO ADMINISTRATIVO – SERVIDOR EFETIVO – CANDIDATO A CARGO ELETIVO – REMUNERAÇÃO INTEGRAL DURANTE TODO O PERÍODO DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO – DIREITO ASSEGURADO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O servidor público estatutário que concorre a cargo eletivo, por expressa determinação legal, sujeita-se a regra desincompatibilização do cargo, devendo afastar-se do exercício de suas funções desde o 3º mês que anteceder o pleito eleitoral, lhe sendo garantido o direito à percepção de vencimentos integrais durante todo o período. O art. 122, § 1º e § 2º da Lei Complementar Estadual nº 68/92. Estatuto dos Servidores Públicos de Rondônia, buscou ampliar o período de afastamento remunerado dos servidores públicos que optassem por se candidatar a cargos eletivos, prevendo lhes ser garantida a manutenção da remuneração a partir do registro de sua candidatura perante os órgãos Eleitorais, o que, em 1992, ano de edição da legislação estadual, ocorria em momento anterior aos 90 dias que antecede o pleito. Não pode a Administração Pública, em uma interpretação restritiva do Estatuto de Servidor Público de Rondônia, reduzir direitos expressamente assegurados pela Lei Complementar Federal nº 64/90, especialmente no tocante ao período de licença remunerada assegurada servidor público candidato a cargo eletivo, havendo de prevalecer a previsão normativa específica."* (TJRO; RADM 0005132-93.2016.8.22.0000; Tribunal Pleno; Rel. Des. Renato Mimessi; Julg. 10/07/2017; DJERO 25/07/2017; p. 88)
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORES PÚBLICOS OCUPANTES DE CARGOS DE LANÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA NO MUNICÍPIO LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – DESINCOMPATIBILIZAÇÃO PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO LICENÇA REMUNERADA DURANTE TODO O PERÍODO POSSIBILIDADE, SOB PENA DE INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE – REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA, COM OBSERVAÇÃO – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO."* (TJ-SP - REEX: 00008906620128260341 SP 0000890-66.2012.8.26.0341, Relator: Ferraz de Arruda, Data de Julgamento: 11/09/2013, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 13/09/2013)

Ora, se a norma assegura a todos os servidores públicos o direito à percepção de seus vencimentos integrais fixando, para tanto, um prazo de desincompatibilização menor (três meses anteriores ao pleito), é inarredável que também para a categoria dos membros do Ministério Público em que a norma exige a observância de prazo de desincompatibilização maior (6 meses), a *ratio legis* deve ser a mesma.

Por essa razão, em observância à moralidade administrativa e aos princípios da razoabilidade e isonomia, impõe-se garantir ao impetrante a percepção dos respectivos vencimentos durante todo o período de afastamento.

Ademais, consoante o art. 204, IV, § 2º, da Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), o afastamento do exercício das funções para concorrer a cargo eletivo dar-se-á sem prejuízo dos vencimentos, vantagens ou qualquer direito inerente ao cargo, vejamos:

> *" Art. 204. O membro do Ministério Público da União poderá afastar-se do exercício de suas funções para:*
>
> *(...)*
>
> *IV - exercer cargo eletivo nos casos previstos em lei ou a ele concorrer, observadas as seguintes condições:*

> *a) o afastamento será facultativo e sem remuneração, durante o período entre a escolha como candidato a cargo eletivo em convenção partidária e a véspera do registro da candidatura na Justiça Eleitoral;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º* ***Os casos de afastamento previstos neste artigo dar-se-ão sem prejuízo dos vencimentos, vantagens ou qualquer direito inerente ao cargo,*** *assegurada, no caso do inciso IV, a escolha da remuneração preferida, sendo o tempo de afastamento considerado de efetivo exercício para todos os fins e efeitos de direito."* - destaquei

Registro, por fim, que a remuneração do impetrante constitui verba de caráter alimentar, estando presente, portanto, o direito líquido e certo.

Ante o exposto, e contra o parecer, concedo a segurança para garantir ao impetrante o direito ao recebimento de sua remuneração durante todo o período de licença. Por consequência, ratifico a liminar anteriormente deferida.

A Srª. Drª. Marigô Regina Bittar Bezerra (Procuradora de Justiça)

Contrariando a ilustre Parecerista, retifico o parecer pela concessão da ordem.

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

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (3º vogal)

Peço vênia ao eminente relator para dissentir de seu entendimento e votar de maneira divergente.

Analisando a questão em julgamento, concluo que a segurança pleiteada deve ser denegada. Em substituição legal ao eminente relator, proferi decisão indeferindo a liminar, que depois foi reformada pelo relator.

Em verdade, o Dr. Harfouche é mesmo um servidor público, mas um servidor público especial, com deveres e direitos diferenciados.

A lei do servidor público só pode ser aplicada em tese, hipoteticamente, de uma forma acessória, não de forma que contrarie a lei específica do Ministério Público. Se é difícil que aguarde, sem receber seus vencimentos, entre o período de desincompatibilização até o registro da candidatura, esse é o risco de concorrer a um cargo público neste caso em específico. Aquele que tem uma posição elevada/diferenciada sofre essas restrições, exatamente.

A Lei Complementar Estadual nº 73/1994, que é a Lei Orgânica do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, trata apenas da concessão de licença para concorrer a cargo eletivo a partir do registro da candidatura do membro do Ministério Público, o que ocorrerá apenas em 14 de agosto de 2018. Então, não existe na Lei do Ministério Público possibilidade de ser concedida a licença com remuneração antes do registro da candidatura. A lei estadual não trata do período entre a desincompatibilização, de 6 meses antes do pleito, exigido pela Lei Complementar Federal nº 64/90, Lei das Inelegibilidades, e o registro da candidatura, período que começou a fluir em 6 de abril de 2018.

Outrossim, o artigo 157, § 1º, da Lei do Ministério Público, dispõe que o membro licenciado do Ministério Público somente poderá optar por sua remuneração após sua diplomação, hipótese da qual não trata a presente impetração.

Também aqui, a exemplo de outro mandado de segurança que julgamos, é de se indagar qual é o ato ilegal ou coator praticado pelo Procurador-Geral do Ministério Público, se ele está exatamente baseado na Lei Orgânica. Se porventura a lei fosse inconstitucional ou ofendesse a razoabilidade, então, a lei deveria ser atacada pelo meio próprio, jamais por mandado de segurança, *data venia* e com todo o respeito que devoto aos Eminentes Colegas que pensam de forma diferente.

O impetrado houve por bem aplicar analogicamente o disposto no artigo 204, IV, a, da Lei Complementar Federal 75/93, que estabelece que o afastamento será facultativo sem remuneração durante o período entre a escolha como candidato a cargo eletivo em convenção partidária e a véspera do registro da candidatura na Justiça Eleitoral, porque no dia do registro já passa a correr a remuneração.

O artigo 1º, II, l, da Lei Complementar 64/90, que trata da licença para atividade política de servidor público, e permitiria, hipoteticamente, a percepção de remuneração no período, não é aplicável *data venia* ao caso do impetrante, haja vista que há regramento próprio para os membros do Ministério Público, constante na alínea "f" do mesmo dispositivo legal (Lei Complementar nº 64/90). Tal norma, ao contrário daquela aplicada aos servidores públicos em geral, não menciona a possibilidade de percepção de remuneração no período entre a desincompatibilização e o registro da candidatura.

Por essas razões, voto pela denegação da segurança, com o parecer originalmente lançado e contra o parecer hoje retificado, nos exatos termos da decisão que proferi a f. 54-56.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal. Decisão com o parecer oral. Impedido o Des. Alexandre bastos.

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. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 16 de julho de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800190-98.2011.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – CÓDIGO FLORESTAL – APLICAÇÃO IMEDIATA DAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO – CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO – JULGAMENTO ENCERRADO NO STF – PRAZOS E CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS – SENTENÇA REFORMADA – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS INICIAIS – RECURSO PROVIDO.

A Lei nº 12.651/2012 revogou a Lei nº 4.771/1965, passando a regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, com vigência e aplicação imediatas.

Em virtude de recente julgamento das ADI´s de nºs 4901, 4902, 4903 e 4937, pelo Supremo Tribunal Federal, não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 61-A e 67, do Código Florestal.

Se parte recorrente comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhe permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal.

Considerando a existência de exigências e prazos mais benéficos no novo Código Florestal, estes devem incidir na situação em análise, razão pela qual não deve prosperar a pretensão formulada na presente demanda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de julho de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de Admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos (art. 1.012, NCPC)

Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Henrique Zanovello e outros em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para:

> *"(...) a) declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal), ante a violação ao artigo 1º, III; ao artigo 5º, caput, e ao artigo 225, caput, § 1º, I e III, e § 3º, todos da Constituição Federal; b) condenar a parte requerida na: b.1) obrigação de apresentar, no prazo de 90 (noventa dias), o respectivo projeto de recuperação ambiental, nos termos do artigo 12 da Lei 12.651/12, notadamente quanto à porcentagem de área de reserva legal, com respectiva adequação dos cadastros ambientais, pena de futura imposição de medidas coercitivas; b.2) obrigação de não proceder quaisquer intervenções na vegetação nativa remanescente sem prévia autorização, pena de ulterior imposição de imposição de medidas coercitivas; b.3) obrigação de não utilizar as áreas de preservação permanente e de reserva legal para plantio de espécies exóticas ou criação de animais, pena de ulterior imposição de medidas coercitivas".*

Sustentam que não apresentaram o projeto de recuperação ambiental em razão de que o CAR (Cadastro Ambiental Rural) é um ato declaratório sujeito à averiguação de dados e conferência de documentos por parte do órgão ambiental, inclusive com feitura de vistoria *in loco.*

Argumentam que as exigências das sentenças não são possíveis de serem cumpridas antes da vistoria *in loco* do Órgão Ambiental (IMASUL), para verificar se os dados informados no CAR estão corretos, e, se por ventura haverá a necessidade de se fazer o PRA ou PRADE.

Postulam pela integral improcedência da ação, vez que a ação civil pública foi distribuída sob a égide do antigo Código Florestal Lei 4.771/75, que foi revogado pela Lei nº 12.651/12 tornando consequentemente inválida à argumentação descrita na petição inicial.

Dizem, ainda, que não devem sofrer qualquer condenação ou medida coercitiva, pois, a ação civil pública foi proposta em desfavor de Humberto Zanovello, pessoa diversa dos apelantes.

Ante a comprovação da regularidade do passivo ambiental, pugnam pela inaplicabilidade de multa.

Rogam pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pelo desprovimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso, *"(...) para o fim de reformar a sentença do juízo singular tão somente par afastar o reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos do Novo Código Florestal, mantendo-se a sentença nos demais termos".*

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Henrique Zanovello e outros em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para:

> *"(...) a) declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal), ante a violação ao artigo 1º, III; ao artigo*

5º, caput, e ao artigo 225, caput, § 1º, I e III, e § 3º, todos da Constituição Federal; b) condenar a parte requerida na: b.1) obrigação de apresentar, no prazo de 90 (noventa dias), o respectivo projeto de recuperação ambiental, nos termos do artigo 12 da Lei 12.651/12, notadamente quanto à porcentagem de área de reserva legal, com respectiva adequação dos cadastros ambientais, pena de futura imposição de medidas coercitivas; b.2) obrigação de não proceder quaisquer intervenções na vegetação nativa remanescente sem prévia autorização, pena de ulterior imposição de imposição de medidas coercitivas; b.3) obrigação de não utilizar as áreas de preservação permanente e de reserva legal para plantio de espécies exóticas ou criação de animais, pena de ulterior imposição de medidas coercitivas".

Segundo consta da inicial, o Ministério Público Estadual ingressou com a presente demanda visando a regularização jurídico-ambiental da propriedade rural dos requeridos, qual seja, "Sítio Pai e Filho", localizada na quadra 16, lotes 02, 03, 04, 05A e 05B, Gleba Itapoã, município de Ivinhema, matriculada no CRI local sob o nº 3.183, nº 1.566 e 414, com área total aproximada de 77,482 hectares, notadamente, quanto ao isolamento, conservação e recuperação de área degradada das áreas de interesse ambiental (APP e RL).

Em contestação (f. 148-165), a parte requerida suscitou preliminar de inépcia da inicial, por impossibilidade de cumprimento da obrigação de apresentar projeto de recuperação de área. No mérito, pugnou pela improcedência da ação e, subsidiariamente, pela concessão de prazo para cumprimento das obrigações.

Na réplica (f. 172-184), o Ministério Público rechaçou os fundamentos da contestação e reiterou pela procedência da ação. Pedido de perícia formulado pela parte requerida (f. 191-194); manifestação da parte requerente pela declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivos do Novo Código Florestal (f. 197-234); e habilitação dos herdeiros do requerido Humberto Zanovello nos autos, em razão do seu óbito (f. 294).

Os requeridos habilitados ofertaram contestação (f. 317-329 e 363-373), requerendo a improcedência da ação ante à superveniência do Novo Código Florestal e, subsidiariamente, pela extinção em razão do cumprimento voluntário das obrigações.

Como relatado, sobreveio sentença de parcial procedência.

Inconformados, os requeridos apelam a esta Corte pugnando pela reforma da sentença.

Para tanto, sustentam que não apresentaram o projeto de recuperação ambiental em razão de que o CAR (Cadastro Ambiental Rural) é um ato declaratório sujeito à averiguação de dados e conferência de documentos por parte do órgão ambiental, inclusive com feitura de vistoria *in loco.*

Argumentam que as exigências das sentenças não são possíveis de serem cumpridas antes da vistoria in loco do Órgão Ambiental (IMASUL), para verificar se os dados informados no CAR estão corretos, e, se por ventura haverá a necessidade de se fazer o PRA ou PRADE.

Postulam pela integral improcedência da ação, vez que a ação civil pública foi distribuída sob a égide do antigo Código Florestal Lei 4.771/75, que foi revogado pela Lei nº 12.651/12 tornando consequentemente inválida à argumentação descrita na petição inicial.

Dizem, ainda, que não devem sofrer qualquer condenação ou medida coercitiva, pois, a ação civil pública foi proposta em desfavor de Humberto Zanovello, pessoa diversa dos apelantes.

Ante a comprovação da regularidade do passivo ambiental, pugnam pela inaplicabilidade de multa.

Rogam pelo provimento do recurso.

Contrarrazões pelo desprovimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso,

> *"(...) para o fim de reformar a sentença do juízo singular tão somente par afastar o reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos do Novo Código Florestal, mantendo-se a sentença nos demais termos".*

Passo ao exame do recurso.

Pois bem. Como sabido, A Lei nº 12.651/2012 revogou a Lei nº 4.771/1965, passando a regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, com vigência e aplicação imediatas.

Neste sentido:

> *"Por primeiro, conquanto tenha sido proferida na vigência da legislação da época em que a ação foi proposta, necessário salientar a necessidade da aplicação da lei nova concernente à matéria sob exame (Leis n° 12.651/12 e 12.727/12), a teor do art. 462 do Código de Processo Civil, já tendo decidido a respeito o Colendo STJ: "As normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação exposta na inicial"* (STJ-3ª T., REsp 18.443-0-SP EDcl-EDcl, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.6.93, DJU 9.8.93, p. 15.228). (TJSP - 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Processo nº 0002196-12.2011.8.26.0210 – Relator Paulo Celso Ayrosa M. De Andrade – Julgamento: 25/04/2013)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NOVO CÓDIGO FLORESTAL – LEI Nº 12 – 651/12 – APLICAÇÃO IMEDIATA – AVERBAÇÃO DE RESERVA LEGAL PERANTE O CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS – CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) – IMPLANTAÇÃO EFETIVADA NO ÂMBITO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – EXIGÊNCIA DA AVERBAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA ATÉ EFETIVA A INSCRIÇÃO NO CAR – RECURSO PROVIDO EM PARTE. A Lei nº 12.651/2012 revogou a Lei nº 4.771/1965, passando a regular inteiramente a matéria tratada pela Lei anterior, com vigência e aplicação imediatas. O Novo Código Florestal não suprimiu a averbação da reserva legal em Cartório de Registro de Imóveis; apenas, desobrigou a averbação caso o proprietário do imóvel tenha diligenciado no sentido de registrar a reserva legal no CAR. Cadastro Ambiental Rural. Conforme se extrai do Aviso nº 25/CGJ/2014, já se encontra implantado o CAR, no âmbito do Estado de Minas Gerais, não obstante, enquanto não efetiva a inscrição no CAR, seja prudente a manutenção da exigência de averbação da reserva legal em Cartório de Registro de Imóveis, a fim de que sejam respeitadas as normas constitucionais relativas à proteção do meio ambiente.* (TJMG; APCV 1.0702.12.027447-8/001; Rel. Des. Moacyr Lobato; Julg. 14/09/2017; DJEMG 26/09/2017)

> *"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AMBIENTAL – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO CÓDIGO AMBIENTAL – RECOMPOSIÇÃO E CERCEAMENTO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL – LAUDOS ANEXADOS AOS AUTOS QUE DEMONSTRAM QUE TAIS MEDIDAS JÁ VEM SENDO CUMPRIDAS – CÔMPUTO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL – ARTIGO 15, DA LEI Nº 12.651/2012 – PROTOCOLO DO CAR (CADASTRO AMBIENTAL RURAL) REALIZADO – APRESENTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – FISCALIZAÇÃO PELO IMASUL – RECURSO PROVIDO. Presume-se a constitucionalidade do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), se as demandas propostas*

> *no Supremo Tribunal Federal (AdI's nº 4901, 4902, 4903 e 4937) ainda se encontram pendente de julgamento. O novo Código Florestal tem aplicação imediata e por apresentar prazos e condições mais favoráveis estes devem incidir para beneficiar as partes. Não há dúvidas quanto à obrigação de reparar o dano ambiental, sendo certo que permanece o dever de proteger o meio ambiente, com a devida constituição de Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal, de acordo com a legislação vigente. Ocorre, entretanto, que no caso dos autos, pelos documentos apresentados, as medidas de conservação já vem sendo implementadas pela apelante, cabendo ao órgão competente fiscalizar o seu fiel cumprimento*. (TJMS; APL 0800800-04.2014.8.12.0031; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; DJMS 13/11/2017; Pág. 97)

Consigne-se, ainda, que em virtude de recente julgamento das ADI´s de nºs 4901, 4902, 4903 e 4937, pelo Supremo Tribunal Federal, não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 61-A e 67, do Código Florestal e, por consequência, em exigibilidade do Termo de Ajustamento de Conduta firmado pela parte requerida.

Isso porque, a Corte Suprema, nos arestos acima apontados, fixou os seguintes parâmetros quanto a constitucionalidade dos dispositivos do Código Florestal:

> *"Decisão: O Tribunal julgou parcialmente procedente a ação, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º, da Lei 12.651/2012 (Código Florestal); ii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 5º, do Código Florestal; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, do Código Florestal, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin e Rosa Weber; v) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, do Código Florestal, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; vi) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º, do Código Florestal; vii) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15 do Código Florestal; viii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 28 do Código Florestal;* ***ix) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, do Código Florestal, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (Relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes;*** *x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º, do Código Florestal; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º, do Código Florestal; xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º, do Código Florestal; xiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67 do Código Florestal; e xiv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68 do Código Florestal. Plenário, 28.2.2018".* (Destaque)

Sendo assim, as disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12, os quais preveem uma medida diversa de recomposição para imóveis rurais que desenvolviam atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural nas áreas consolidadas em APPs até 22.07.2008, por si só, não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais

aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defendê-lo.

Além disso, dos diversos dispositivos que tiveram a sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal, mas em sua maioria confirmada, conforme consignado acima, este Tribunal, antes mesmo já se manifestou no sentido de que:

> *"(...) O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. (...)"* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1406931-39.2014.8.12.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul Maracaju, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 09/09/2014, p: 12/09/2014).

Em igual sentido, confira-se a jurisprudência deste Sodalício:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – IRREGULARIDADES AMBIENTAIS – ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO TAC – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – VERIFICAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO ACORDO CONFORME ANÁLISE DAS PROVAS NOS AUTOS – ARTIGO 61-A DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO DECLARADA – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 01. O compromisso de ajustamento é um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei. 02. Ocorre que se houve verificação, por meio de ofícios expedidos pela Secretaria responsável, do cumprimento das medidas estabelecidas, não deve ser executado o Termo de Ajustamento de Conduta, devendo ser extinto o feito. 03. No caso, o PRAD – Programa de Recuperação da Área Degradada foi devidamente apresentado, tendo o agravante tomou medidas efetivas, tanto que em relatório posterior, foi reconhecida a recuperação da Área da Preservação Permanente. 04. Ademais, o Código Florestal (artigo 61-A) obriga a recomposição de área de apenas cinco metros contados da borda da calha do leito regular em propriedade com área de até 01 módulo fiscal, exatamente esta a extensão da propriedade em exame. Tal dispositivo é aplicável, vez que não teve sua inconstitucionalidade formalmente declarada. 05. Recurso conhecido e provido.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1408908-95.2016.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 31/01/2017, p: 03/02/2017)

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

Diante disso, à presente situação, incidem as disposições da Lei nº 12.651/2012.

No caso vertente, o novo Código Florestal, em seu artigo 67, dispensa o proprietário de até 4 módulos fiscais, de qualquer recuperação da área de reserva legal, ocupada até 22.07.2008, *verbis:*

> *"Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro)*

> *módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com área ocupada com vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo".*

O imóvel rural em tela, possui área total de 77,4825 hectares, consoante dados constantes do CARMS acostado às f. 396-399.

Conforme previsão no art. 61-A, § 4º, da Lei nº 12.651/2012,

> *"(...) para os imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d'água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais, conforme determinação do PRA, observado o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros, contados da borda da calha do leito regular."*

Como se vê, de acordo com a regulamentação atual, as propriedades com extensão inferior a quatro módulos fiscais há certa flexibilização da exigência.

Em consulta ao site eletrônico do INCRA, infere-se que o módulo fiscal no município de Ivinhema é de 30 hectares, de modo que o imóvel rural em tela não atinge a área total de quatro módulos fiscais.

Ademais, pelas declarações prestadas no Cadastro Ambiental Rural efetivado pela parte, existe área de preservação permanente e área remanescente de vegetação nativa.

Destaca-se o artigo 15, da Lei nº Federal nº 12.651/12, abaixo transcrito:

> *"Art. 15. Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que:*
>
> *I - o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo;*
>
> *II - a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e*
>
> *III - o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, nos termos desta Lei.*
>
> *§ 1º O regime de proteção da Área de Preservação Permanente não se altera na hipótese prevista neste artigo. (...)"*

Portanto, a parte recorrente comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhe permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal, situação visualizada no caso.

Nesse sentido, esta Câmara já decidiu:

> *"(...) Admite-se a realização do cômputo da reserva legal, considerando a área de preservação permanente, desde que a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, junto ao órgão estadual integrante do Sisnama.* (...)" (TJMS. Apelação nº Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 0006341-

35.2010.8.12.0017, Nova Andradina, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 05/03/2013, p: 15/03/2013)

Ainda, esta Corte:

EMENTA – DIREITO AMBIENTAL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NOVO CÓDIGO FLORESTAL – PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR QUANTO A ALGUNS PEDIDOS – MÉRITO – MANTIDA A CONDENAÇÃO DA APELANTE A SE ABSTER DE REALIZAR INTERVENÇÕES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, APENAS RESSALVADAS AS HIPÓTESES PERMISSIVAS LEGAIS – MANTIDAS A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO E AS CONDENAÇÕES AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO AMBIENTAL PRETÉRITO E AO LICENCIAMENTO PARA ELABORAÇÃO DE PROJETO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO PARQUET – ART. 21, § ÚNICO, CPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO O interesse de agir, como uma das condições da ação, encontra-se apoiado no binômio: necessidade utilidade do provimento jurisdicional, devendo, o autor, demonstrar que exercita o direito de ação em decorrência do conflito de interesses, reclamando a formação do processo como única forma de eliminá-lo. Tendo a parte demonstrado que, no que lhe competia, tomou as medidas cabíveis para regularizar a reserva legal junto ao IMASUL, demonstrando disposição em atender, plenamente, o que foi requerido por via judicial, revela-se ausente a litigiosidade, o que reclama extinção do processo sem resolução de mérito, nessa parte, ante a perda superveniente do interesse processual (art. 267, VI, CPC). Ainda que se mantenha a condenação da apelante a se abster de realizar intervenções na Área de Preservação Permanente da Fazenda Mutum-Piúva, devem ser ressalvadas as hipóteses permitidas na Lei nº 12.651/2012, visto que o Novo Código Florestal autoriza, em determinados casos artigos 8º e 9º a intervenção ou supressão de vegetação nativa em APP, devendo, no entanto, ser respeitadas as limitações legais. Mantém-se a sentença na parte em que condenou a apelante a requerer, junto ao IMASUL, o licenciamento para execução do PRADE Projeto de Recuperação de Área Degradada, e a executá-lo no prazo máximo de 02 (dois) anos, pois o art. 61-A, § 4º, da Lei nº 12.651/2012, estabelece ser obrigatória a recomposição da Área de Preservação Permanente, para imóveis rurais maiores que 4 (quatro) módulos fiscais, observado o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros, contados da borda da calha do leito regular. Os documentos presentes nos autos, por si só, são aptos a comprovar a existência de danos ambientais, principalmente a reiterada utilização de queimadas para manejo do pasto, devendo a apelante ser compelida a indenizá-los. Não procede a insurgência da apelante quanto à inversão do ônus probatório, posto que, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, esse procedimento decorre da aplicação do princípio da precaução. (TJMS. Apelação nº 0007183-08.2011.8.12.0008, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 11/06/2013, p: 27/06/2013).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defende-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção

> *de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal*. (TJMS. Apelação nº 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017).

Além disso, importante registrar que, ainda que os apelantes tivessem a obrigação de promover a recuperação da área, foi comprovada a inscrição junto ao Cadastro ambiental (f. 396-399).

Também deve ser considerado que houve alteração da legislação, prorrogando-se o prazo para que tal medida seja tomada e, consequentemente, para que haja implantação do Programa de Regularização Ambiental que dele depende[1].

E no caso, verifica-se que a mencionada inscrição ainda se encontra pendente de julgamento no órgão ambiental competente e, os apelantes, agora, dele dependem para dar prosseguimento nas medidas ambientais a serem efetivadas, caso sejam necessárias para a sua propriedade.

Destarte, considerando a existência de exigências e prazos mais benéficos, estes devem incidir na situação em análise, não havendo como prosperar o pedido formulado na presente ação.

Logo, a reforma da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, contra o parecer, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para julgar improcedente a pretensão inicial.

Sem condenação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, ante o que dispõe o artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram 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. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 24 de julho de 2018.

***

1 Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. (...) § 3º **A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida até 31 de dezembro de 2017, prorrogável por mais 1 (um) ano por ato do Chefe do Poder Executivo.** (Redação dada pela Lei nº 13.295, de 2016) - grifei

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800337-31.2015.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 37, § 6º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ASSÉDIO MORAL – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

Em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, independentemente de culpa, atenuando ou excluindo a sua obrigação ressarcitória somente quando houver caso fortuito, força maior, culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Para a configuração do assédio moral *mister* a presença dos seguintes elementos: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) finalidade de exclusão da vítima do ambiente de trabalho.

A mudança do horário de trabalho, por si só, não enseja direito à reparação por danos morais, tendo em vista que a jornada de trabalho do servidor público está sujeita ao interesse da Administração Pública, observados os critérios de conveniência e oportunidade no exercício de seu poder discricionário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de julho de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de Admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

Rodrigo Aparecido Arantes, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Brasilândia, nos autos da ação de indenização por danos morais que move em

face do Município de Brasilândia, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Nas razões recursais, afirma que a partir do momento em que ingressou com a ação judicial pleiteando verbas trabalhistas, passou a sofrer constantes ameaças de mudança do horário de trabalho e assédio moral, dano ensejo à reparação dos danos experimentados.

Expõe que o depoimento prestado pela testemunha comprova a atitude lesante do recorrido.

Destarte, requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (f. 86-89)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Rodrigo Aparecido Arantes, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Brasilândia, nos autos da ação de indenização por danos morais que move em face do Município de Brasilândia, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

O requerente ingressou com a presente demanda, relatando, em síntese, que no ano de 2014 havia ajuizado uma ação judicial em face do município pleiteando verbas trabalhistas e, por conta disso, passou a sofrer constantes ameaças de mudança do horário de trabalho e assédio moral. Por tais razões, ingressou com a presente demanda, objetivando a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 200 (duzentos) salários mínimos.

Em sede de contestação, o requerido pugnou pela improcedência do pedido formulado na exordial. (f. 25-29)

Instruído o feito, sobreveio sentença de improcedência. (f. 65-69)

Irresignado, o requerente recorre a esta Corte.

Nas razões recursais, afirma que a partir do momento em que ingressou com a ação judicial pleiteando verbas trabalhistas, passou a sofrer constantes ameaças de mudança do horário de trabalho e assédio moral, dano ensejo à reparação dos danos experimentados.

Expõe que o depoimento prestado pela testemunha comprova a atitude lesante do recorrido.

Destarte, requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (f. 86-89)

O cerne da questão ora apresentada cinge-se em verificar se ficou comprovado o alegado assédio moral praticado pela Administração Pública.

Pois bem. A responsabilidade civil da Administração Pública está disciplinada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

> *"Art. 37. A administração pública direita e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

Em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, independentemente de culpa, atenuando ou excluindo a sua obrigação ressarcitória somente quando houver caso fortuito, força maior, culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Sobre o assunto, vale colacionar a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> *"(...) a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seu agente, não deu causa a esse dano, se inexiste relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. (...) Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro"* (Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. Atlas, p. 287/292).

Referida responsabilidade objetiva fica afastada quando demonstrada a ausência do nexo causal ou quando se tratar de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro.

Por outro lado, o assédio moral constitui-se no comportamento abusivo de alguém com relação a outra, por importunações ou ameaças repetitivas e persistentes, com abalo psicológico ao indivíduo, em evidente intenção de humilhar/constranger a vítima.

Acerca do tema leciona Yussef Said Cahali:

> *"(...) convencionou-se chamar de assédio moral o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções - usualmente quando há relação hierárquica -, em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho, forçando-o a desistir do emprego"*. (Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 352)

Por sua vez, preleciona Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento

> *"Assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar*

ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções..” (Assédio Moral no ambiente do trabalho. São Paulo: Revista LTR, v. 68, nº 08, ago. 2004, p. 922/930)

Como se vê, existem alguns elementos caracterizadores do assédio moral, quais sejam: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração de conduta; d) finalidade de exclusão da vítima do ambiente de trabalho.

Na hipótese dos autos, ao contrário do alegado pelo requerente, não ficou demonstrada a conduta abusiva praticada pelo superior, ou que dito comportamento tenha afetado a dignidade psíquica do indivíduo.

A mudança do horário de trabalho, por si só, não enseja direito à reparação por danos morais, tendo em vista que a jornada de trabalho do servidor público está sujeita ao interesse da Administração Pública, observados os critérios de conveniência e oportunidade no exercício de seu poder discricionário.

Além do que, o requerente não comprovou as supostas ameaças de alteração do turno de trabalho por ter ajuizado uma ação de cobrança em face do requerido, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC.

E ainda, as testemunhas inquiridas afirmaram que não houve alteração no turno de trabalho dos servidores que exercem o cargo de vigia, inclusive, o requerente permanece laborando no período noturno.

Nesta senda, considerando que não ficou comprovado, de modo escorreito, os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil por assédio moral, torna-se inviável a responsabilização do município requerido no dever de indenizar.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ***ALEGAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO – PROVA INSUFICIENTE. A prova carreada aos autos não permite concluir que a autora sofreu o assédio moral de seus superiores e colegas, conforme alegado na inicial.*** *Antes pelo contrário, revela que antes mesmo da ocorrência das situações narradas na inicial, em especial, de passar a ser subordinada ao Sr. Édson, seu estado emocional já apresentava oscilações severas, indicando instabilidade preocupante.* ***Ausentes, pois, os pressupostos ensejadores da responsabilização civil, a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe.*** *Apelação desprovida.”* (Apelação Cível Nº 70076272228, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 21/03/2018) (Grifei).

“APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDOR PÚBLICO – MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DAS MISSÕES – REALOCAÇÃO DE SERVIDOR – INTERESSE PÚBLICO – POSSIBILIDADE – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – ASSÉDIO MORAL NÃO DEMONSTRADO. ***A remoção do servidor é ato discricionário da Administração, desde que respeitados os limites da legalidade. Na hipótese dos autos, a parte autora não se desincumbiu do ônus de comprovar o assédio moral. Ausente ilicitude no agir da administração, não há falar em indenização por danos morais.*** *Decisão hostilizada comporta manutenção. Apelo desprovido – Unânime.”* (Apelação Cível Nº 70051136943, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em 17/05/2017) (grifei)

“APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDOR PÚBLICO – MUNICÍPIO DE CAMBUÍ – REGIME JURÍDICO – MUDANÇA JORNADA DE TRABALHO – ALTERAÇÃO DA

> *CARGA HORÁRIA – GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS – HORAS EXTRAS – INAPLICABILIDADE. 1 - A fixação da jornada de trabalho do servidor público está sujeita ao interesse da Administração Pública; 2 - O servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, sendo-lhe assegurado, pelo ordenamento constitucional, a irredutibilidade de vencimentos; 3 - O adicional extraordinário se presta a remunerar o servidor por trabalho efetivamente exercido em período superior a jornada de trabalho."* (TJMG - AC: 10106150057219001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 29/09/2016, Câmaras Cíveis/4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/10/2016)

Logo, não há falar em reparo a sentença recorrida.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 24 de julho de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0066771-35.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INFORME PUBLICITÁRIO CONTENDO PROMOÇÃO PESSOAL – CONDUTA EXPRESSAMENTE VEDADA PELO ARTIGO 37, § 1º, DA CF – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ARTIGO 11, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.429/92 – DOLO GENÉRICO CARACTERIZADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Configura a conduta ímproba o ato do gestor ou servidor público que autoriza a publicação de informe publicitário, com o fim de promover sua pessoa e não as obras e projetos públicos realizados sob sua gestão, com a exposição de fotografias e exaltações pessoais, colocando-se em posição de destaque frente ao Poder Executivo Estadual, descurando-se da finalidade educativa, social e informativa e principalmente pública, da qual devem se revestir quaisquer informativos publicitários, patrocinados pelo erário público.

Quando há a possibilidade de reconhecimento ou identificação da origem pessoal do agente político, constata-se, sem dúvida, o rompimento do princípio da impessoalidade determinada no caput do art. 37, da Constituição Federal, malferindo diretamente o seu § 1º, que impõe proibição à promoção pessoal daquele que exerce o cargo público.

Para a configuração de eventual ato de improbidade que afronte os princípios da administração pública, não há necessidade de que o dolo seja específico, ou seja, que o agente tenha a intenção específica de ferir tais princípios, bastando a demonstração de dolo genérico nesse sentido, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça

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, em parte com o parecer.

Campo Grande, 3 de julho 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 pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande, nos autos da ação civil pública movida em face de Dagoberto Nogueira Filho e Oscar Ramos Gaspar, que julgou improcedente o pedido contido na inicial e extinguiu o feito com apreciação do mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC/1973.

O *Parquet* alega em síntese que:

O cunho eminentemente personalístico da publicidade feita pelo apelado Dagoberto Nogueira Filho vai de encontro ao princípio da impessoalidade, vez que, conquanto tenha o administrador público o dever de prestar contas à sociedade, não pode ele se autopromover, seja às custas do erário ou da imagem da própria instituição que representa;

Não há como aceitar a alegação do apelado Dagoberto de que desconhecia o material produzido pela Subsecretaria de Comunicação;

O então Subsecretário estadual teve seu nome mencionado 52 vezes, e das 49 fotos inclusas no folheto, ele apareceu em 40 delas, e ao se considerar o valor gasto na elaboração e publicação do informativo (R$ 97.671,54 – noventa e sete mil seiscentos e setenta e um reais e cinquenta e quatro centavos), não há como acatar a tese do apelado de que desconhecia o teor do encarte;

À época, o apelado era pré-candidato ao cargo de deputado federal, e mesmo que ele não tivesse a real intenção de se favorecer das publicações, ao menos na forma culposa deveria ser responsabilizado, já que enquanto ordenador de despesas, detinha conhecimento de tais materiais;

Com relação ao apelado Oscar Ramos Gaspar, apurou-se das oitivas existentes no inquérito civil que ele era o responsável pela aprovação da confecção e distribuição do material.

Pugnou *in fine* pelo provimento do recurso e condenação dos apelados pelo ato de improbidade administrativa, prequestionando o art. 37, § 1º, da Constituição Federal e art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento da apelação.

VOTO (EM 12/06/2018)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Civil Pública movida em face de Dagoberto Nogueira Filho e Oscar Ramos Gaspar, que julgou improcedente o pedido contido na inicial e extinguiu o feito com apreciação do mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC/1973.

Cuidam os autos de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa proposta em desfavor de Dagoberto Nogueira Filho e Oscar Ramos Gaspar, que no decorrer das investigações do Inquérito Civil nº 003/2009, constatou-se propaganda institucional ilegal, configurada pela promoção pessoal do então Secretário de Produção e Turismo, Dagoberto Nogueira, na publicação do informativo "Caderno da Produção Ano 1, nº 1, de Dezembro de 2005 - Edição Especial", alegando o Ministério Público Estadual que os réus utilizaram indevidamente de recursos públicos para a impressão do encarte.

Afirmou ainda que Oscar Ramos Gaspar, então Subsecretário de Comunicação, era o responsável pela aprovação da confecção e distribuição do material, razão pela qual também praticou ato de improbidade, tendo ambos violado o disposto no art. 11, inciso I, da Lei 8.429/92.

Em sua defesa, Dagoberto Nogueira sustentou que não foi comprovado o dolo ou má-fé em sua conduta.

Já Oscar Ramos Gaspar asseverou que não aprovou o projeto (conteúdo) do encarte, tendo apenas autorizado sua elaboração, considerando a existência de orçamento na Secretaria.

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido contido na exordial fundamentado na ausência de comprovação do dolo dos agentes, extinguindo o feito com apreciação do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC/1973.

Da decisão, insurge-se o *Parquet* alegando em síntese que: I) o cunho eminentemente personalístico da publicidade feita pelo apelado Dagoberto Nogueira Filho vai de encontro ao princípio da impessoalidade, vez que, conquanto tenha o administrador público o dever de prestar contas à sociedade, não pode ele se autopromover, seja às custas do erário ou da imagem da própria instituição que representa; II) não há como aceitar a alegação do apelado Dagoberto de que desconhecia o material produzido pela Subsecretaria de Comunicação; III) o então Secretário estadual teve seu nome mencionado 52 vezes, das 49 fotos inclusas no folheto, ele apareceu em 40 delas, e ao se considerar o valor gasto na elaboração e publicação do informativo, não há como acatar a tese do apelado de que desconhecia o teor do encarte; IV) à época, o apelado era pré-candidato ao cargo de deputado federal, e mesmo que este não tivesse a real intenção de se favorecer das publicações, ao menos na forma culposa deveria ser responsabilizado, já que enquanto ordenador de despesas, detinha conhecimento de tais materiais; V) com relação ao apelado Oscar Ramos Gaspar, apurou-se das oitivas existentes no inquérito civil que ele era o responsável pela aprovação da confecção e distribuição do material e; VI) prequestiona o art. 37, § 1º, da Constituição Federal e art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92.

Contrarrazões pelo desprovimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Feita esta digressão fática, passo ao voto propriamente dito, mas antes 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 serão aplicadas as disposições do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que tanto a sentença recorrida como o próprio recurso foram aviados sob a égide deste último *Códex*.

Pois bem.

O Ministério Público Estadual aduziu que os requeridos desrespeitaram a regra constante no art. 37, § 1º da Constituição Federal, utilizando de publicidade institucional com nítido cunho enaltecedor da figura do então Secretário de Estado da Produção e Turismo, considerando que o Caderno de Produção não tem caráter educativo, informativo ou de orientação social, como exige o dispositivo legal.

Confira-se a disposição da norma em comento:

> *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:*
>
> *§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.*

Como cediço, é dever de todo o agente público a observância dos princípios norteadores da Administração Pública, os quais se submetem às sanções respectivas no caso de desatenção, consoante expressamente estabelecido no § 4º do mesmo artigo, vejamos:

> *§ 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.*

Marcello Caetano[1], ao abordar o dever de probidade dos agentes públicos, assim elucida:

> *"O funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer."*

E na lição do eminente constitucionalista José Afonso da Silva[2]:

> *"A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, § 4º). Cuida-se de uma moralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem."*

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) dispõe sobre a responsabilidade do agente público pela prática de atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e lesão aos princípios da administração pública (art. 11).

No caso *sub judice*, cumpre saber se os fatos narrados importaram na conduta ímproba prevista nos artigos 11, I, da lei de regência, *in verbis:*

> *Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:*
>
> *I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;*

A respeito do dispositivo, confira-se o ensinamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves[3]:

> *"O dever de agir em prol do interesse público, sem o objetivo direto de beneficiar ou prejudicar terceiros, denota a imparcialidade do agente, qualidade que foi expressamente contemplada pelo art. 11, caput, da Lei nº 8.429/1992. A imparcialidade, assim, pode ser concebida como uma das feições do princípio da impessoalidade.*
>
> *No que concerne ao administrador, o princípio da impessoalidade exige que os atos administrativos por ele praticados sejam atribuídos ao ente administrativo, e não à pessoa do administrador, o qual é mero instrumento utilizado para o implemento das finalidades próprias do Estado."*

Assim, nota-se que é vedado o uso da publicidade dos órgãos públicos para promoção pessoal das autoridades ou servidores públicos, não podendo nela constar nomes, símbolos ou imagens que remetam

1 CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1970, t.2, p. 684.

2 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 19. ed. São Paulo, 2001, p. 653.

3 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 470.

a tais pessoas, devendo o agente agir com neutralidade quando do exercício da atividade administrativa e sempre no sentido de proteger o interesse público, imune a liames de caráter pessoal, subjetivo ou partidário.

Sobre o tema, vejamos o entendimento consignado pelo Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA – PUBLICIDADE DE ATOS GOVERNAMENTAIS – PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – ART. 37, PARÁGRAFO 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 1. O CAPUT E O PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPEDEM QUE HAJA QUALQUER TIPO DE IDENTIFICAÇÃO ENTRE A PUBLICIDADE E OS TITULARES DOS CARGOS ALCANÇANDO OS PARTIDOS POLÍTICOS A QUE PERTENÇAM –* ***O RIGOR DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE ASSEGURA O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE VINCULA A PUBLICIDADE AO CARÁTER EDUCATIVO, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL É INCOMPATÍVEL COM A MENÇÃO DE NOMES, SÍMBOLOS OU IMAGENS, AÍ INCLUÍDOS SLOGANS, QUE CARACTERIZEM PROMOÇÃO PESSOAL OU DE SERVIDORES PÚBLICOS*** *– A POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DO CONTEÚDO DA DIVULGAÇÃO COM O PARTIDO POLÍTICO A QUE PERTENÇA O TITULAR DO CARGO PÚBLICO MANCHA O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E DESNATURA O CARÁTER EDUCATIVO, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO QUE CONSTAM DO COMANDO POSTO PELO CONSTITUINTE DOS OITENTA – 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO."* (RE 191668 / RS - Rio Grande do Sul. Recurso Extraordinário. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Minº Menezes Direito. Julgamento: 15/04/2008). Destaquei.

Quando há a possibilidade de reconhecimento ou identificação da origem pessoal do agente político, constata-se, sem dúvida, o rompimento do princípio da impessoalidade determinada no *caput* do art. 37, da CF, malferindo diretamente o seu § 1º, que impõe proibição à promoção pessoal daquele que exerce o cargo público.

Em análise do encarte publicitário objeto da lide, verifico que restou caracterizada a promoção pessoal do requerido Dagoberto Nogueira Filho.

Isso porque consta a aparição de sua pessoa em 40 das 49 fotos inclusas no folheto, além do fato que seu nome é mencionado e enfatizado mais de 50 vezes em todo o informativo, na intenção de afirmar que seria ele o responsável pela efetivação dos atos administrativos em destaque.

A título exemplificativo, elenco as diversas referências à pessoa do requerido constantes no Caderno de Produção, iniciando-se pela f. 136 do inquérito civil (folha 5 do encarte):

> *"Na gestão do secretário Dagoberto à frente da SEPROTUR, a IAGRO alcançou significativos avanços, como a efetivação do Centro de Monitoramento do Tempo, Clima e Recursos Hídricos (CEMTEC/MS), como forma de ajudar aos produtores na previsão de chuvas e intempéries."*
>
> *"Durante a gestão de Dagoberto na SEPROTUR, a IAGRO tornou-se definitivamente uma das mais importantes parceiras dos produtores locais, com administracoes democráticas e competentes."*
>
> *"O Secretário Dagoberto também contribui decisivamente para o aperfeiçoamento dos trabalhos da Agência, dando início ao trabalho de informatização do órgão."*
>
> *"Na oportunidade, Dagoberto garantiu recursos na ordem de R$ 6 milhões para a modernização do sistema de informatização do IAGRO, que já deve ser modificado em 2006."*

> *"Durante este período, o secretário Dagoberto foi um importante interlocutor do Estado, atuando de forma decisiva e enérgica, tanto nas atividades dentro do Estado como na defesa de Mato Grosso do Sul e de sua classe produtora nos fóruns nacionais.*
>
> *Foi com a atuação de Dagoberto, por exemplo, que foram derrubadas as restrições aos nossos produtos animais e o trânsito de animais para os frigoríficos e fazendas dos estados vizinhos em um período muito mais rápido do que o esperado."*

Da mesma maneira à f. 137 do inquérito (f. 6 do folheto):

> *"O Secretário Dagoberto Nogueira teve fundamental importância nessa conquista, pois intercedeu junto ao governo do Estado e, com o Diretor-Geral da AEM/MS, trabalhou incessantemente para que esse sonho fosse concretizado."*

À f. 138 do inquérito civil também se percebe a menção (f. 7 do informativo):

> *"Com uma visão 'pluralista', , Dagoberto Nogueira – que comanda a secretaria desde novembro de 2004 – destaca entre os diversos programas desenvolvidos pela SEPROTUR, o elevado número de indústrias aprovadas esse ano pelo Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI) do qual é presidente."*

Na sequência, à f. 143 do inquérito civil (f. 12 do encarte):

> *Dagoberto inaugura plataforma meteorológica em coxim*
>
> *"O Secretário de Produção e do Turismo (SEPROTUR), Dagoberto Nogueira Filho, e o prefeito de Coxim, Moacir Kohl, entre outras autoridades, implantaram no Sindicato Rural do Município, a quinta Plataforma Automática de Coleta de Dados (PCDs)."*
>
> *"'É uma grande satisfação ver um trabalho de sala de aula sendo concretizado no campo. Quero formar a parceria do Governo do Estado e, principalmente, dar continuidade a esse trabalho com novos projetos para o próximo ano.' apontou o Secretário de Produção e Turismo (SEPROTUR), Dagoberto Nogueira Filho em seu discurso."*

E à f. 145 (f. 14 do folheto):

> *"O Governo do Estado, por intermédio do secretário da Produção e do Turismo (SEPROTUR), Dagoberto Nogueira Filho, credenciou no início do ano a indústria Faccin & Faccin, de Coxim."*

Por fim, à f. 146 do inquérito civil (f. 15 do informativo):

> *"O governo, por meio da Câmara Setorial da Fruticultura, na pessoa do secretário da Produção e do Turismo (SEPROTUR), Dagoberto Nogueira Filho, instituiu o Programa para o Desenvolvimento da Fruticultura em Mato Grosso do Sul."*

Ora, a *ratio* do preceito constitucional é clara: vedar a promoção pessoal do administrador às custas da publicidade das atividades desenvolvidas pela administração. Em razão disto, será ilícito qualquer artifício, subterfúgio ou engodo empregado para se burlar a vedação constitucional, ainda que a atividade meio, ao ser analisada de forma dissociada do fim almejado, seja aparentemente lícita.

E conforme ensinamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves[4]:

4 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 472

> *"Em casos tais, será patente a fraude, sendo exemplos os 'informes publicitários' com individualidade própria ou sob a forma de suplementos do Diário Oficial, editados sob a responsabilidade dos diferentes entes da Federação, onde a pretexto de se conferir transparência à atividade administrativa, são divulgadas fotos e entrevistas com o administrador, com o nítido propósito de promover sua imagem junto à população."*

O quadro fático examinado leva à conclusão de que o objetivo da peça veiculada foi o de promoção pessoal, com vista à eleição no pleito que se avizinhava, desviando-se do seu suposto fim de informar a população sobre a gestão da coisa pública, restando caracterizada a ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade insertos no art. 37 da Constituição da República, incidindo este em ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, e seu inciso I, da Lei nº 8.429/92.

Em outras palavras, restou demonstrado o excesso, a utilização abusiva e antiética da propaganda institucional como forma de promoção pessoal do administrador, e portanto, a clara ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade.

Sobre a violação dos princípios citados, leciona Silvio Antonio Marques em sua obra *"Improbidade Administrativa, ação civil e cooperação jurídica internacional"* (São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-112):

> *"B) Princípio da impessoalidade.*
>
> *O princípio da impessoalidade exige que o ato administrativo seja praticado sempre com o objetivo público e não em favor ou contra uma pessoa em particular. Trata-se de princípio que baliza a atividade administrativa como um todo e, em consequência, os atos dos administradores públicos, que têm o devedor de agir com justeza em relação aos particulares. (...)*
>
> *C) Princípio da moralidade administrativa.*
>
> *(...)*
>
> *O princípio da moralidade impõe a todos os agentes públicos que se conduzam sempre com ética, boa-fé e honestidade no desempenho de suas atribuições e competências. Trata-se de princípio intimamente ligado ao dever de probidade, que deve ser observado pelas autoridades e servidores públicos no trato com os interesses públicos (CF, art. 37, § 4º). A moralidade administrativa é um dos pressupostos de validade dos atos emanados dos órgãos e entidades estatais, cujos representantes não podem utilizar seus poderes-deveres para os fins que não sejam o de realizar o bem comum."*

Repiso, o informe publicitário se descurou da finalidade pública, pois promoveu o então Secretário, por meio da aposição de inúmeras fotos suas frente às obras e projetos públicos, colocando-o em posição de destaque frente ao Poder Executivo Estadual, ressaltando a importância de sua pessoa para a efetivação dos atos administrativos.

A propósito, colaciono trecho pertinente do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> *"A proibição de identificação do gestor, não por acaso, tem foro Constitucional (artigo 37, § 1º), sendo clara a preocupação do constituinte em coibir que os detentores de cargos políticos, dentre outros agentes públicos, tirem indevido proveito da privilegiada exposição a eles conferida pelas posições que ocupam, para fins de promoção pessoal. Não se prestam a autoridade do cargo ou a máquina pública a impulsionar programa ideológico, eleitoral, partidário ou promocional do gestor público."* (AC nº 70047897129, Rel. Almir Porto Da Rocha Filho, Segunda Câmara, j. 12.09.2012).

Ademais, não se mostra crível a alegação do requerido de que os funcionários tenham elaborado tal encarte, a um custo elevado, qual seja, de R$ 97.671,54 (noventa e sete mil seiscentos e setenta e um reais e cinquenta e quatro centavos) - fls. 89-91-, enaltecendo a figura do então secretário, sem que para tanto não tivessem obtido sua prévia ordem para assim proceder, ou que tenham agido sob seu total desconhecimento. Até porque tal situação não parece compatível com o perfil do responsável e eficiente homem à frente da SEPROTUR, preconizado pelo próprio conteúdo do encarte.

Aliás, o apelado Osmar Ramos Gaspar, ao se manifestar sobre o conhecimento do apelado Dagoberto Nogueira quanto aos informes, deduziu que o Secretário *"possuía conhecimento do conteúdo do Caderno da Produção em razão do vultoso valor do orçamento destacado para o referido informe publicitário, sendo impossível que o Secretário não tivesse conhecimento."* (f. 284-285).

Vale consignar também que para a configuração de eventual ato de improbidade que afronte os princípios da administração pública, não há necessidade de que o dolo seja específico, ou seja, que o agente tenha a intenção específica de ferir tais princípios, bastando a demonstração de dolo genérico nesse sentido.

Confira-se a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 11 DA LEI Nº8.429/92 – NECESSIDADE DE DOLO GENÉRICO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA – ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CARACTERIZADO.*
>
> *1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei nº 8.429/92, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.*
>
> *2. Hipótese em que a conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em especial o impessoalidade e da moralidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que veda a publicidade governamental para fins de promoção pessoal. Dolo genérico configurado.Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1.368.125/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/5/2013, DJe 28/5/2013.)
>
> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PERCENTUAL MÍNIMO DESTINADO À MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO. ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO GENÉRICO. 1. Conforme consta do acórdão proferido na instância ordinária, o agravante deu causa à violação da obrigação que lhe impunha o art. 212 da CF, ao deixar de comprometer 25% da receita resultantes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, porque "custeou despesas com o transporte de pessoas não vinculadas ao ensino e adquiriu bens que não foram destinados ao desenvolvimento de atividades vinculadas ao ensino" (e-STJ, f. 302). 2. Não há como infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, pois tal pretensão esbarra no óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, que impede a esta Corte a reanálise dos pressupostos fáticos marcados no acórdão a quo. 3. Ademais, a jurisprudência do STJ dispensa o dolo específico para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (Art. 11 da Lei nº 8.429/1992), considerando bastante o dolo genérico* (EREsp. 654.721/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 1.9.2010). (AgRg no Ag 1331116/PR, Rel. Minº Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 16/03/2011). *Agravo regimental improvido.* (STJ. AgRg no AREsp nº 163.308/SP. Órgão Julgador: 2ª Turma. Relator: Minº Humberto Martins. Julgamento: 21.08.2012).

Assim, deve o requerido reparar os danos patrimoniais e morais causados à Administração Pública, com fulcro no art. 21, da Lei nº 8.429/92[5], merecendo reforma a sentença neste ponto.

Noutro vértice, com relação ao apelado Oscar Ramos Gaspar, tenho que o pleito deve ser julgado improcedente.

Isso porque o requerido Oscar apenas exerceu seu mister, cumprindo com as atividades compatíveis com o cargo que ocupava (Subsecretário de Comunicação), de modo que não pode sua atuação, ante a especificidade da função, caracterizar-se como ato ímprobo.

Ademais, a sua condenação apenas seria possível se demonstrada a sua ciência quanto à irregularidade da propaganda institucional determinada pelo seu superior hierárquico, a partir da intimidade com a forma e conteúdo do material publicitário.

Todavia, não se verificou dos autos prova contundente acerca da ciência do requerido Oscar quanto ao conteúdo e a aprovação do projeto do encarte publicitário, tendo apenas autorizado sua elaboração em razão da existência de orçamento na Secretaria.

Logo, tenho por não configurada a improbidade administrativa quanto ao requerido Oscar Ramos Gaspar.

Por fim, quanto ao prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, seja especificamente, seja pelo exame dos respectivos conteúdos, não se fazendo necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, as questões devolvidas a esta Corte foram analisadas de forma suficiente, sendo apontada solução fundamentada para a controvérsia, prescindindo de exame expresso de cada artigo de lei ou tese ventilada pelas partes, porque o resultado do julgamento evidencia o que foi levado em conta sem que seja necessário dispensar maior esforço para tanto.

Ex positis, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual para condenar o requerido Dagoberto Nogueira Filho, nos termos do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, ao: ressarcimento integral do dano, consistente na restituição dos valores gastos com a publicidade do encarte "Caderno de Produção", na quantia de R$ 97.671,54 (noventa e sete mil seiscentos e setenta e um reais e cinquenta e quatro centavos); pagamento de multa civil de 10 (dez) vezes o valor da maior remuneração percebida à época, a ser paga parcelada e mensalmente, descontada em folha de pagamento, no limite de 30% (trinta por cento) do valor da remuneração mensal e; pagamento das custas processuais.

Os valores a serem restituídos/pagos deverão ser corrigidos monetariamente pelo IGPM a contar do acórdão, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Saliento que as penas aplicadas se mostram adequadas ao dolo genérico do apelado, à situação fática ocorrida, ao prejuízo causado ao erário e à capacidade econômica e social do agente.

Por fim, tem-se que os valores deverão ser revertidos aos cofres públicos do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do art. 18, da LIA, considerando a extinção da Secretaria de Estado da Produção e Turismo.

5 Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II – da aprovação ou rejeição das conta pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marco André), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 03/07/2018)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson (1º vogal)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande, nos autos da ação civil pública movida em face de Dagoberto Nogueira Filho e Oscar Ramos Gaspar, que julgou improcedente o pedido contido na inicial e extinguiu o feito com apreciação do mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC/1973.

Alega-se na exordial que os requeridos – Dagoberto Nogueira Filho e Oscar Ramos Gaspar – praticaram ato de improbidade em razão de terem se utilizado de recursos públicos para impressão de informativo objetivando a promoção pessoal do então Secretário de Estado e Turismo, Dagoberto Nogueira Filho. A sentença de primeira instância, como dito, foi de improcedência.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando pela responsabilização dos requeridos por ato de improbidade.

O e. relator deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para condenar o requerido Dagoberto Nogueira Filho, nos termos do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, ao: ressarcimento integral do dano, consistente na restituição dos valores gastos com a publicidade do encarte "Caderno de Produção", na quantia de R$ 97.671,54; pagamento de multa civil de 10 vezes o valor da maior remuneração percebida à época, a ser parcelada mensalmente, descontada em folha de pagamento, no limite de 30% do valor da remuneração mensal e, pagamento das custas processuais.

Pedi vista para melhor analisar a questão, contudo, após detida análise, tenho por acompanhar o relator.

Isso porque, na hipótese, resta caracterizado o intuito de promoção pessoal do requerido Dagoberto Nogueira Filho, Secretário de Estado e Turismo à época, que teve o nome mencionado, no informativo (propaganda institucional da SEPROTUR), mais de 50 vezes e, das 49 fotografias inclusas, apareceu em 40.

A propósito, cabe destacar recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROMOÇÃO PESSOAL – PROPAGANDA SUPOSTAMENTE INSTITUCIONAL – VINCULAÇÃO À IMAGEM DO PREFEITO – LESÃO AO ERÁRIO CARACTERIZADA – SÚMULA 7/STJ – DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO – SÚMULA 83/STJ. 1. Na hipótese vertente, o Tribunal de origem afirmou expressamente que, não obstante a veiculação de propaganda institucional, na qual se buscava aparentemente informar e orientar a população municipal, o que se verifica é que houve exagerada menção à figura do Prefeito, com a clara intenção de vincular a sua pessoa a obras e serviços prestados no Município. Assim, considerando erário municipal foi utilizado com a finalidade de patrocinar a confecção de publicidade cujo escopo era, em verdade, realizar indevida promoção pessoal do réu, não há como se afastar a existência de lesão aos cofres públicos. 2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. No tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente para a*

> *prática de ato de improbidade, este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 4. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ). 5Agravo interno improvido.* (AgInt no AREsp 1209815/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018)

Diante do exposto, acompanho o relator para dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de condenar o requerido Dagoberto Nogueira Filho, nos termos do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92 as penas acima detalhadas.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (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, em parte com o parecer.

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. Nélio Stábile.

Campo Grande, 3 de julho de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0804010-51.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT PELO RITO SUMÁRIO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DA COBERTURA POR ATRASO NO PAGAMENTO DO PRÊMIO DO SEGURO OBRIGATÓRIO – SÚMULA 257 DO STJ – INDENIZAÇÃO DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DA SEGURADORA CONHECIDO E DESPROVIDO.

A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização, de acordo com o entendimento pacificado pelo STJ mediante a Súmula 257.

Recurso conhecido desprovido.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT PELO RITO SUMÁRIO – ENQUADRAMENTO DA LESÃO CONFORME LAUDO MÉDICO E TABELA ANEXA À LEI Nº 6.194/74 – COMPLEMENTAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – INCABÍVEL – MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – INDEVIDA – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E DESPROVIDO.

Embora o magistrado não esteja adstrito ao laudo pericial, nos termos do art. 479, do CPC, não existem nos autos outros elementos de prova que demonstrem a inconsistência da prova técnica.

De acordo com a Lei nº 6.194/74, será concedida a indenização quando dos danos pessoais houver morte, invalidez permanente, total ou parcial, ou despesas de assistência médica e suplementares. Pela análise do conjunto probatório não há dúvidas que a apelante não possui o quadro de invalidez permanente como sustenta, por essa razão não faz jus à complementação da indenização pleiteada.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de agosto 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 Aleles Regina Dias de Souza e Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT pelo rito ordinário que julgou procedente procedente o pedido contido na inicial para fim de condenar a Requerida ao pagamento de indenização do seguro DPVAT, no valor de R$ 4.725,00, que deverão ser corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir do evento danoso, acrescidos de juros de mora, de 1% ao mês, contados a partir da citação, bem como ao pagamento de custa e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Aduz a seguradora que:

A Resolução CNSP 332/2015 expressamente determinou, em seu art. 17, § 2º, que a indenização não é devida ao proprietário inadimplente;

Estando o pagamento do DPVAT em atraso, o veículo não é considerado licenciado, o proprietário deixa de ter direito à cobertura em caso de acidente e, o proprietário é obrigado a ressarcir as indenizações eventualmente pagas às vítimas do acidente;

O pagamento do prêmio do veículo do autor ocorreu após a ocorrência do sinistro, ou seja, é o caso de proprietário inadimplente.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a sentença a fim de julgar improcedente a demanda tendo em vista a inadimplência do pagamento do seguro obrigatório à época do sinistro e rever os ônus da sucumbência (f. 186-192).

Sustenta Aleles Regina Dias de Souza que:

Equivocou-se o magistrado a quo ao atender e aplicar apenas repercussão média nas sequelas constatadas no tornozelo;

Pugna-se para que seja aplicada a perda funcional de repercussão intensa (75%) do membro inferior esquerdo, pois, restou comprovado que as lesões repercutiram diretamente na vida laborativa da autora que exerce a função de auxiliar de serviços gerais, visto que, o expert afirmou que a periciada apresenta limitação moderada dos movimentos e força do membro inferior esquerdo;

Tal medida não afronta a Súmula 474 do STJ, uma vez que não faz menção expressa quanto a obrigatoriedade em se aplicar a tabela expedida pela SUSEP de forma literal, mas sim que, havendo uma invalidez parcial, a indenização deve ser paga de forma proporcional ao grau da invalidez;

Pugna-se para que os honorários de sucumbência sejam majorados para o valor de R$ 1.500,00, à luz do art. 85, § 8º do Novo Código de Processo Civil, devendo a seguradora arcar integralmente, levando-se em consideração que a presente demanda é de pequeno valor.

Requer o provimento do recurso reformando a sentenã para o fim de condenar a apelada ao pagamento do valor de R$ 7.087,50, corrigidos com juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária desde a data do *eventus damni*, bem como majorar os honorários advocatícios de sucumbência para R$ 1.500,00 (f. 195-220).

A autora apresentou contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 223-227).

A Seguradora Líder do Consórcio do Seguro DPVAT S.A. deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões, conforme certidão de f. 228.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por Aleles Regina Dias de Souza e Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação de cobrança de seguro obrigatório DPVAT pelo rito ordinário que julgou procedente procedente o pedido contido na inicial para fim de condenar a Requerida ao pagamento de indenização do seguro DPVAT, no valor de R$ 4.725,00, que deverão ser corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir do evento danoso, acrescidos de juros de mora, de 1% ao mês, contados a partir da citação, bem como ao pagamento de custa e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Aduz a seguradora que:

A Resolução CNSP 332/2015 expressamente determinou, em seu art. 17, § 2º, que a indenização não é devida ao proprietário inadimplente;

Estando o pagamento do DPVAT em atraso, o veículo não é considerado licenciado, o proprietário deixa de ter direito à cobertura em caso de acidente e, o proprietário é obrigado a ressarcir as indenizações eventualmente pagas às vítimas do acidente;

O pagamento do prêmio do veículo do autor ocorreu após a ocorrência do sinistro, ou seja, é o caso de proprietário inadimplente.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a sentença a fim de julgar improcedente a demanda tendo em vista a inadimplência do pagamento do seguro obrigatório à época do sinistro e rever os ônus da sucumbência (f. 186-192).

Sustenta Aleles Regina Dias de Souza que:

Equivocou-se o magistrado *a quo* ao atender e aplicar apenas repercussão média nas sequelas constatadas no tornozelo;

Pugna-se para que seja aplicada a perda funcional de repercussão intensa (75%) do membro inferior esquerdo, pois, restou comprovado que as lesões repercutiram diretamente na vida laboral da autora que exerce a função de auxiliar de serviços gerais, visto que o expert afirmou que a periciada apresenta limitação moderada dos movimentos e força do membro inferior esquerdo;

Tal medida não afronta a Súmula 474 do STJ, uma vez que não faz menção expressa quanto a obrigatoriedade em se aplicar a tabela expedida pela SUSEP de forma literal, mas sim que, havendo uma invalidez parcial, a indenização deve ser paga de forma proporcional ao grau da invalidez;

Pugna para que os honorários de sucumbência sejam majorados para o valor de R$ 1.500,00, à luz do art. 85, § 8º do novo Código de Processo Civil, devendo a seguradora arcar integralmente, levando-se em consideração que a presente demanda é de pequeno valor.

Requer o provimento do recurso reformando a sentença para o fim de condenar a apelada ao pagamento do valor de R$ 7.087,50, corrigidos com juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária desde a data do evento, bem como majorar os honorários advocatícios de sucumbência para R$ 1.500,00 (f. 195-220).

A autora apresentou contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 223-227).

A Seguradora Líder do Consórcio do Seguro DPVAT S.A. deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões, conforme certidão de f. 228.

É o relatório.

Decido:

Da admissibilidade.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo as apelações em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Recurso da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A.

Da inadimplência do pagamento do seguro.

Conforme relatado, a apelante afirma que a pretensão inicial não merece guarida, porque o apelada estava inadimplente com o pagamento do prêmio à época do sinistro.

Com efeito, nos termos do art. 5º da Lei nº 6.194/74, que dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não:

> *O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado*.

Nesse passo, a Lei nº 6.194/74 não erige o pagamento do prêmio do seguro DPVAT, por parte do proprietário do veículo automotor, como requisito para o pagamento da indenização, mas apenas exige a prova do acidente de trânsito e do prejuízo decorrente dele.

Por conseguinte, não é lícito à seguradora criar empecilhos diversos dos discriminados no dispositivo suso, para o pagamento do valor indenizatório à apelada.

Não há qualquer óbice ao pagamento de indenização ao beneficiário que seja, ao mesmo tempo, vítima e proprietário do veículo sobre o qual pende o pagamento do seguro. Mesmo porque, até quem não é proprietário de veículo automotor pode vir a ser beneficiário do valor indenizatório, se preenchidos os requisitos da lei.

Aliás, o Tribunal Cidadão já pacificou entendimento de que "*a falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização*" (Súmula nº 257).

No mesmo sentido é o entendimento deste Sodalício:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO – AUSÊNCIA DE COBERTURA TÉCNICA PELA SEGURADORA EM RAZÃO DO NÃO PAGAMENTO DO PRÊMIO – IMPOSSIBILIDADE – VÍTIMA PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO – IRRELEVÂNCIA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. Nos termos da Súmula 257 do STJ, "A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização". É desnecessária a manifestação*

> *expressa no julgado sobre dispositivos legais trazidos pelas partes."* (TJMS. Apelação nº 0831432-35.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 05/09/2017, p: 11/09/2017)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT – INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO – IRRELEVÂNCIA – SÚMULA 257 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO I - Para fazer jus à indenização do seguro DPVAT, a lei não exige qualquer outro requisito que não a prova do acidente e o dano dele decorrente, sendo, portanto, prescindível que o segurado esteja em dia com o pagamento do prêmio. Nesse sentido o STJ editou a a Súmula 257, que preconiza: "a falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização". II - Recurso conhecido e não provido."* (TJMS. Apelação nº 0805733-39.2016.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 09/08/2017, p: 10/08/2017)

Nesta esteira de entendimento o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o deferimento do pagamento da indenização não depende da apresentação do DUT (documento único de transferência), que é o documento que comprova a quitação do prêmio do seguro DPVAT. Quanto ao tema colhe-se o seguinte precedente:

> *CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) – COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO DUT – DESNECESSIDADE – VALOR QUANTIFICADO EM SALÁRIOS MÍNIMOS – LEI Nº 6.194/1974 – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO A QUO – EVENTO DANOSO – JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO – INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL – DANO MORAL – INEXISTÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. I A comprovação do pagamento do prêmio do seguro obrigatório não é requisito para o pagamento da indenização. Precedentes II A indenização decorrente do seguro obrigatório (DPVAT) deve ser apurada com base no valor do salário mínimo vigente na data do evento danoso, monetariamente atualizado até o efetivo pagamento. III No caso de ilícito contratual, situação do DPVAT, os juros de mora são devidos a contar da citação. IV Os dissabores e aborrecimentos decorrentes da inadimplência contratual não são suficientes a ensejar a indenização por danos morais. V Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.* (STJ. REsp nº 746.087/RJ. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Minº Aldir Passarinho Júnior. Julgamento: 18.05.2010)

Anoto, ainda, que nos termos do art. 7º da Lei nº 6.194/74, o seguro em exame garante os riscos previstos na legislação, independente de pagamento de prêmio, devendo ser suportado por quaisquer das seguradoras que façam parte do consórcio constituído para este fim, ou seja, basta que se verifique o evento danoso garantido para que seja paga a respectiva indenização ao beneficiário.

À luz de tais considerações, resta evidente que a parte autora faz jus ao recebimento da indenização do seguro DPVAT, uma vez que o acidente ocorreu em território nacional e estão presentes a prova do acidente e do dano dele decorrente, devendo ser mantida a sentença.

Assim sendo, não merece guarida a pretensão da demandada em tentar afastar o direito da autora em receber a indenização do seguro que lhe é devida.

Recurso de Aleles Regina Dias de Souza

Do *quantum* indenizatório.

A apelante alega que a indenização deveria ser fixada em R$ 7.087,50, pois as lesões apresentadas devem ser enquadradas como limitação de repercussão intensa (75%).

Argumenta que, a despeito de constar do laudo pericial a repercussão média da lesão (50%) no membro inferior esquerdo, o juiz não é obrigado a acolher referido parâmetro, mormente no caso de diminuição da capacidade laborativa da vítima, hipótese em que o *quantum* indenizatório deve ser majorado, tendo em vista a extensão do dano causado na vida desta.

Sem razão, contudo.

O ponto nodal cinge-se em saber se houve perfeita subsunção do fato à norma, feita pelo julgador singular.

Anoto mais que o perito nomeado pelo juízo confeccionou laudo de forma clara, precisa e satisfatória, indicando expressamente as lesões sofridas pela autora (f. 140-141), não sendo despiciendo lembrar que por demandar conhecimento especial técnico, em caso como o dos autos, faz-se necessário a designação de perícia para apurar o tipo de lesão e sua extensão.

Como a apelante busca enquadrar sua lesão em repercussão diversa daquela apurado pelo perito – repercussão intensa (75%), em vez de repercussão média da lesão (50%) -, cumpria-lhe demonstrar que a perda funcional repercutiu de maneira intensa. Ao contrário do que sustenta, não há como se presumir tal consequência.

Ora, ela teve a oportunidade de manifestar-se a respeito da perícia realizada (f. 142-143), momento em que poderia apresentar provas capazes de refutar o ato pericial e/ou solicitar complementação do respectivo laudo; entretanto, limitou-se a apresentar meras alegações de inconformidade, que não são aptas a desconstituir as conclusões ali constantes. (f. 144-149).

Considerando que o parecer técnico emitido pelo perito judicial, repito, não foi desconstituído por melhor prova, nem a apelante protestou por produção de outras, restou provado nos autos que a recorrente é portadora de sequelas em seu membro inferior esquerdo, que lhe acarretam em invalidez parcial e permanente de grau médio.

Por conseguinte, não há que se falar sobre enquadramento diverso do apresentado no laudo pericial de f. 140-141.

Não bastasse tanto, ainda que o juiz não esteja adstrito ao laudo pericial, os demais elementos probatórios conduzem à mesma conclusão do *expert* nomeado.

Com efeito, da clareza do art. 3º da Lei nº 6.194/74 e do conjunto probatório elencado nos autos é indiscutível que a apelante não faz jus a complementação da indenização pleiteada, porquanto não restou devidamente demonstrado que atualmente apresenta lesão parcial e permanente, em grau intenso, no membro inferior direito, capaz de lhe assegurar o direito ao recebimento de R$ 7.087,50, referente à indenização do seguro DPVAT.

Enfim, tenho que o insigne julgador singular fixou indenização observando a aplicação escorreita da tabela prevista na lei de regência em consonância com as lesões e sequelas sofridas pela autora.

Por essa razão, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Dos honorários sucumbenciais.

Conforme art. 85, *caput*, do Diploma Processual Civil "*A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor*".

É cediço que para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais devem ser respeitados os critérios de valoração definidos no parágrafo 2º do art. 85 do NCPC, a saber: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Ademais, o julgador ao definir o *quantum* deverá também pautar-se pelos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade, de modo a valorar dignamente o trabalho desempenhado pelo causídico, sem que seja irrisório ou excessivo demais.

In casu, ação foi ajuizada por Aleles Regina Dias de Souza contra a Seguradora Líder do Consórcio do Seguro DPVAT em que se objetivou o pagamento da indenização do seguro obrigatório.

A demanda foi julgada procedente, a Seguradora Líder do Consórcio DPVAT S.A. foi condenada a pagar à autora o valor de R$ 4.725,00 e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Estabelecidas as considerações necessárias, entendo que a fixação da verba honorária em R$ 1.000,00 não se mostra desarrazoada, sendo capaz de remunerar condignamente o profissional que atuou nos autos, inclusive se levar em conta ao que esta Corte tem fixado em casos semelhantes, como o da Apelação Cível nº 0808540-35.2016.8.12.0001.

Posto isso, mantenho o valor dos honorários sumbenciais fixados na sentença por serem razoáveis e proporcionais.

Ex positis, conheço dos recursos de apelações interpostos e nego-lhes provimento.

Por fim, em razão da sucumbência recíproca deixo de arbitrar honorários sucumbenciais recursais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 28 de agosto de 2018.

***

Órgão Especial
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1411914-13.2016.8.12.0000/50001
Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 49, §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 SUSCITADO PELOS MEMBROS DA 4º CÂMARA CÍVEL DESSA CORTE – DECISÃO DO MAGISTRADO DA VARA DE FALÊNCIAS, RECUPERAÇÕES, INSOLVÊNCIAS E CARTAS PRECATÓRIAS CÍVEIS DA CAPITAL QUE SUBMETEU AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL OS CRÉDITOS BANCÁRIOS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES RELACIONADAS AOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO E CESSÃO FIDUCIÁRIA NO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO – PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA PREVISTO NO ARTIGO 47 DEVE SER INTERPRETADO COM CAUTELA A FIM DE NÃO COLIDIR COM OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA NORMA EM HARMONIA COM TODO SISTEMA FINANCEIRO E ECONÔMICO – PRECEDENTES DO STJ PARA NÃO BANALIZAR A LEI DE FORMA QUE TODOS OS CRÉDITOS SEJAM SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PREVISÃO EXPRESSA DA EXCEÇÃO QUE DEVE SER OBSERVADA A LEGISLAÇÃO RESPECTIVA – DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI Nº 11.101/2005 NO CASO CONCRETO – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* IMPROCEDENTE.

Na Lei de Falências e de Recuperação de Empresas há vários dispositivos amparados para atendimento ao princípio da preservação da empresa. Exemplos: Artigos 6º, *caput*; 50; 58, §§ 1º e 2º; 59; 60, § único; 64, *caput*, 67; 95. No entanto, é preciso destacar a impossibilidade de manter uma empresa em crise financeira a qualquer custo, pois a criação de ofertas de créditos mais privilegiados com a redução dos encargos financeiros com garantias é também propiciar a segurança e a confiabilidade do mercado econômico como um todo, a fim de que as operações de crédito tenham redução dos riscos. Daí que deve prevalecer a conclusão lógica de que se houver menor risco há menor taxa de juros.

Há de se ater a segurança jurídica e a previsibilidade dos efeitos que tragam clareza ao mercado financeiro de forma que não prevaleçam maiores consequências socioeconômicas na interpretação da norma.

O posicionamento doutrinário adotado por Fabio Ulhoa Coelho dá uma interpretação sistemática dos créditos privilegiados: *"(...) A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Mas convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de falência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menor risco e, por isso, pode cobrar menos juros pelo crédito aberto. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito. (...)"*.

Os contratos de créditos com direitos reais em garantias como a alienação fiduciária e a cessão fiduciária de direitos creditórios possuem juros mais atrativos, por isso são comum que as empresas procurem estes tipos de créditos quando necessitam para dar continuidade ao seu desenvolvimento econômico.

O dispositivo trazido no § 3º do art. 49 da Lei nº 11101/2005 traduz que o credor é proprietário do bem segundo a lei, eis que há uma transferência da propriedade resolúvel daquele bem (móvel ou imóvel), e se a obrigação não for cumprida pelo devedor tal propriedade se opera, vindo a expor que os créditos dessa natureza (alienação fiduciária) não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.412.529/SP: *...) "1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005."*

Reconhecimento para declarar a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º da Lei nº 11.101/2005 para manter os dispositivos expressos prevalecendo a intenção do legislador quando excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis e de arrendar mercantil, bem como os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio em razão que assim entendeu com a finalidade de assegurar o desenvolvimento econômico para fomentar a oferta de créditos pelas instituições financeiras com taxas de juros reduzidas menores que os praticados no mercado financeiro atendendo o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no interesse da justiça social, inexistindo conflito e ofensa com os princípios emanados no art. 170 da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, com o parecer, julgar improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, suscitado pelos Desembargadores membros da 4º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no recurso de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento (autos nº 1411914-13.2016.8.12.0000/50000) oposto pelo Banco Safra contra o acórdão proferido no recurso de agravo de instrumento (Autos nº 1411914-13.2016.8.12.0000) que manteve intacta a decisão exarada pelo Juízo da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis de Campo Grande, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º, do artigo 49, da Lei nº 11.101/2005, submetendo aos efeitos da Recuperação Judicial os créditos bancários referentes às operações relacionadas aos contratos de alienação e cessão fiduciária no Pedido de Recuperação Judicial nº 0832323-56.2016.8.12.0001 ajuizado pelas empresas DMM Lopes e Filhos Ltda, JCL Logística Ltda -EPP, José Carlos Lopes Call Center – EPP.

A teor do relatado nos embargos de declaração, o Relator, Des. Amaury da Silva Kuklinski, tornou sem efeito o acórdão originário decidido no Agravo de Instrumento para o fim de suscitar o incidente de inconstitucionalidade dos artigos mencionados, impondo o sobrestamento do recurso de agravo de instrumento para que, em atenção à reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e do Enunciado nº 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, seja a questão apreciada por esse Órgão Especial antes da análise do mérito do recurso, havendo a concordância do 1º Vogal, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (f. 01-37).

O incidente foi distribuído originalmente ao Des. Paschoal Carmello Leandro que determinou primeiramente a intimação do Advogado-Geral da União e da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 40)

O Advogado-Geral da União quedou-se inerte conforme se constata da certidão de f. 46 e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo julgamento em conjunto com os demais incidentes nº 14111707-14.2016.8.12.0000/50001 e 1411998-146.2016.8.12.0000/50001 para evitar decisões conflitantes e, no mérito, pela declaração de constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 09.02.2005 (f. 50-61).

O E. Relator proferiu decisão no sentido de reconhecer a conexão por identidade de causa de pedir e pedido determinando a remessa do feito para esta relatoria (f. 63-65).

Foi determinada a intimação das partes interessadas Banco Safra S.A., Itaú Unibanco S.A., D.M.M. Lopes & Filhos Ltda - E.P.P. JCL Logística Ltda - EPP e José Carlos Lopes Call Center - EPP para, querendo, manifestarem no pedido incidental no prazo de 15(quinze) dias consoante o dispositivo do art. 948 do CPC (f. 71), havendo a manifestação das empresas recuperandas (f. 75-82) e da instituição financeira Itaú Unibanco (f. 85-86).

VOTO (EM 19/09/2018)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, suscitado pelos Desembargadores membros da 4º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no recurso de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento (Autos nº 1411914-13.2016.8.12.0000/50001) oposto pelo Banco Safra contra o acórdão proferido no recurso de agravo de instrumento que manteve intacta a decisão recorrida exarada pelo Juízo da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis da comarca de Campo Grande, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º, do artigo 49, da Lei nº 11.101/2005, submetendo aos efeitos da Recuperação Judicial os créditos bancários referentes às operações relacionadas aos contratos de alienação e cessão fiduciária no Pedido de Recuperação Judicial nº 0832323-56.2016.8.12.0001 ajuizado pelas empresas DMM Lopes e Filhos Ltda, JCL Logística Ltda -EPP, José Carlos Lopes Call Center – EPP.

A teor do relatado no recurso de embargos de declaração, o eminente relator, Des. Amaury da Silva Kuklinski, tornou sem efeito o acórdão originário, para o fim de suscitar o incidente de inconstitucionalidade dos mencionados artigos , impondo o sobrestamento do recurso de agravo de instrumento para que, em atenção à reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e do Enunciado nº 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, seja a questão apreciada por esse Órgão Especial, antes da análise do mérito, havendo a concordância do 1º vogal, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (f. 01-37).

O incidente foi distribuído originalmente ao Des. Paschoal Carmello Leandro que determinou primeiramente a intimação do Advogado-Geral da União e da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 40)

O Advogado-Geral da União quedou-se inerte conforme se constata da certidão de f. 46 e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo julgamento em conjunto com os demais Incidentes nº 14111707-14.2016.8.12.0000/50001 e 1411998-146.2016.8.12.0000/50001 para evitar decisões conflitantes, e no mérito pela declaração de constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 09.02.2005 (f. 50-61).

O e. relator proferiu decisão no sentido de reconhecer a conexão por identidade de causa de pedir e pedido determinando a remessa do feito para esta relatoria (f. 63-65).

Foi determinada a intimação das partes interessadas Banco Safra S.A., Itaú Unibanco S.A., D.M.M. Lopes & Filhos Ltda - E.P.P. JCL Logística Ltda - EPP e José Carlos Lopes Call Center - EPP para, querendo, manifestarem no pedido incidental no prazo de 15(quinze) dias consoante o dispositivo do art. 948 do CPC (f. 71), havendo a manifestação das empresas recuperandas (f. 75-82) e da instituição financeira Itaú Unibanco (f. 85-86).

Passo a análise do pedido da questão posta pela 4º Câmara Cível desta Corte, fazendo uma breve narrativa dos fatos.

As empresas recuperandas D.M.M. Lopes & Filhos Ltda - E.P.P. JCL Logística Ltda - EPP e José Carlos Lopes Call Center – EPP, integrantes do Grupo Lopes ajuizaram Ação de Recuperação Judicial nº 0832323-56.2016.8.12.0001 com base nos artigos 47 e seguintes da Lei nº 11.101/2005 (f. 37-61 da ação principal).

Assim discriminaram seus requerimentos (57/58):

> *O recebimento e o consequente deferimento do processamento do presente pedido de recuperação judicial, nos termos do artigo 52, da Lei nº 11.101/2005;*
>
> *Em sede de liminar, a suspensão de todas as ações ou execuções já ajuizadas ou que venham a ser ajuizadas, por débitos indicados na lista de credores constante dos DOC 3, anexado contra as Requerentes, na forma do artigo 6º, da Lei 11.101/2005, bem como a expedição de ofícios aos Cartórios de Protestos da Comarca de Campo Grande e Cuiabá/MT, a fim de que baixem os registros já existentes e se abstenham de lavrar qualquer protesto contra as Autoras, bem assim também a todos os serviços de proteção ao crédito (SCPC, SPC e SERASA), para que baixem eventuais anotações já realizadas e não procedam com qualquer anotação em seus cadastros, à exceção do registro da própria Recuperação Judicial;*
>
> *A declaração de inconstitucionalidade do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, conforme exposto acima;*
>
> *A nomeação do administrador judicial, atendendo-se ao disposto nos arts. 21 e 52, I, do mesmo diploma legislativo;*
>
> *A dispensa da apresentação das certidões negativas para que as Autoras exerça suas atividades, nos termos do art. 52, II, da LRF;*
>
> *A intimação do Digníssimo Representante do Ministério Público, bem como a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal;*
>
> *A intimação da Junta Comercial do Estado do Mato Grosso do Sul e do Mato Grosso, informando do deferimento do processamento da recuperação judicial e determinando a inclusão do termo em recuperação judicial no nome empresarial das requerentes;*

> *A expedição de edital para publicação no órgão oficial do resumo do presente pedido, bem como da decisão que deferir o processamento da presente recuperação e a relação nominal de credores com o respectivo valor atualizado e a classificação de cada crédito, advertindo-se acerca do prazo de 15 (quinze) dias para apresentação ao Administrador nomeado eventuais habilitações ou divergências relativas aos créditos apresentados.*

O MM. Juiz da Vara de Falências, Recuperações e Insolvências dessa comarca, ao deferir o processamento da recuperação judicial, reconheceu a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, no sentido que os créditos garantidos com alienação fiduciária estão sujeitos à recuperação judicial (f. 110-111)*, in verbis:*

> *"(...) Posto isso, com base nos fundamentos expostos e, diante da inconstitucionalidade dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 49 da lei 11.101/2005, deixo de aplicá-los na presente ação, posto que está em desacordo com as normas e princípios constitucionais (artigos 170 e 1º, I da CF), principalmente os que norteiam a ordem econômica: da propriedade privada, função social da propriedade e da empresa, da livre concorrência, garantia do pleno emprego, suprimento das desigualdades regionais e sociais e tratamento diferenciado para as pequenas e microempresas, declarando que os créditos bancários decorrentes dos institutos jurídicos descritos nos parágrafos referidos, credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio; bem como adiantamento de contrato de câmbio", estão sujeitos à recuperação judicial."*

Contra tal decisão o Banco Safra S/A, detentor de crédito garantido por alienação fiduciária, interpôs recurso de agravo de instrumento, que foi negado provimento pela Colenda 4ª Câmara Cível desse Eg. Tribunal, e o acórdão proferido confirmou a orientação adotada pelo magistrado de 1º grau (f. 299-311 do referido recurso), havendo oposição de embargos de declaração contra o acórdão, que foram acolhidos para o fim de tornar sem efeito o decisório originário e submeter à apreciação do Órgão Especial a questão relativa à inconstitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005. (f. 219-253 do referido recurso).

Consta do acórdão julgado nos embargos de declaração:

> *EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 – ARTIGO 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO STF – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO ORIGINÁRIO - SUSPENSÃO DO RECURSO DE AGRAVO – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.*
>
> *I - Remessa do incidente ao E. Órgão Especial, em virtude de arguição de inconstitucionalidade incidenter tantum dos §§ 3º e 4º do art. 49, da lei 11.101/2005.*

É cediço que o texto constitucional tem a função delimitadora para elaboração de todo arcabouço jurídico, motivo pelo qual a legislação infraconstitucional deve estar em consonância com as disposições constitucionais, seguindo os preceitos explícitos com a finalidade de garantir a segurança jurídica e não haver abuso de poder.

A regra mandamental que violar o sistema constitucional é passível de reforma ou exclusão do ordenamento jurídico, visto que a Constituição tem em sua gênese a ideia de compêndio maior e ordenado na supremacia das legislações.

A norma impugnada inserida nos §§ 3º e 4º do artigo 49 da Lei Federal nº 11.101/2005 estabelece:

> *Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.*
>
> *§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.*

No caso em comento, para compreensão sistemática da funcionalidade das regras de um sistema jurídico torna-se indispensável buscar o objetivo colimado pelo legislador, quando da edição da norma, ou seja, o meio a qual está inserida, procurando identificar os objetivos traçados, como a finalidade de materializar os princípios informadores da norma criada para o bom entendimento dos mecanismos elaborados para a aplicabilidade e interpretação.

O instituto do direito falimentar brasileiro por meio da *nova legem* (Lei de Falências e Recuperação de Empresas nº 11.0101/2005), sancionada em 9 de fevereiro de 2005 e tem como principal objetivo preservar a empresa em estado de crise econômico-financeira.

É cediço que o tema tratado é objeto de diversas discussões e opiniões divergentes no meio jurisdicional, pois interpretado de forma sistemática, a fim de entender a finalidade da lei, o artigo 47 expõe claramente o objetivo da recuperação judicial:

> *Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*

Desse modo, o princípio da preservação da empresa está concretizado nos regimes recuperatórios previstos para as empresas em geral, as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), cujos procedimentos especiais estão acobertados pela legislação.

Nesse diapasão, trago a opinião doutrinária de André Luiz Santa Cruz Ramos[1]:

> *O princípio da preservação da empresa também tem sido muito usado pelos tribunais pátrios para fundamentar decisões em matéria de dissolução de sociedades, falência, recuperação judicial etc. Nesses últimos casos, porém, é preciso ter muito cuidado para que a aplicação excessiva e sem critério do princípio não provoque a sua banalização. Muitas vezes atividades empresariais devem mesmo ser encerradas, e nesses casos impedir a falência do empresário ou da sociedade empresária contraria a ordem espontânea do mercado, sobretudo quando a manutenção de tais atividades é conseguida com os famigerados "pacotes de socorro" baixados pelo governo. O capitalismo é um sistema no qual os empresários auferem lucros privados e sofrem prejuízos privados. Os*

1 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado.** EPUB, p. 53

> *"pacotes de socorro", pois, desvirtuam a lógica natural do capitalismo, criando um sistema no qual os empresários bem relacionados auferem lucros privados, mas solidarizam suas perdas com a população. Em suma: o princípio da preservação da empresa não pode, jamais, conferir a certos empresários um "direito de não falir", algo que infelizmente vem acontecendo com empresários que se dizem "grandes demais para quebrar" (too big to fail). O princípio da preservação da empresa é uma construção importante, mas sua aplicação deve limitar-se às situações em que o próprio mercado, espontaneamente, encontra soluções para a crise de um agente econômico, em bases consensuais.*

Logo, a questão em comento não se trata de dar interpretação desfavorável às empresas em crise financeira, pois se pode fazer um exercício dinâmico de interpretação e dentro dos limites impostos para adequar às necessidades do devedor.

A própria legislação consubstanciada no § 3º do art. 49, ora impugnado, veda a retirada dos bens objetos de arrendamento mercantil e alienação fiduciária quando estes forem essenciais à atividade empresarial durante o *stay period.*

Assim, visualizam outros dispositivos legais que procuram atender ao princípio da preservação da empresa com a finalidade de empreender a máxima recuperação possível como conjunto de normas no sistema, estimulando o devedor a propor alternativas jurídicas para reerguer a situação econômica do seu empreendimento.

Exemplos:

> *Art. 6º, caput. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário;*
>
> *Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.*
>
> *Art. 58, §§ 1º e 2º Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º*
>
> *O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve*

aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Art. 60, § Único. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

Art. 64, caput. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial,

Art. 67 *(espécie de upgrade na classificação) - Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.*

Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.

Em palavras outras, se vislumbra que há vários dispositivos amparados para atendimento ao princípio da preservação da empresa. No entanto, é preciso destacar a impossibilidade de manter uma empresa em crise financeira a qualquer custo, pois a criação de ofertas de créditos mais privilegiados, com a redução dos encargos financeiros com garantias visa também propiciar a segurança e a confiabilidade do mercado econômico como um todo, a fim de que as operações de crédito tenham redução dos riscos. Daí que deve prevalecer a conclusão lógica da premissa a que me posiciono: se houver menor risco todos sairão ganhando com a menor taxa de juros.

Nesse norte, a previsão dos dispositivos impugnados, §§ 3º e 4º do art. 49, e outros direitos especiais para as instituições financeiras como os arts. 86, II, 161, § 1º e 199, §§ 1º, 2º e 3º que salvam as relações negociais consubstanciadas nos contratos bancários, como a alienação fiduciária em garantia, o arrendamento mercantil, o adiantamento a contrato de câmbio e o *leasing* de aeronaves.

Aponto o comentário citado por Fabio Ulhoa Coelho[2] sobre a norma:

2 COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas.** Saraiva, 2016, p. 179-186

Também estão excluídos dos efeitos da recuperação judicial o fiduciário, o arrendador mercantil ou o negociante de imóvel (como vendedor, compromitente vendedor ou titular de reserva de domínio) se houver cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade no contrato.

Igualmente, os bancos titulares de direito decorrente de adiantamento aos exportadores (ACC) não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.

Esses sujeitos excluídos dos efeitos da recuperação judicial não são minimamente atingidos pela medida, e podem continuar exercendo seus direitos reais e contratuais nos termos da lei própria.

Os fundamentos para a exclusão de cada categoria de sujeito dos efeitos da recuperação judicial variam.

Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação. Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc.) e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.

(...)

A garantia real é, em geral, mais eficiente que a pessoal. Como o bem está vinculado à satisfação de uma obrigação específica, o produto de sua venda destina-se inicialmente ao pagamento do credor que a titula. O saldo, se houver, será usado no atendimento dos demais créditos.

A vinculação entre o bem e a obrigação proporcionada pela garantia real tem o objetivo de favorecer o credor, conferindo mais eficiência à recuperação do crédito. Mas convém notar que a maior eficiência da garantia real não atende apenas ao interesse do credor. Também o devedor se beneficia dela, porque certamente irá remunerar o crédito com juros menores. Como o credor titular de garantia real tem, mesmo no caso de falência do devedor, maiores chances de recuperar o seu crédito, ele corre menor risco e, por isso, pode cobrar menos juros pelo crédito aberto. A eficiência da garantia real acaba gerando proveitos, em última análise, à economia como um todo, por possibilitar a mobilização mais barata do crédito.

As garantias reais classificam-se em duas categorias: direitos reais de garantia e direitos reais em garantia. A distinção foi introduzida na doutrina brasileira por Pontes de Miranda, ao discutir a dação em garantia de direitos reais sobre coisa alheia. José Carlos Moreira Alves, ao tratar da natureza e estrutura da alienação fiduciária, recuperou a distinção de Pontes de Miranda, averbou ter sido inspirada na doutrina alemã e a estendeu aos direitos reais ditos ilimitados.

Os direitos reais de garantia são o penhor, a hipoteca e a anticrese; os direitos reais em garantia, por sua vez, são a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária de direitos creditórios.

Os direitos reais de garantia procuram assegurar o cumprimento de obrigação mediante a instituição de um direito real titulado pelo credor sobre bem da propriedade do devedor. Por vezes, a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia

> *real, como no penhor comum; mas em nenhuma hipótese o devedor deixa de ser o seu proprietário, podendo até mesmo, se achar interessado, alienar o bem gravado. A seu turno, nos direitos reais em garantia, o cumprimento da obrigação é garantido pela transferência do bem onerado à propriedade do credor. O sujeito ativo da obrigação garantida passa a titular a propriedade resolúvel do bem. Aqui, também, por vezes a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia, como na cessão fiduciária de direito creditório; por vezes fica em mãos do devedor, na condição de depositário.*

Há, pois, de se ater a segurança jurídica e a previsibilidade dos efeitos que tragam clareza ao mercado financeiro, de forma que não prevaleçam maiores consequências socioeconômicas na interpretação da norma, inexistindo assim ofensa aos princípios constitucionais emanados no art. 170.

Ora, os contratos de créditos com direitos reais em garantia, tais que a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária de direitos creditórios, possuem juros mais atrativos e por isso são comum que as empresas procurem estas modalidades de crédito quando necessitam de empréstimos bancários para a continuidade de seu desenvolvimento econômico.

Com efeito, o dispositivo mencionado no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 ressalta que o credor é proprietário do bem, eis que há uma transferência da propriedade resolúvel daquele bem e se a obrigação não for cumprida pelo devedor tal propriedade se opera, vindo a expor que os créditos dessa natureza (alienação fiduciária ou arrendamento mercantil) não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Oportuna a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.412.529/SP, Relator Ministro ministro Marco Aurélio Bellizze, *in verbis*:

> *"Recurso especial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária sobre direitos sobre coisa móvel e sobre títulos de crédito. Credor titular de posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da lei nº 11.101/2005. Matéria pacífica no âmbito das turmas de direito privado do STJ. Pretensão de submeter aos efeitos da recuperação judicial, como crédito quirografário, os contratos de cessão fiduciária que, à época do pedido de recuperação judicial, não se encontravam registrados no cartório de títulos e documentos do domicílio do devedor, com esteio no § 1º do art. 1.361-a do código civil. Insubsistência. Recurso especial provido.*
>
> *1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.*
>
> *2. O Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito. Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei nº 10.931/2004), ao dispor textualmente que "as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial".*
>
> *2.1 Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada*

por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto por aquela regulada.

3. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei nº 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei nº 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna.

3.1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.2 Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservado e recuperado 'inclusive contra o próprio cedente'; o direito de 'receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente', a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

3.3 Por consectário, absolutamente descabido reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela Cédula de Crédito Bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro.

*3.4 Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista é expressamente mencionada pela Lei nº 10.931/2004, em seu art. 42, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos. O referido dispositivo legal preceitua que essa garantia, "para valer contra terceiros", ou seja, para ser oponível contra terceiros, deve ser registrada (...). R*Esp 1.412.529/SP, rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para Acórdão ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/03/2016)

Seguindo este entendimento anoto outros precedentes do Tribunal da Cidadania:

DIREITO FALIMENTAR – RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR-CEDENTE – REGISTRO NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – DESNECESSIDADE.

1 - Impugnação de crédito apresentada em 20/8/2013. Recurso especial interposto em 2/2/2015 e atribuído à Relatora em 25/8/2016.

2 - O propósito recursal é definir se os créditos cedidos fiduciariamente ao recorrente necessitam de prévio registro no Cartório de Títulos e Documentos competente para serem excluídos dos efeitos da recuperação judicial da devedora-cedente.

3 - A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos não estão submetidas aos efeitos da recuperação judicial (inteligência do art.

49, § 3º, da Lei 11.101/05). Precedentes.

4 - Ao sistema especial que engloba o instituto da alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos - hipótese dos autos - não se aplica a norma do art. 1.361, § 1º, do CC, pois esta incide somente sobre propriedade fiduciária de coisa móvel infungível.

5 - A sujeição da propriedade fiduciária, conforme sua natureza, à respectiva disciplina legal é determinação expressa do próprio Código Civil, segundo o qual "as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária" (vale dizer, quando não se tratar de negócio fiduciário envolvendo bem móvel infungível) "submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial" (art. 1.368-A).

6 - À espécie, portanto, incide a disciplina normativa especial da Lei 4.728/65, que não exige o registro em cartório como elemento constitutivo da propriedade ou titularidade fiduciária.

7 - De fato, tratando-se de titularidade derivada de cessão fiduciária, a condição de proprietário é alcançada desde a contratação da garantia. Nessas hipóteses, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pelo arts. 66-B da Lei do Mercado de Capitais e 18 da Lei 9.514/97, opera-se a transferência plena da titularidade dos créditos para o cessionário, haja vista a própria natureza do objeto da garantia, fato que o torna o verdadeiro proprietário dos bens, em substituição ao credor da relação jurídica originária.

8 - Essas circunstâncias são suficientes para exclusão dos créditos em questão dos efeitos da recuperação judicial do devedor-cedente, pois o art. 49, § 3º, da LFRE exige, apenas e tão somente, que o respectivo credor figure como titular da posição de proprietário fiduciário, condição que, como visto, independe do registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos.

9 - Os créditos cedidos em garantia, na medida em que deixam de integrar o patrimônio do cedente, não podem ser alcançados por eventuais pretensões de outros de seus credores, sujeitos cujas esferas jurídicas não sofrerão, como corolário - em razão da ausência de justa expectativa sobre aqueles créditos -, repercussão negativa decorrente de sua exclusão dos efeitos da recuperação judicial do devedor.

10 - Não havendo quebra de confiança ou frustração de legítima expectativa dos demais credores da recuperanda, não há que se cogitar de violação ao princípio da boa-fé.

11 - Recurso especial provido. (REsp 1592647/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 28/11/2017).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES – CRÉDITO RESULTANTE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOBRE IMÓVEL – NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO – SÚMULA 83 DO STJ.

1. A matéria referente a suposta violação do art. 66 da Lei nº 11.101/05, não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmulas 282/STF e 211/STJ).

2. Não se viabiliza o recurso especial pela alegada violação art. 535 do CPC/73. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi

devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

3. O entendimento da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada neste Sodalício, no sentido de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário ou de crédito garantido por cessão fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Incidência da Súmula 83 do STJ.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 854.803/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

Seguem decisões jurisprudenciais pátrias, inclusive deste Sodalício:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO (EXTRA PETITA) – E DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF – AFASTADAS – MÉRITO: ***INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ART. 49 DA LEI 11.101/05 – AFASTADA*** *- CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA - ART. 1.361, § 1º, DO CC - CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI 11.101/05 – RECURSO DESPROVIDO.*

Segundo o Superior Tribunal de Justiça: "a possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro". Assim, a declaração da inconstitucionalidade, de ofício pelo julgador, não configura decisão extra petita. Não há falar em usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal quando o controle difuso de constitucionalidade da norma é feito de forma incidental, como fundamento e não como objeto principal da demanda. ***A norma prescrita nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/01 não se reveste de inconstitucionalidade, haja vista que editada dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos pelos princípios da ordem econômica e não ofende o princípio da isonomia. Não obstante isso, referidos dispositivos devem ser interpretados de forma sistemática, a fim de atender ao espírito do diploma legal, que tem como principal objetivo a preservação da empresa recuperanda e a viabilidade da continuidade da atividade econômica, em prol da consecução de sua função social, sem que isso, contudo, cause qualquer embaraço na atividade de fomento de crédito.*** *Os créditos decorrentes de Cédulas de Crédito Bancário garantidos por alienação fiduciária, não podem ser considerados extraconcursais, uma vez que, não tendo sido devidamente registrados, antes de iniciada a recuperação judicial, não está o credor na posição de proprietário fiduciário, nos termos do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Por tal razão, não incide o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05, sujeitando-se ao regime da recuperação judicial.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410057-63.2015.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 10/11/2015, p: 17/11/2015). (g.n.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – DECISÃO AGRAVADA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO DA AGRAVADA, PARA HABILITAR O CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO DE R$ 1.811.195,87 E NÃO O DE R$ 479.579,15 PREVIAMENTE ARROLADO, MANTENDO A POSSE DOS BENS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COM A AGRAVANTE – RECURSO DA RECUPERANDA – SUPOSTA COMPENSAÇÃO DE TÍTULOS COM A CREDORA ORIGINAL DONA ELÉTRICA FIOS

E REATORES LTDA., INCLUINDO O QUE A CESSIONÁRIA APRESENTOU PARA INSTRUIR SUA IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – EXISTÊNCIA DE QUATRO AÇÕES DECLARATÓRIAS AJUIZADAS PELA RECUPERANDA CONTRA A IMPUGNANTE FIDC DANIELE E OUTROS, PLEITEANDO A DECLARAÇÃO DA INEXIGIBILIDADE DAS MESMAS DUPLICATAS E INVOCANDO O MESMO ARGUMENTO, NO SENTIDO DE QUE TERIA CELEBRADO INSTRUMENTO DE COMPENSAÇÃO DESSES CRÉDITOS COM A DONA ELÉTRICA LTDA. R. SENTENÇAS E V. ACÓRDÃO DE IMPROCEDÊNCIA DAQUELAS AÇÕES, SOB O FUNDAMENTO DE QUE COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO FOI PACTUADA APÓS A NOTIFICAÇÃO ACERCA DA CESSÃO DO CRÉDITO À FIDC DANIELE, COM TRÂNSITO EM JULGADO – COISA JULGADA – CRÉDITO QUE DEVE SER HABILITADO – CRÉDITO GARANTIDO FIDUCIARIAMENTE QUE NÃO SE SUJEITA AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, MAS OS BENS VINCULADOS PODEM CONTINUAR NA POSSE DA RECUPERANDA – ARTS. 6º, § 4º, E 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05. QUESTÕES RELATIVAS À ESSENCIALIDADE DOS BENS E AO PRAZO QUE FICARÃO NA POSSE DA RECUPERANDA QUE NÃO FORAM SUSCITADAS ESPECIFICAMENTE NO PRESENTE RECURSO – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2154071-33.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/08/2018; Data de Registro: 17/08/2018).

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO – ***CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO – CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05 – POSIÇÃO DO STJ*** *– ENQUADRAMENTO NA SUBCLASSE "DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO" – Tratando-se de recuperação judicial e não de falência, sujeitos aos seus efeitos somente os credores quirografários existentes na data do pedido de processamento da recuperação judicial e não aos posteriores ou demais credores. Insere-se na subclasse "Direito Privado Não Especificado" o recurso interposto em "medida cautelar de arresto com pedido de liminar" referente a cédulas de crédito bancário, com cessão fiduciária de direitos, não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, a teor do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/05, posição sedimentada no STJ, não alterando a competência interna o fato de a requerida estar em recuperação judicial. Conflito de Competência Acolhido.* (Conflito de Competência Nº 70069203602, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Redator: Julgado em 27/04/2016) (g. n.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO EMPRESARIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – VERIFICAÇÃO E HABILITAÇÃO DE CRÉDITOS – ***CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – CREDOR TITULAR DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA – GARANTIA PRESTADA POR TERCEIRO – INCIDÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05*** *– RECURO DESPROVIDO.*

Conforme art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/05, o deferimento e processamento da recuperação judicial não tem o condão de afastar os direitos e privilégios que os credores do devedor têm em relação aos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

A princípio, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem móvel ou imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005. *No caso de alienação fiduciária em garantia, consolidada a propriedade e vendido o bem, o credor fiduciário ficará com o montante arrecadado, desaparecendo a propriedade fiduciária. Eventual saldo devedor apresenta natureza de dívida pessoal, devendo ser habilitado na recuperação judicial ou falência na classe dos credores quirografários.* (STJ - CC 128.194/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda

Seção, julgado em 28/06/2017, DJe 01/08/2017)

Recurso conhecido e desprovido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.065667-2/001, Relator(a): Des.(a) Gilson Soares Lemes, 8ª Câmara Cível, julgamento em 09/02/0018, publicação da súmula em 19/02/2018) (g. n.)

Como bem explanado pela Procuradoria Geral de Justiça, cujo posicionamento adotado acolho e faço também como *ratio decidendi*:

Da detida análise dos indigitados dispositivos, portanto, denota-se que a exclusão dos créditos mencionados não se mostra desarrazoada, encontrando seu fundamento de validade nos próprios princípios constitucionais norteadores da atividade econômica e financeira.

Fábio Ulhoa Coelho3, em sua obra Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, ao comentar acerca da exclusão dessas categorias de credores, assim preleciona:

Os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras (fiduciário, leasing etc.), e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio excluem-se dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores (com spreads não impactados pelo risco associado à recuperação judicial), contribuindo a lei, desse modo, com a criação do ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico.

Como se vê, não se trata de benefício concedido as instituições financeiras, em afronta ao princípio da isonomia, mas sim de se privilegiar a segurança das relações contratuais justamente a fim de se viabilizar o objetivo da recuperação, com a concessão de créditos mais atrativos aos empresários, fomentando, assim, a atividade empresarial.

Dispõe o art. 170 da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I soberania nacional;

II propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente

de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Essas formas de negócio jurídico excepcionadas pelos parágrafos impugnados não ofendem o artigo supramencionado em nenhum aspecto. Muito pelo contrário, a alienação fiduciária, por exemplo, fomenta a livre iniciativa e atividade econômica das empresas, pessoas físicas e jurídicas, na medida em que oportuniza aporte de capital essencial para o desenvolvimento da atividade empresarial.

Em verdade, quando a legislador excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis e de arrendador mercantil, e os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio, o fez certamente visando assegurar o desenvolvimento econômico, para fomentar o oferecimento de vantagens às empresas pelas instituições financeiras, tais como a concessão de juros menores do que os praticados no mercado. Isso porque não há dúvidas de que haverá uma oferta maior de crédito se houver um menor risco da recuperação do valor investido. Em sendo assim, as instituições financeiras, enquanto credoras, podem ter a segurança de que, havendo inadimplemento, poderão recuperar seu crédito rapidamente, mesmo se houver pedido de recuperação judicial da empresa para quem o capital foi emprestado.

Desse modo, viabiliza-se a concessão de aporte financeiro, possibilitando a preservação e a efetiva recuperação da empresa, em perfeita sintonia com o que objetiva a Lei nº 11.101/05 e a nossa Lei Maior, propiciando o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no interesse da justiça social.

Não se pode olvidar, ainda, que o legislador teve o cuidado de, na parte final do indigitado § 3º do art. 49, salvaguardar os bens de capital essenciais a atividade empresarial, impossibilitando a venda ou retirada destes durante o período de suspensão, o que reforça ainda mais a proporcionalidade da medida.

Acerca do assunto, em pese algumas decisões em sentido contrário, cumpre trazer à colação julgado desse Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por suas relevantes considerações:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 49 DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI Nº 11.101/2005) – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – MEIO DE GARANTIR A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES DOS TJ – MÉRITO IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO AO CASO CONCRETO – EXCLUSÃO DE DETERMINADOS CRÉDITOS DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (FIDUCIÁRIO,LEASING, ETC) QUE OBJETIVA VIABILIZAR QUE CONDIÇÕES MAIS ATRATIVAS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO SEJAM OFERECIDAS AOS EMPRESÁRIOS – NORMA QUE VISA FOMENTAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL – PROVIDÊNCIA ADOTADA NO JUÍZO A QUO COM O CONDÃO DE SUBVERTER A ORDEM ECONÔMICA – NECESSIDADE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO APENAS QUANDO O BEM DE CAPITAL OBJETO DO LITÍGIO FOR ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, SITUAÇÃO ESTA QUE DEVE SER EFETIVAMENTE COMPROVADA, CONFORME PREVISÃO LEGAL – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA EMPRESA, PREVISTO NO ART. 47 DA REFERIDA LEI, DEVE SER OBJETO DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM AS DEMAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA RESTABELECIMENTO DOS EFEITOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI 11.101/2005 AO CASO CONCRETO RECURSO PROVIDO. I Ainda que a parte não tenha apresentado junto ao juízo singular

pedido expresso para que fosse apreciada a constitucionalidade do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, nada impede que o magistrado, em análise do caso concreto, realize tal declaração de ofício, o que faz através de controle difuso de constitucionalidade, mostrando-se esta medida uma forma de assegurar a supremacia da Constituição Federal, estando seus efeitos restritos às partes do processo. II Deve ser restabelecida a aplicabilidade do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 ao caso concreto, que exclui dos efeitos da recuperação judicial determinados créditos (fiduciário, leasing etc).

Isto porque tal previsão legal, ao contrário da compreensão externada no juízo singular, não visa proteger as instituições financeiras, mas sim viabilizar que estas concedam aos empresários crédito mais atrativas, de modo a fomentar a atividade empresarial. A providência adotada pelo juízo singular tem o condão de subverter a ordem econômica e gerar insegurança jurídica no mercado, o que pode prejudicar a coletividade, ao abrir perigoso precedente. Ainda que o art. 47 da referida Lei preveja o princípio da proteção da empresa, tal norma deve ser interpretada de forma sistemática com as demais previsões legais sobre a matéria. Neste aspecto, afigura-se mais adequada a manutenção do referido privilégio, reservando sua de capital objeto de litígio for essencial para o exercício da atividade empresarial, nos termos da lei. Precedentes. (TJMS, 5ª Câmara Cível; Agravo de Instrumento nº 1404117-83.2016.8.12.0000; Rel.: Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, D.J. 9.08.2016).

Há que ressaltar que a Lei nº 11.101/05 está em vigor no nosso sistema jurídico há mais de 10 (dez) anos e até a presente data não se tem notícia da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos invectivados pelo Supremo Tribunal Federal, que detém competência para a análise da constitucionalidade da lei em tese, lembrando que vigora em nosso sistema, a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do Poder Público, devendo-se, sempre que possível, buscar-se uma interpretação conforme a Constituição, o que é perfeitamente possível no caso em análise, consoante demonstrado.

(...)

Em suma, fato é que, embora as instituições financeiras visem, em regra, a obtenção de lucro como finalidade precípua, não se pode olvidar que elas são de fundamental importância para a economia nacional, sendo certo que a maioria daqueles que exercem atividade empresária necessitam de seus serviços. Destarte, quando a lei exclui da recuperação judicial os créditos dispostos nos §§ 3º e 4º do art. 49, o faz justamente com o intuito viabilizar o restabelecimento das empresas, que dependem desses créditos para a manutenção de suas atividades e negócios, com a consequente geração de rendas, bens, serviços e empregos, cumprindo exatamente os princípios constitucionais que regem a ordem econômica e o espírito da lei nº 11.101/05, não havendo que se falar em inconstitucionalidade de tais dispositivos por ofensa ao princípio da isonomia ou qualquer outro, já que pautados na razoabilidade e na proporcionalidade da medida. *" (g. n.)*

Concluindo, me posiciono no sentido de se revelarem constitucionais as normas impugnadas da presente arguição.

Diante do exposto e, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, voto pela declaração de constitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Publicado o acórdão, devolva-se os autos à Eg. 4º Câmara Cível que suscitou o incidente.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hansonº (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (5º vogal)

Cuida-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pelos Desembargadores Membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no bojo dos embargos de declaração em agravo de instrumento interpostos pela Caixa Econômica Federal - CEF, submetendo à apreciação desse Órgão Especial a questão da inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências), em acórdão que restou assim ementado:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DA LEI Nº 11.101/2005 – ARTIGO 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO STF – ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO ORIGINÁRIO – SUSPENSÃO DO RECURSO DE AGRAVO – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.*
>
> *I - Remessa do incidente ao E. Órgão Especial, em virtude de arguição de inconstitucionalidade incidenter tantum dos §§ 3º e 4º do art. 49, da lei 11.101/2005.*

Pois bem.

Examinei detidamente a matéria e não tenho dúvidas em acompanhar o e. Relator, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, porquanto o Superior Tribunal de Justiça na oportunidade do julgamento do Recurso Especial nº 1.412.529/SP, de relatoria do Ministro ministro Marco Aurélio Bellizze, sedimento entendimento dobre a matéria nos seguintes termos:

> *"RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CESSÃO FIDUCIÁRIA SOBRE DIREITOS SOBRE COISA MÓVEL E SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO – CREDOR TITULAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO SOBRE DIREITOS CREDITÍCIOS – NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 49 DA LEI Nº 11.101/2005 – MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ. PRETENSÃO DE SUBMETER AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COMO CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO, OS CONTRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA QUE, À ÉPOCA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE ENCONTRAVAM REGISTRADOS NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR, COM ESTEIO NO § 1º DO ART. 1.361-A DO CÓDIGO CIVIL – INSUBSISTÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de*

créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

2. O Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito. Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei nº 10.931/2004), ao dispor textualmente que "as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial".

2.1 Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto por aquela regulada.

3. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei nº 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei nº 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna.

3.1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.2 Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservado e recuperado 'inclusive contra o próprio cedente'; o direito de 'receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente', a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

3.3 Por consectário, absolutamente descabido reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela Cédula de Crédito Bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro.

3.4 Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista é expressamente mencionada pela Lei nº 10.931/2004, em seu art. 42, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos. O referido dispositivo legal preceitua que essa garantia, "para valer contra terceiros", ou seja, para ser oponível contra terceiros, deve ser registrada (...). (REsp 1.412.529/SP, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para Acórdão ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/03/2016)

Neste contexto, devem ser mantidos os dispositivos expressos prevalecendo a intenção do legislador quando excluiu dos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietários

fiduciários de bens móveis ou imóveis e de arrendar mercantil, bem como os bancos que anteciparam recursos ao exportador em função de contrato de câmbio em razão que assim entendeu com a finalidade de assegurar o desenvolvimento econômico para fomentar a oferta de créditos pelas instituições financeiras com taxas de juros reduzidas menores que os praticados no mercado financeiro atendendo o exercício da liberdade de iniciativa econômica privada no interesse da justiça social, inexistindo conflito e ofensa aos princípios emanados no art. 170 da Constituição Federal.

Por tais razões, acompanho o e. Relator e voto pela declaração de constitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (10º vogal)

Malgrado concordar com o voto inaugural, aproveito a oportunidade rara de me manifestar acerca dessa matéria, para registrar que a denominada *"*função social do crédito*"* é algo estarrecedor.

Com efeito, qual seja a origem do crédito, o mesmo não ostenta função social, seja por comando de política econômica, seja pela exploração que as instituições financeiras realizam neste país.

Feita tal observação, acompanho o e. relator, e julgo improcedente a Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pelos Desembargadores Membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (11º vogal)

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, suscitado pelos desembargadores membros da 4º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul no recurso de embargos de declaração em agravo de instrumento movido pelo Banco Safra.

Acompanho o relator para rejeitar a questão de ordem e, no mérito, declarar a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 9.2.2005.

Deixo registrado, porém, que, em caso de contratos decorrentes de cédulas de créditos bancários que não foram registradas no cartório de registro de títulos antes da propositura da ação de recuperação judicial, conforme determina o art. 1.361 do Código Civil, as referidas dívidas não poderão ser submetidas

à recuperação judicial, não estando, portanto, sujeitas aos §§ 3 º e 4º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005. Nesse sentido, aliás, proferi voto condutor no Agravo de Instrumento nº 1406893-22.2017.8.12.0000.[3]

Ante o exposto, acompanho o relator e julgo improcedente a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelos desembargadores membros da 4ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (12º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (13º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (14° vogal)

Trata-se de incidente arguido pelos Desembargadores membros da 4ª Câmara Cível desta Corte de Justiça, que, nos autos de embargos de declaração em agravo de instrumento (Autos nº 1411914-13.2016.8.12.0000/50000), em observância ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da CF/88), submeteram ao Órgão Especial, em sede de controle difuso, discussão sobre a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005.

Cinge-se a controvérsia em examinar a compatibilidade entre os dispositivos legais questionados e a Constituição Federal.

Atualmente, vivencia-se o neoconstitucionalismo, fase do pensamento jurídico cujas principais marcas são a supremacia da Constituição Federal, a força normativa dos princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional.

Nesse contexto, a Constituição Federal assume o papel de principal norma do ordenamento jurídico, condicionando a validade de todas as demais normas do direito objetivo. É dizer, portanto, que a atividade legislativa está formal e materialmente limitada pelo texto constitucional.

Compete, pois, ao Poder Judiciário o controle dessa relação de compatibilidade entre a atividade legislativa e o texto constitucional, sendo admitida a declaração de inconstitucionalidade da norma que violar a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade pode ser desenvolvido em processo objetivo, de modo abstrato e concretado, quando a intenção é a manutenção da unicidade do ordenamento jurídico, sem que a discussão envolva litígio. Pode, ainda, ser realizado em processo subjetivo, de modo difuso e concreto, quando o controle é necessário para a solução de um conflito subjetivo.

3 EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 49 DA LEI Nº 11.101/05. VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DEMONSTRADA. INCONSTITUCIONALIDADE DOS SUPRAREFERIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS. REGISTRO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PERANTE O CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. NECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
Mantém-se a decisão que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, porquanto evidente a existência de contradição entre os dispositivos legais supramencionados e a Constituição Federal.
Os créditos bancários decorrentes de contratos como os mencionados no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 - caso referidos contratos não tenham sido devidamente registrados no Cartório de Registro de Títulos antes da propositura da ação de Recuperação Judicial, como preceitua o art. 1361 do CC/02 – devem se submeter à Recuperação Judicial (f. 485-538).

No caso, como já adiantado, os dispositivos legais são questionados em sede de controle difuso de constitucionalidade, considerando que essa discussão é prévia e incidental à resolução de uma controvérsia principal.

O objeto sobre o qual recai a alegação de inconstitucionalidade diz respeito aos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei de Falências, os quais assim dispõem:

> *"Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.*
>
> *(...).*
>
> *§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.*
>
> *§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. (...).*

Como se pode observar, os textos legais questionados estabelecem exceção no tocante aos créditos submetidos ao pedido de recuperação judicial. Segundo prescrevem os dispositivos, numa visão geral, escapam dos efeitos da recuperação judicial os créditos de natureza bancária, ou seja, das instituições financeiras.

Todavia, essas disposições legais conflitam com o texto constitucional. Explico.

Inicialmente, convém ressaltar que a recuperação judicial é um instrumento previsto na Lei 11.101/05 com a finalidade de viabilizar a superação de situação de crise temporária vivida pelo empresário. Busca-se o reequilíbrio da situação econômica e financeira da empresa, evitando-se o encerramento da atividade empresarial. Trata-se, portanto, de medida instituída na busca pela preservação da empresa, considerando a sua utilidade para o mercado econômico e fins sociais, com repercussão na livre concorrência e na manutenção de empregos. Por isso, é correta a afirmação de que a preservação da empresa tem ressonância nos princípios constitucionais sobre a ordem econômica, nos termos do art. 170, IV e VIII, da CF/88.

Ante esses aspectos, é possível concluir que os princípios da ordem econômica são um dos principais parâmetros de constitucionalidade para o exame da compatibilidade do objeto com o texto constitucional.

Argumenta-se, na defesa dos dispositivos questionados, que eles trouxeram previsão de medida tendente ao fomento da atividade econômica. Afirma-se que a medida buscou facilitar a captação de crédito dos empresários junto às instituições financeiras. O principal fundamento é o de que, sendo menor o risco e maior a facilidade da cobrança, a tendência é a de que as instituições financeiras ofereçam créditos com menor burocracia e juros, fomentando, numa análise final, o exercício das atividades empresariais e o desenvolvimento do mercado econômico.

Entretanto, embora louvável, em tese, o ideal legislativo, é evidente que, na prática, isso nem sempre ocorre. A partir do exame do mercado financeiro, é indiscutível que a intenção legislativa não tem surtido efeito prático algum, tendo em vista que é comum a prática de transações bancárias com juros e demais

encargos exorbitantes, que escapam de um padrão aceitável de razoabilidade e que nada contribuem com as expectativas do desenvolvimento econômico.

Assim, repita-se, em tese, a ideia da norma extraída dos textos legais questionados é até válida. Porém, ela é despida de efeito concreto.

Por outro lado, além da falta de eficácia prática, é importante ressaltar que a norma questionada, por vezes, inviabiliza o princípio da preservação da empresa, comprometendo, por consequência, a manutenção da ordem econômica.

É que, comumente, a situação de crise temporária do empresário é movida por dívidas de natureza bancária, sobretudo em razão dos altos juros e encargos praticados no âmbito dessas atividades, notadamente no período de mora.

Diante dessa situação, em que se evidencia crise movida por dívida bancária, a recuperação judicial do empresário é inócua, pois, nos termos dos dispositivos ora questionados, essas dívidas escapam dos efeitos da recuperação.

Assim, ao empresário em crise temporária por dívida bancária somente restará como saída a decretação da falência, pois o instrumento previsto para restabelecimento da saúde empresarial (recuperação) não terá viabilidade.

Nesse contexto, verifica-se o evidente prejuízo que os dispositivos ora questionados causam à atividade empresarial, pois, nas circunstâncias acima exaltadas, violam frontalmente o princípio da preservação da empresa, que é corolário lógico dos princípios constitucionais da ordem econômica, notadamente a livre concorrência e a busca do pleno emprego.

Então, numa análise final, os objetos desta arguição confrontam diretamente com o art. 170, IV e VIII, da CF/88.

Ademais, além da ofensa à ordem econômica, as regras legais impugnadas também afrontam um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), considerado como eixo central de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

É que, uma vez encerrada a atividade empresarial, a consequência direta é o desemprego dos funcionários vinculados ao empresário. Sem renda, os desempregados terão comprometida a manutenção própria e familiar, afetando-se a satisfação do mínimo existencial para uma vida digna.

Nota-se, portanto, que as consequências práticas dos dispositivos questionados impactarão diretamente na cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Além disso, as consequências do objeto impugnado também estão em conflito com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na medida em que o desemprego fomenta o aumento das desigualdades sociais e regionais, instituindo situação diametralmente oposta àquela prevista no art. 3º, III, da CF/88.

Outrossim, também deve ser ressaltado que as repercussões dos dispositivos questionados ainda são vistas como afronta aos arts. 6º e 7º da CF/88, que instituem a proteção ao trabalho como direito social.

Assim, embora os objetos impugnados tenham sido instituídos pelo legislador na perspectiva do princípio da preservação da empresa, essa medida, à luz da técnica da ponderação, não é adequada à proteção destinada.

Diante do exposto, conclui-se que as disposições previstas no art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei 11.101/05 violam diretamente os arts. 1º, III, 3º, III, 6º, 7º e 170, IV e VIII, da CF/88, sendo, dessa forma, materialmente inconstitucionais.

Posto isso, contra o parecer, julgo procedente o presente incidente, a fim de declarar a inconstitucionalidade material dos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei 11.101/05, por afronta aos arts. 1º, III, 3º, III, 6º, 7º e 170, IV e VIII, da CF/88.

Prevalecendo este entendimento, na forma do art. 507, § 1º, do RITJMS, devolva-se os autos à 4ª Câmara Cível deste Tribunal, para que aprecie a causa de acordo com o que restou decidido na matéria prejudicial examinada neste incidente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, julgaram improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0003866-03.2010.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA – INTERNAÇÃO DE PACIENTE SEGURADO PELO PLANO DE SAÚDE EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO – AUSÊNCIA DE VAGA NA REDE CREDENCIADA – ESTADO EMERGENCIAL – FALECIMENTO POSTERIOR DO PACIENTE – PROVAS DOS VALORES GASTOS PELO AUTOR NÃO COMBATIDAS NO MOMENTO OPORTUNO – ÔNUS QUE INCUMBIA AO RÉU/RECORRENTE – PLANO DE SAÚDE – APLICABILIDADE DO CDC – SÚMULA Nº 469, DO STJ – ABUSIVIDADE DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 12/2003 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de ser devido o reembolso ao paciente segurado do plano de saúde quando seu estado de saúde é emergencial e necessita de leito hospitalar e na ausência de vaga em local credenciado o paciente consegue ser atendido em local onde não há cobertura do plano. Ratifica-se que tal eventualidade deve ser baseada em provas robustas capazes de provar minuciosamente todos os fatos.

Aplicabilidade do CDC aos contratos de plano de saúde.

Sentença mantida. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 358-364 que, nos autos da ação de cobrança que lhe promove Silvio dos Santos Palermo, em que o magistrado singular julgou procedente o pedido formulado na inicial, para o fim de condenar a ré ao pagamento integral das despesas arcadas pelo autor, no montante de R$ 24.697,37 (vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta e sete centavos), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do cálculo de f. 267-270 (03/12/2012).

A empresa ré, ora recorrente, afirma que os serviços prestados a seus usuários e respectivos grupos familiares possui como limite geográfico de utilização dentro do Estado de Mato Grosso do Sul, com

finalidade de conseguirem atingir o objetivo de redução de risco de doença, sendo que se firma em seu estatuto e na Lei 9656/98, a qual refere-se especificamente aos planos privados de saúde e regras exigidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Afirma que "*o Plano de Saúde Cassems, deve ser analisado à luz das normas que regem as entidades fechadas de saúde complementar, que oferece aos seus associados e beneficiários, um plano de saúde geridos na modalidade de autogestão",* pois segundo suas razões na autogestão não há fins lucrativos, pois os usuários são os próprios donos do plano de saúde e sendo assim a relação estabelecida entre o autor/recorrido e a ré/recorrida, não se caracteriza como relação de consumo, não estando adstrita à legislação consumerista, devendo ser reformada a sentença neste sentido.

Aduz que "*há nos autos uma negativa de reembolso pelo fato do procedimento ter sido feito fora da área de abrangência fora da rede credenciada. Contudo, não há nenhuma negativa do plano de saúde do apelado, em liberar o procedimento para ser realizado pela rede credenciada",* sendo certo que neste caso deve ser feito uma análise e auditoria prévia.

Requer o provimento do apelo para reformar a sentença fazendo prevalecer as regras estatutárias e regulamentares restando incontroversa a insubsistência do direito alegado, descaracterização do prejuízo apontado e temeridade da lide, privilegiando a aplicação do regulamento do plano de saúde.

Em suas contrarrazões a parte autora, ora recorrida, pugna pela manutenção da sentença (f. 405-415).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de a interposta por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems em face da sentença de f. 358-364 que, nos autos da ação de cobrança que lhe promove Silvio dos Santos Palermo, em que o magistrado singular julgou procedente o pedido formulado na inicial, para o fim de condenar a ré ao pagamento integral das despesas arcadas pelo autor, no montante de R$ 24.697,37 (vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta e sete centavos), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do cálculo de f. 267-270 (03/12/2012).

O réu/recorrido afirma que quando sua falecida esposa foi acometida de um mal súbito, buscou o Hospital da Cassems nesta cidade, onde se verificou a necessidade de sua internação em Unidade de Terapia Intensiva UTI e que, no entanto, não havendo leito de UTI na unidade de Ponta Porã, MS, onde residiam, não lhe fora fornecida UTI móvel para deslocamento até o hospital conveniado mais próximo, na cidade de Dourados/MS, bem como que não lhe fora disponibilizada vaga em UTI no referido hospital.

Desta feita, inexistindo leitos de UTI na rede pública de saúde do Município, a paciente foi encaminhada para o Hospital Viva Vida, em Pedro Juan Caballero, no Paraguai, onde as despesas foram então arcadas pelo autor, razão pela qual ajuizou a presente demanda.

A empresa ré, ora recorrente, afirma que os serviços prestados a seus usuários e respectivos grupos familiares possui como limite geográfico de utilização dentro do Estado de Mato Grosso do Sul, com finalidade de conseguirem atingir o objetivo de redução de risco de doença, sendo que se firma em seu estatuto e na Lei 9656/98, a qual refere-se especificamente aos planos privados de saúde e regras exigidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Afirma que "*o Plano de Saúde Cassems, deve ser analisado à luz das normas que regem as entidades fechadas de saúde complementar, que oferece aos seus associados e beneficiários, um plano de saúde geridos na modalidade de autogestão",* pois segundo suas razões na autogestão não há fins lucrativos, pois os usuários são os próprios donos do plano de saúde e sendo assim a relação estabelecida entre o autor/recorrido e a ré/recorrida, não se caracteriza como relação de consumo, não estando adstrita à legislação consumerista, devendo ser reformada a sentença neste sentido.

Aduz que "*há nos autos uma negativa de reembolso pelo fato do procedimento ter sido feito fora da área de abrangência fora da rede credenciada. Contudo, não há nenhuma negativa do plano de saúde do Apelado, em liberar o procedimento para ser realizado pela rede credenciada",* sendo certo que neste caso deve ser feito uma análise e auditoria prévia.

Requer o provimento do apelo para reformar a sentença fazendo prevalecer as regras estatutárias e regulamentares restando incontroversa a insubsistência do direito alegado, descaracterização do prejuízo apontado e temeridade da lide, privilegiando a aplicação do regulamento do plano de saúde.

Em suas contrarrazões a parte autora, ora recorrida, pugna pela manutenção da sentença (f. 405-415).

É a síntese dos autos. Passo à decisão.

Trata-se de apelação cível interposta por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - Cassems contra a sentença (f. 358-364) proferida nos autos da ação de cobrança promovida por Silvio dos Santos Palermo.

Consta nos autos que o autor, ora recorrido, teve que despender diversos valores com o atendimento médico de sua falecida esposa, Ramona Coelho Palermo, em decorrência de internação hospitalar no período de 01/01/2009 a 08/11/2009.

Afirma que era segurado do plano de saúde oferecido pela ré e que, na data de 01/11/2009, ao ser acometido de um mal súbito, buscou o Hospital da Cassems nesta cidade, onde se verificou a necessidade de sua internação em Unidade de Terapia Intensiva UTI e que , no entanto, não havendo leito de UTI na unidade de Ponta Porã, MS, onde residiam, não lhe fora fornecida UTI móvel para deslocamento até o hospital conveniado mais próximo, na cidade de Dourados/MS, bem como que não lhe fora disponibilizada vaga em UTI no referido hospital.

Desta feita, inexistindo leitos de UTI na rede pública de saúde do Município, a paciente foi encaminhada para o Hospital Viva Vida, em Pedro Juan Caballero, no Paraguai, onde as despesas foram então arcadas pelo autor, razão pela qual ajuizou a presente demanda tecendo considerações sobre o direito à saúde e sustentando a obrigação da ré em reembolsá-lo das despesas com o tratamento médico, o que foi negado na via administrativa.

Ao analisar o feito o magistrado singular ressaltou que o tratamento médico não foi escolhido livremente pela paciente, ao contrário, conforme denota-se do documento de f. 21, ela procurou atendimento em hospital autorizado da Cassems em Ponta Porã, MS, não havendo, no entanto, disponibilização do serviço de UTI pela ré, tendo o profissional assistente encaminhado à hospital localizado no país vizinho.

Diante da ausência de provas, pela empresa, de possibilidade de tratamento em local credenciado pelo plano de saúde, o magistrado julgou procedente o pedido formulado na inicial, para o fim de condenar a ré ao pagamento integral das despesas arcadas pelo autor, no montante de R$ 24.697,37 (vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta e sete centavos), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do cálculo de f. 267-270 (03/12/2012).

A recorrente - Cassems - requer a reforma da sentença alegando, em síntese, que a relação existente entre planos de saúde de autogestão e seus beneficiários, não é uma relação de consumo, pois não há finalidade lucrativa nas atividades, o plano não é colocado à venda para o mercado e é administrado pelos próprios beneficiários, sendo esse o entendimento do STJ.

E ainda, afirma que trata-se do estatuto da associação, especialmente quanto aos direitos e deveres dos associados e a sua respectiva fonte de custeio, e neste raciocínio inaplicável e impossível a imposição de abuso, iniquidade e desvantagem exagerada previstas no art. 51, do CDC, sendo de conhecimento do autor este fato.

O cerne da questão a ser analisado neste recurso é saber se o plano de saúde da entidade recorrente aplica-se o código de defesa do consumidor ou a lei específica dos planos de saúde (Lei nº 9656/98).

Pois bem.

É importante consignar que a relação jurídica existente entre as partes deve ser analisada à luz do código de defesa do consumidor, por ser típica relação de consumo, na qual o plano de saúde é um prestador de serviços e o usuário é o destinatário final destes serviços, consoante o disposto nos arts. 2º e 3º, parágrafo 2º daquele diploma normativo, *in verbis*:

> *" Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (...)*
>
> *Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*
>
> *(...) 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

Com efeito, embora seja a apelante pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e em caráter de autogestão, atua no ramo de prestação de serviços médico-hospitalar aos servidores públicos estaduais, mediante contribuição pecuniária mensal, assegurando a seus associados o acesso a consultas, exames e determinados tratamentos médicos, atividade típica de plano de saúde, restando evidente portanto a figura de fornecedora de serviços de saúde.

As normas de proteção ao consumidor incidem no contrato de adesão entabulado entre as partes, haja vista que a avença estabelece o fornecimento oneroso de serviços médicos ao recorrido e aos outros usuários do plano de saúde na condição de destinatários finais. Nesse sentido, dispõe o enunciado da Súmula nº 469 do STJ: *"Aplica-se o código de defesa do consumidor aos contratos de plano de saúde".*

Desta feita, sem maiores delongas e controvérsia que envolve o caso, o fato de a operadora do plano de saúde ser associação sem fins lucrativos, de autogestão e administrada pelos próprios associados não afasta a incidência do código de defesa do consumidor com relação ao contrato de assistência à saúde, de que decorre típica relação de consumo.

Assim, é considerada fornecedora de serviços de saúde a seus associados, que contribuem financeiramente por essa assistência, sendo, por isso, regida pelas normas atinentes ao código de defesa do consumidor e demais legislações pertinentes ao caso. Eis o entendimento deste Tribunal, *in verbis*:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE CASSEMS*

> *– FORNECEDORA DE SERVIÇOS – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – OBRIGAÇÃO DO BENEFICIÁRIO EM ARCAR COM 30% DOS CUSTOS PARA AQUISIÇÃO DE ÓRTESES E PRÓTESES – AFASTADA RESOLUÇÃO NORMATIVA POSTERIOR À ADESÃO DO BENEFICIÁRIO NO CONTRATO – ATO JURÍDICO PERFEITO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DIREITO À VIDA QUE SE SOBREPÕE A UMA RELAÇÃO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *A intenção do legislador consumerista foi no sentido de enquadrar todas as pessoas jurídicas na hipótese legal de fornecedor, sem exceção, independentemente de possuírem fins lucrativos ou não, devendo se submeterem às normas do Código de Defesa do Consumidor".* (Apelação Cível nº 2005.007009-5/0000-00, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 31.7.2007, Quarta Turma Cível).

Ratifica-se que no presente caso a paciente e esposa do recorrido (Sra. Ramona Coelho Palermo) procurou atendimento médico Hospitalar em Hospital credenciado à Cassems em Ponta Porã, MS, localidade onde residia, e tendo em vista tratar de caráter emergencial (insuficiência cardíaca), precisava ser internada em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), conforme se verifica no documento de f. 21.

Ocorre que, não há qualquer indício de provas nos autos de que a ré/recorrente disponibilizou a vaga que a segurada necessitava, seja na cidade onde residia ou em local próximo a esta, não sendo justo, nem lícito afastar o dever de reembolso ao autor/recorrido pelas despesas que desembolsou ao internar sua esposa em Hospital localizado na cidade vizinha a sua (Pedro Juan Caballero, Paraguai), ante a inércia da ré/recorrente neste sentido.

Enfatiza-se que na lei que regulamenta os planos de saúde (Lei nº 9.656/98) em seu art. 12, VI, e art. 35-C, preconizam que:

> *"Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:*
>
> *[...]*
>
> *VI - **reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência,** quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada". (grifei)*
>
> *"Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:*
>
> *I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente".*

Assim, restando evidente que a questão aqui tratada refere-se a caso de emergência, implicando em gravidade à saúde da segurada, era dever do plano de saúde encaminhá-la a um hospital credenciado ou a outro que não fosse e neste caso arcasse com os custos, quando se verificou que não existia vaga na unidade de terapia intensiva para segurada, que por posteriormente veio a falecer.

A Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de ser devido o reembolso ao paciente segurado do plano de saúde quando seu estado de saúde é emergencial e necessita de leito hospitalar e na ausência de vaga consegue em hospital não credenciado, senão vejamos:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – **PLANO DE SAÚDE – INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO – REEMBOLSO – ESTADO DE SAÚDE GRAVE.** MODIFICAR AS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO – SÚMULA 7/STJ – REEMBOLSO LIMITADO – NO MÍNIMO – AOS PREÇOS DO PRODUTO CONTRATADO À ÉPOCA DO EVENTO – DEVER LEGAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 12, VI, DA LEI Nº 9.656/1998. AGRAVO INTERNO PROVIDO.*
>
> *1. Excepcionalmente, nos casos de urgência e emergência, em que não se afigurar possível a utilização dos serviços médicos, próprios, credenciados ou conveniados, a empresa de plano de saúde, mediante reembolso, responsabiliza-se pelos custos e despesas médicas expendidos pelo contratante em tais condições.* [...]"(STJ, AgInt no AREsp 986.571/SP, Rel. Min Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017) (grifei)

Logo, deve ser mantida a sentença que condena a empresa na obrigação de ressarcir o autor/recorrido ao pagamento integral das despesas arcadas pelo montante de R$ 24.697,37, cujos notas com detalhamento das respectivas despesas foram anexadas aos autos pela parte autora (f. 265-270) e não foram impugnadas no momento oportuno pela ré, ônus que lhe incumbia (art. 373, II, CPC/15).

Por todo o exposto, conheço do apelo, contudo, nego-lhe provimento, mantendo-se intacta a sentença objurgada.

Por fim, tendo em vista que a sentença foi proferida na vigência da nova legislação processual, fixo os honorários recursais em 5% sobre o valor total da condenação, cujo montante deverá ser acrescido ao valor fixado em sentença. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Em atenção ao que dispõe o art. 85, § 11, do CPC/20152, ante a sucumbência recursal evidenciada, arbitro honorários advocatícios no importe 5% sobre o valor total da condenação, cujo montante deverá ser acrescido ao valor fixado em sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800010-75.2013.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – FALHA TAMBÉM NO GERADOR DE ENERGIA – GRANJA – MORTE DE MILHARES DE AVES – TEMPO SEM ENERGIA ACIMA DO RAZOÁVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PROVA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE POR PARTE DA CONCESSIONÁRIA – APELO PROVIDO.

A prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica caracteriza relação de consumo, capaz de gerar a responsabilização da concessionária, consoante preconizam os artigos 14, 20 *caput* e inciso II e 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A concessionária de serviço público tem o dever de ressarcir os danos a que deu causa ou deveria evitar, uma vez evidenciada a existência do nexo causal entre os danos sofridos pela vítima e o ato perpetrado. Nesse caso, a responsabilidade é objetiva, a teor do contido no § 6º do art. 37 da CF/88, e somente pode ser excluída ou atenuada mediante culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiros, excludentes não configuradas no caso concreto. Precedente do STJ.

Conforme inteligência do art. 14 do CDC, é responsável pelo defeito na prestação do serviço o fornecedor de serviços, o qual, diante da leitura do art. 3º do CDC, constitui toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Assim, será responsável pela prestação de serviço realizada de forma falha todo aquele que integra a cadeia de fornecimento.

Responsabilidade solidária entre empresas que causaram danos aos autores.

Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 1165-1174 que, nos autos da ação de indenização ajuizada por Roberto Carlos Miotto Ferreira, Adroaldo Antonio Paludo, Adriano Maximino Paludo, Mauri Antonio Mazureck, Lauri Francisco Paludo, Cristiano Farina Paludo, Marcos Vinicius Farina Paludo, Abatedouro de Aves Itaquirai Ltda - Frango Ouro, com fulcro no art. 487, I, do CPC, julgou, com resolução do mérito, parcialmente procedente o pedido formulado por Abatedouro de Aves Itaquiraí Ltda. - Frango Ouro, Adriano Maximino Paludo, Adroaldo Antonio Paludo, Cristiano Farina Paludo, Lauri Francisco Paludo, Marcos Vinicius Farina Paludo, Mauri Antonio Mazureck e Roberto Carlos Miotto Ferreira em face da Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A (Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A), todos qualificados nos autos, para condenar a requerida a pagar a título de indenização por danos emergentes: - aos requerentes Adriano Maximino Paludo, Adroaldo Antonio Paludo, Cristiano Farina Paludo, Lauri Francisco Paludo, Marcos Vinicius Farina Paludo, Mauri Antonio Mazureck e Roberto Carlos Miotto Ferreira, a quantia de R$ 41.513,49 (quarenta e um mil e quinhentos e treze reais e quarenta e nove centavos) e - ao requerente Abatedouro de Aves Itaquiraí Ltda. - Frango Ouro, a quantia de R$ 207.548,05 (duzentos e sete mil e quinhentos e quarenta e oito reais e cinco centavos).

Afirma que:

> *"(...) ao estabelecer a responsabilidade civil da recorrente em razão dos danos experimentados pelos recorridos e condená-la a pagar a integralidade dos danos por estes suportados, sem determinar o abatimento da indenização que receberam do responsável solidário pela consecução do dano, fê-lo de forma a violar tanto a natureza jurídica do ressarcimento de danos, quanto a expressos dispositivos de lei federal".*

Alega que como os réus/recorridos já obtiveram o ressarcimento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) no ano de 2015, não poderia a condenação imposta à empresa, ora recorrente abranger ao valor integral dos danos apurados na perícia, sem contemplar o abatimento desse valor.

Requer a reforma para o fim de se ajustar a condenação ao efetivo prejuízo suportado pelos recorridos, mediante o abatimento dos valores que já receberam da demandada Cummins Brasil S/A, por ser medida que se impõe.

A parte contrária apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença pelos próprios fundamentos, f. 1207-1216.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A em face da sentença de f. 1165-1174 que, nos autos da ação de indenização que promove em face de Roberto Carlos Miotto Ferreira, Adroaldo Antonio Paludo, Adriano Maximino Paludo, Mauri Antonio Mazureck, Lauri Francisco Paludo, Cristiano Farina Paludo, Marcos Vinicius Farina Paludo, Abatedouro de Aves Itaquirai Ltda - Frango Ouro, com fulcro no com fulcro no art. 487, I, do CPC, julgou, com resolução do mérito, parcialmente procedente o pedido formulado por Abatedouro de Aves Itaquiraí Ltda. - Frango Ouro, Adriano Maximino Paludo, Adroaldo Antonio Paludo, Cristiano Farina Paludo, Lauri Francisco Paludo, Marcos Vinicius Farina Paludo, Mauri Antonio Mazureck e Roberto Carlos Miotto Ferreira em face da

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A (Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A), todos qualificados nos autos, para condenar a requerida a pagar a título de indenização por danos emergentes: - aos requerentes Adriano Maximino Paludo, Adroaldo Antonio Paludo, Cristiano Farina Paludo, Lauri Francisco Paludo, Marcos Vinicius Farina Paludo, Mauri Antonio Mazureck e Roberto Carlos Miotto Ferreira, a quantia de R$ 41.513,49 (quarenta e um mil e quinhentos e treze reais e quarenta e nove centavos) e - ao requerente Abatedouro de Aves Itaquiraí Ltda. - Frango Ouro, a quantia de R$ 207.548,05 (duzentos e sete mil e quinhentos e quarenta e oito reais e cinco centavos).

Afirma que:

> *"(...) ao estabelecer a responsabilidade civil da recorrente em razão dos danos experimentados pelos recorridos e condená-la a pagar a integralidade dos danos por estes suportados, sem determinar o abatimento da indenização que receberam do responsável solidário pela consecução do dano, fê-lo de forma a violar tanto a natureza jurídica do ressarcimento de danos, quanto a expressos dispositivos de lei federal".*

Alega que como os réus/recorridos já obtiveram o ressarcimento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) no ano de 2015, não poderia a condenação imposta à empresa, ora recorrente abranger ao valor integral dos danos apurados na perícia, sem contemplar o abatimento desse valor.

Requer a reforma para o fim de se ajustar a condenação ao efetivo prejuízo suportado pelos recorridos, mediante o abatimento dos valores que já receberam da demandada Cummins Brasil S/A, por ser medida que se impõe.

A parte contrária apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença pelos próprios fundamentos, f. 1207-1216.

É a síntese dos autos. Passo à decisão.

Os autores, ora recorridos, pretenderam com a presente ação a condenação da empresa Energisa – Distribuidora de Energia de MS, ao pagamento da indenização por danos emergente e lucros cessantes, em virtude da interrupção no fornecimento de energia elétrica na Estância Ouro II, localizada no Município de Aparecida do Taboado, MS, nos dias 27 e 28 de maio de 2012, o que culminou na morte de milhares de aves pertencentes aos autores/recorridos.

Importante destacar que os autores ajuizaram a demanda em face da Energisa, tendo em vista que era a fornecedora de energia local quando ocorreu a queda injustificada de energia, bem como em face de Cummins Brasil Ltda., empresa responsável pela compra de um gerador modelo 165 KW-231 KVA, que teria entrado em funcionamento no momento da queda de energia (00h50min de 28/05/2012) contudo, houve falha mecânica no gerador e este parou de funcionar levando os requerentes a prejuízos de ordem financeira com a morte de milhares de aves.

Consta às f. 784-788 comprovante de pagamento de valores relativos à acordo entre os autores e a empresa Cummins Brasil Ltda., onde restou acordado que a empresa pagaria a quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em 3 parcelas de R$ 66.666,66 (sessenta e seis mil, seiscentos e sessenta e seis reais) em forma de quitação da dívida.

Diante desta minuta o magistrado de piso homologou a transação celebrada de forma amigável e extinguiu o feito em relação à empresa Cummins Brasil Ltda, com apreciação de mérito, na forma do artigo 269, III, CPC/73 (vigente à época da referida sentença) f. 789-750. Desta sentença que homologou referido acordo não houve recurso.

Ato contínuo o magistrado sentenciou o feito e condenou a empresa Energisa S/A na condenação da indenização da quantia de R$ 249.061,54 (duzentos e quarenta e nove mil, sessenta e um reais e cinquenta e quatro reais), tendo em vista tratar-se de responsabilidade objetiva decorrente da interrupção do fornecimento de energia por 14 horas, sobretudo pelo fato dos autores terem comprovados pelas vias documentais todos os danos sofridos decorrente desta interrupção.

A controvérsia gerada nestes autos pela recorrente é que conforme sua interpretação o valor referente à condenação que lhe forma imputada no importe de R$ 249.061,54, deve ser abatido a quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) relativa ao pagamento do acordo com a segunda requerida (Cummins Brasil Ltda) f. 784-788.

Frisa-se que não restou reconhecido na sentença a responsabilidade solidária entre as requeridas, afirmando a magistrada que a concessionária era a única responsável pelo fornecimento de energia, avocando para si a responsabilidade objetiva que se trata o caso**.**

Neste tocante a magistrada singular assim proferiu a sentença na parte referente a este tema, f. 1171, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *Por outro lado, o serviço público de fornecimento de energia elétrica, caracteriza-se como indispensável e deve ser prestado de maneira contínua e sem interrupções.*
>
> *Assim, resta claro que a obrigação de fornecer energia elétrica de forma ininterrupta e contínua é da Energisa e não da segunda requerida, sendo indiferente os problemas técnicos apresentados pelo grupo de geradores.*
>
> *Portanto, o dano decorreu diretamente da conduta omissiva da Energisa(14 horas sem fornecimento de energia),* ***não podendo a concessionária de serviço público socorrer-se do problema técnico do grupo de geradores como causa excludente de sua responsabilidade.***
>
> ***Desta forma, sequer há de falar em responsabilidade solidária entre as requeridas****, posto que a concessionária era a responsável pelo fornecimento de energia, portanto, o dano decorreu de sua conduta omissiva".* (grifei)

Como sabido, a concessionária de serviço público responde pelos danos causados aos administrados, uma vez que sua responsabilidade, conforme consagrado pelo art. 37, § 6º da CF/88, é objetiva, não havendo necessidade de se perquirir acerca do elemento subjetivo, qual seja, a culpa, bastando a simples demonstração, por parte do ato lesionado, do dano sofrido e do nexo causal, exatamente nos termos que fora proferida a sentença.

Na apuração da responsabilidade objetiva deve-se observar sobre o nexo de causalidade entre a ação ou omissão que tenha gerado o dano, porque daí decorre o dever ressarcitório, razão pela qual o ofendido deve apenas provar o dano sofrido, o que restou evidenciado nos autos através do laudo pericial, perpetrado através da ação ou omissão das concessionárias públicas e de seus servidores ou agentes.

Assim, para que haja indenização à vítima pela concessionária de serviço público, basta tão somente a configuração do nexo causal entre o fato e o resultado danoso, conforme o princípio da responsabilidade objetiva, a qual somente pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima, podendo, também, ser reduzida mediante a comprovação de sua culpa concorrente.

O caderno processual e demais provas que embasam os autos, sobretudo o laudo pericial de f. 1053-1078, deixa inequívoca a interrupção da energia elétrica no imóvel rural no qual o apelante desempenha atividade de criação de aves, senão vejamos teor do laudo neste sentido, f. 1063, *in verbis:*

> *"(...)*
>
> *Assim, pelos aspectos de ordem técnica registrados nesse subitem, temos que existe nexo de causalidade entre a mortalidade ocorrida e a interrupção do fornecimento de energia elétrica, em que as aves teriam, com isso, sido impostas à estresse calórico, vindo, em boa parcela do estoque alojado nos galpões, a óbito. (...)"*

Frisa-se que a requerida não se desincumbiu de trazer qualquer outro elemento passível de demonstrar a ausência de credibilidade da perícia judicial dos autos, para fins de apuração do montante referente à perda material.

Evidente portanto que, sendo a apelante responsável pelo fornecimento de energia elétrica, e sendo este um serviço que exige eficiência, continuidade e segurança na relação de consumo existente entre as partes, não é plausível que um defeito/falha na rede de distribuição ou geração de energia não seja previsível pela empresa e que o restabelecimento da energia se estenda por tantas horas.

Nesse sentido a jurisprudência da Corte Superior já se manifestou, *in verbis:*

> *"ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO EM VIRTUDE DE "APAGÃO" – DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS – PROCEDÊNCIA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA – SÚMULA 7/STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONHECIDA.*
>
> *1. **O Tribunal de origem, com base na situação fática do caso, decidiu que ficou demonstrado o dano material, procedente a inversão do ônus da prova, e ausente excludente de responsabilidade a isentar a concessionária da obrigação de reparar.***
>
> *2. Insuscetível de revisão, nesta via recursal, o referido entendimento, por demandar reapreciação de matéria fática. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.*
>
> *3. A incidência da referida Súmula impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa. Agravo regimental improvido*. (AgRg no AREsp 604.805/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014) (grifei)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA – PREJUÍZO EM GRANJAS – MORTE DE AVES – CERCEAMENTO DE DEFESA – INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO – REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A ALTERAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO*. (STJ - AgRg no AREsp: 668766 GO 2015/0027530-0, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 26/04/2016, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 02/05/2016)

E ainda no mesmo sentido: (STJ - AREsp: 1255792 GO 2018/0046552-2, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 15/03/2018)

Veja-se entendimento de tribunais pátrios sobre o tema em questão*, in verbis:*

APELAÇÃO CÍVEL – CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO – FALHA NA PRESTAÇÃO – MORTE DE AVES EM GRANJA – DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES – JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 43 E 54 DO STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REGRA DO ART. 20, § 3º DO CPC – MAJORAÇÃO.

- A concessionária de serviço público responde de forma objetiva pelos danos que causar por falha na prestação do serviço. (art. 37, § 6º da Constituição da República)

- E estando a empresa concessionária, responsável por fornecimento de energia elétrica, sujeita ao princípio orientador da Administração Pública da continuidade do serviço público, o que a obriga a manter o regular funcionamento de sua atividade essencial, a interrupção no devido fornecimento de energia é circunstância que, inegavelmente, causa prejuízos aos usuários, que devem ser integralmente reparados.

- A interrupção de fornecimento de energia, devido à sobrecarga causada por chuvas, trovoadas e/ou descargas atmosféricas, não constitui excludente de responsabilidade, por se tratar de risco inerente à atividade empresarial desenvolvida pela distribuidora de energia elétrica.

- Comprovado o nexo causal entre o evento danoso - morte das aves - e a deficiência na prestação do serviço, a concessionária de energia tem a obrigação de indenizar os danos emergentes e os lucros cessantes advindos. *(...)"* (TJ/MG, Apelação Cível nº 1.0431.07.033087-0/001 - Rel. Des. Versiani Penna - DJ de 01/06/2012) (grifei)

"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – DEMORA NO RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO – DANO MORAL E MATERIAL – CABIMENTO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA NA PROPRIEDADE DO AUTOR – AUSÊNCIA DE PROVA DE FATO IMPREVISÍVEL E JUSTIFICÁVEL À FALHA DO SERVIÇO – DEMORA NO RESTABELECIMENTO – DIVERSAS RECLAMAÇÕES – PERECIMENTO DE PRODUTOS: DEVER DE RESSARCIR PRESENTE – DANO MORAL IN RE IPSA. (...) – NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO – UNÂNIME." (TJRS - Apelação Cível nº 70057366049 - Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana - j. 27/03/2014).

Importante destacar nesta oportunidade que no tocante ao dever de ambas as empresas ressarcirem os autores (responsabilidade solidária) consta no laudo pericial às f. 1130 que, *in verbis:*

5) Alega que nos cálculos desenvolvidos não foi considerado que a empresa Cummins Brasil Ltda já efetuou o pagamento de R$ 200.000,00, devendo tal valor der abatido do montante apurado no Laudo.

Nossa análise*: às f. 784-788 a parte requerente e a empresa Cummins Brasil Ltda. apresentaram transação celebrada entres elas noticiando composição amigável, mediante o pagamento pela empresa da importância de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Este acordo foi homologado na decisão judicial em f. 789-790 dos Autos.*

> *Todavia,* ***entendemos que a decisão de abatimento do valor é preponderadamente jurídico, ou seja, está vinculado impostergavelmente a Decisão do Juízo.*** *Assim, caso seja de eventual entendimento do Juízo, que do valor apurado no laudo pericial deva ser abatido o montante do acordo firmado, estaremos prontos para atender".* (grifei)

Veja-se que da feita que a empresa Cummins e os autores efetuaram acordo e este fora homologado pelo juízo, cabe ao julgador, nesta hipótese analisar se é caso de abatimento do valor dos danos detectados ou não.

Manter a sentença como se apenas a concessionária de energia fosse responsável pelos danos causados ao recorridos seria privilegiar o enriquecimento ilícito destes, posto que o laudo pericial foi realizado e concluído no sentido de detectar o valor dos danos sofridos pelos autores, independente se houve responsabilidade solidária ou não.

Tenho por certo que ambas as empresas tem a responsabilidade direta com os prejuízos causados aos recorridos, não podendo a empresa de energia ser condenada a pagar a integralidade da condenação aplicada na sentença, sem que haja o desconto do acordo previamente entabulado.

De fato, conforme inteligência do art. 14 do CDC, é responsável pelo defeito na prestação do serviço o fornecedor de serviços, o qual, diante da leitura do art. 3º do CDC, constitui toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, será responsável pela prestação de serviço realizada de forma falha todo aquele que integra a cadeia de fornecimento, podendo o consumidor intentar a demanda contra qualquer das pessoas que integram tal cadeia.

Nesse sentido, leciona Sérgio Cavalieri Filho[1]

> *[...] ao disciplinar a responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14 fala apenas em fornecedor, gênero que inclui todos os integrantes da cadeia produtiva. Logo, tratando-se de dano causado por defeito do serviço (fato do serviço), respondem solidariamente todos os participantes de sua produção".*

No caso dos autos, resta, portanto, evidente a responsabilidade solidária entre as duas empresas rés, devendo ser reformada a sentença que condenou nos danos emergentes no importe de R$ 249.061,54 (duzentos e quarenta e nove mil, sessenta e um reais e cinquenta e quatro centavos), posto que da feita que a empresa/ré Cummins Brasil Ltda., responsável pela fabricação do gerador de energia, entabulou acordo com os recorrentes no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o qual foi devidamente cumprido, cabe a concessionária de Energia arcar apenas com o valor restante do total, sob pena de enriquecimento ilícito.

Por todo o exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para reformar a sentença, reconhecendo a responsabilidade solidária entre as empresas rés, determinando via de consequência, seja realizado sobre o valor a ser restituído o abatimento da quantia já recebida pelos Recorridos da demandada Cummins Brasil S/A, a título de reparação dos danos que suportaram em razão do evento danosos noticiado nestes autos.

1 (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 506)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0810050-49.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – RETENÇÃO DE MERCADORIAS PELO NÃO PAGAMENTO DE IMPOSTO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONDENAÇÃO DO ESTADO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – REITERADA CONDUTA ILEGAL – RESPONSABILIDADE PROCESSUAL CIVIL – ART. 80, VI, DO CPC/15 – NORMA PUNITIVA – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – RECURSO PROVIDO.

Controvérsia centrada na discussão sobre a possibilidade de retenção de mercadoria pelo não pagamento de imposto, bem como da possibilidade de condenar o Estado por litigância de má-fé pela sua conduta reiterada de reter mercadorias para coagir o contribuinte a pagar o imposto.

É inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte a pagar tributos, conforme teor da Súmula nº 323, do Supremo Tribunal Federal.

O art. 80, inc. VI, do CPC/15 dispõe que considera-se litigante de má-fé aquele que: VI - provocar incidente manifestamente infundado, e está localizado na Seção II do CPC/15 "*Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual*" que está inserida no Capítulo II "*DOS DEVERES DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES*". Trata-se, assim, de responsabilidade processual civil, ou seja, por atos e condutas praticadas, durante o processo judicial, pelas partes e seus procuradores.

Na espécie, mesmo sendo reprovável a reiterada conduta ilegal do Estado de reter mercadorias para obrigar o contribuinte a recolher os impostos, esta não é punível no âmbito da responsabilidade processual civil, podendo ser considerado um ato ilegal para fins de responsabilização civil do Estado.

Ademais, por ser norma punitiva, o inciso VI, do art. 80, que dispõe sobre a conduta proibida de provocar incidente manifestamente infundado, não comporta uma interpretação extensiva ao ponto de abarcar como conduta proibida também "*provocar o ajuizamento de ação judicial por reiterada conduta ilegal*".

Sentença mantida em remessa necessária. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso e negar provimento à remessa necessária, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Estado de Mato Grosso do Sul, Juiz(a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande interpõe recurso de apelação/remessa necessária em face da sentença de f. 77-81 que, nos autos do mandado de segurança ajuizada por QVN Comércio de Cosméticos Eireli - Me, julgou parcialmente procedente a segurança, para a não apreensão das mercadorias relacionadas nas notas fiscais eletrônicas nº 113299. Aplicou ao Estado a pena de litigância de má-fé, que fixou em 1% sobre o valor da causa, na forma do artigo 81, *caput*, do Código de Processo Civil. Deixou de condenar a autoridade coatora ao pagamento de honorários de advogado, por força do que dispõem as Súmulas nº 512, do STF e 105, do STJ.

Afirma que a conduta do Estado não se insere em nenhuma das hipóteses apontadas pela legislação como litigância de má-fé.

Sustenta que o fato de o fisco apreender mercadorias para averiguação e fiscalização de forma imparcial, como no caso em tela, não configura má-fé, tampouco litigância de má-fé, mas sim estrito cumprimento do dever legal.

Por fim, requer seja dado provimento ao recurso de apelação, reformando a sentença de primeiro grau para afastar a condenação por litigância de má-fé.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo provimento parcial da remessa necessária e do recurso de apelação, apenas para afastar a multa por litigância de má-fé, mantendo-se a sentença nos demais termos.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação/remessa necessária interposto(a) por Estado de Mato Grosso do Sul, Juiz(a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande em face da sentença de f. 77-81 que, nos autos do mandado de segurança ajuizada por QVN Comércio de Cosméticos Eireli - Me, julgou parcialmente procedente a segurança, para a não apreensão das mercadorias relacionadas nas notas fiscais eletrônicas nº 113299. Aplicou ao Estado a pena de litigância de má-fé, que fixou em 1% sobre o valor da causa, na forma do artigo 81, *caput*, do código de processo civil. Deixou de condenar a autoridade coatora ao pagamento de honorários de advogado, por força do que dispõem as Súmulas nº 512, do STF e 105, do STJ.

Afirma que a conduta do Estado não se insere em nenhuma das hipóteses apontadas pela legislação como litigância de má-fé.

Sustenta que o fato de o fisco apreender mercadorias para averiguação e fiscalização de forma imparcial, como no caso em tela, não configura má-fé, tampouco litigância de má-fé, mas sim estrito cumprimento do dever legal.

Por fim, requer seja dado provimento ao recurso de apelação, reformando a sentença de primeiro grau para afastar a condenação por litigância de má-fé.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo provimento parcial da remessa necessária e do recurso de apelação, apenas para afastar a multa por litigância de má-fé, mantendo-se a sentença nos demais termos.

Pois bem.

Apreensão de mercadoria

A empresa QVN Comércio de Cosméticos Eireli - ME impetrou mandado de segurança contra ato coator imputado ao superintendente de administração tributária do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na apreensão de mercadorias até o integral recolhimento do imposto devido.

A sentença concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar que determinou a não apreensão das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais Eletrônicas n° 113299.

O Supremo Tribunal Federal editou enunciado sobre a questão:

> *"Súmula nº 323 do STF - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"*

Sobre o tema a 2ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal já decidiu:

> *"EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS – ICMS A RECOLHER – EXIGÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – LIBERAÇÃO – SÚMULA N. 323, DO STF – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não se dá provimento à remessa necessária quando verificado o acerto da decisão atacada que concedeu a segurança, liberando as mercadorias de propriedade da autora, apreendida pela autoridade coatora como forma de coerção a regularização do recolhimento do ICMS; incidindo, na espécie, o teor da Súmula n. 323, do Supremo Tribunal Federal."* (TJMS – Remessa Necessária 0828055-56.2016.8.12.0001, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Data do julgamento: 22/03/2017).

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – DEVER DE NÃO FAZER – APREENSÃO DE MERCADORIA – MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTO – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA 323 DO STF. É inadmissível a apreensão de qualquer mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributo, conforme súmula 323 do STF. Recurso conhecido e não provido."* (TJMS – Recurso de Apelação 0802204-15.2016.8.12.0001, Des. Vilson Bertelli, Data do julgamento: 15/02/2017).

Na espécie, a impetrante comprova que atua no ramo de comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria, de higiene pessoal e de produtos alimentícios, tais como suplementos alimentares (f. 12), bem como que adquiriu os produtos faturados nas notas fiscais eletrônicas de f. 22 e seguintes. Comprova também que houve a retenção da mercadoria, conforme Termos de Verificação Fiscal nº 001014701 e nº 001014702 (f. 26-28).

Verifica-se do mencionado termo de verificação, que o fisco estadual advertiu a impetrante:

> *"(...) nos termos do artigo 98, § 2º, da Lei 1810/97, fica o intimado* ***obrigado a****, no prazo de cinco dias, a contar desta data,* ***recolher o crédito tributário apurado ou apresentar prova de imunidade, não-incidência ou isenção do imposto****, sem prejuízo da regularização das obrigações acessórias, se for o caso, ou ainda a requerer a autuação fiscal na repartição competente,* ***sob pena de presunção de desinteresse e da mercadoria ser considerada abandonada e vendida em leilão*** *na forma e prazo definidos nos artigos 154 a 164 do regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 9.203 de 18/09/1998." (f. 26 - grifamos).*

Tal medida foi tomada pela Fazenda Estadual por considerar que houve erro no apontamento da base de cálculo do tributo, em desconformidade com os artigos 49 e 50, da Lei Estadual nº 1.810, de 22/12/1997, razão pela qual procedeu a novo arbitramento, o que gerou uma diferença de imposto a pagar, sendo a liberação da mercadoria condicionada ao adimplemento da diferença do ICMS, nos termos dos art. 154 a 164 do Decreto nº 9.203, de 18/09/1998 (regulamento do ICMS), conforme constou no termo de verificação fiscal supramencionado.

Contudo, o ato praticado pela Administração revela-se arbitrário e ilegal, pois o ente público dispõe de outros métodos para a cobrança do imposto.

Logo, foi indevida a restrição imposta à impetrante, que foi impedida de exercer livremente as suas atividades comerciais, ante o condicionamento da liberação das mercadorias mediante o pagamento do tributo.

Assim, não merece reparos a sentença que concedeu a segurança, porquanto está demonstrado o direito líquido e certo da impetrante, visto que não é admitida a retenção de mercadorias como meio de coagir o pagamento de impostos.

Recurso do Estado de Mato Grosso do Sul

Discute-se no presente recurso a possibilidade de condenar o Estado por litigância de má-fé pela sua conduta reiterada de reter mercadorias para coagir o contribuinte a pagar o imposto. 2 – Litigância de má-fé e conduta reiterada considerada ilegal o Estado de Mato Grosso do Sul requer a reforma da sentença para afastar a sua condenação por litigância de má-fé no valor de 1% sobre o valor da causa.

Argumenta o apelante, em síntese, que: a) o fisco apreender mercadorias para averiguação e fiscalização de forma imparcial, como no caso em tela, não configura má-fé, tampouco litigância de má-fé, mas sim estrito cumprimento do dever legal; b) a conduta extraprocessual do Estado, através de seus agentes fiscalizadores não está em julgamento no caso em comento, não cabendo ao juiz julgar de maneira genérica, e c) de acordo com a jurisprudência do TJMS, a litigância de má-fé está relacionada a atos procrastinatórios praticados no curso da demanda, não abrangendo comportamentos extraprocessuais.

O juiz *a quo* condenou o apelante sob o argumento de que:

> *Da litigância de má-fé.*
>
> *O expediente de se apreenderem mercadorias para obrigar o contribuinte a recolher o tributo sobre ela incidente é prática antiga da administração pública que obrigou o Supremo Tribunal Federal, há mais de 50 anos a editar a Súmula nº 323. No entanto, o Estado-Administrador (no caso o Executivo) se recusa a seguir a determinação do Estado-Juiz (no caso o Supremo Tribunal Federal), já vetusta e repetida ad nauseam em inúmeros mandados de segurança, quer em primeira quer em segunda instâncias. O instituto da litigância de má-fé em princípio foi concebido para punir a conduta maliciosa da parte em um processo específico. Todavia, o caso em questão leva a uma ampliação deste conceito, para que seja incluída a conduta pré-processual, causadora do conflito de interesses. O Estado, através de seus agentes fiscalizadores, mantém o procedimento de apreensão de mercadorias por tempo superior ao necessário à lavratura da autuação, provocando a necessidade de que o contribuinte vá ao Judiciário para impetrar um mandado de segurança que o próprio Estado já sabe, de antemão, que será concedido, ante a ilegalidade manifesta e reiterada da conduta do agente fiscal. A jurisdição é ética, mesmo porque o próprio Direito se constitui, como ensinava o Professor Miguel Reale, no trinômio fato-valor-norma, e o valor é o ético-moral. Portanto não pode o Judiciário permanecer inerte à situação que lhe é provocada pelos agentes do Estado que se utilizam de um procedimento cuja inconstitucionalidade já foi declarada às escâncaras, impondo*

à parte que ajuíze ação de resultado certo e inevitável. Mais do que um mero incidente manifestamente infundado, o Estado provoca o ajuizamento da própria ação judicial com sua reiterada conduta, incidindo na hipótese do art. 80, VI, do Código de Processo Civil, merecendo censura por parte do Judiciário. Ante todo o exposto, torno definitiva a liminar e julgo parcialmente procedente a segurança, para a não apreensão das mercadorias relacionadas nas notas fiscais eletrônicas n° 113299. Aplico ao Estado a pena de litigância de má-fé, que fixo em 1% sobre o valor da causa, na forma do artigo 81, caput, do Código de Processo Civil. Deixo de condenar a autoridade coatora ao pagamento de honorários de advogado, por força do que dispõem as Súmulas nº 512, do STF e 105, do STJ. Egrégio Tribunal de Justiça para o reexame da sentença, nos termos do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 12.016/09".

O art. 80, inc. VI, do CPC/15 dispõe que considera-se litigante de má-fé aquele que: VI - provocar incidente manifestamente infundado. O referido artigo está localizado na Seção II do CPC/15 "*Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual*" que está inserida no Capítulo II "*Dos Deveres das Partes e de seus Procuradores*".

Trata-se, assim, de responsabilidade processual civil, ou seja, por atos e condutas praticadas, durante o processo judicial, pelas partes e seus procuradores.

Assim, mesmo sendo reprovável a reiterada conduta ilegal do Estado de reter mercadorias para obrigar o contribuinte a recolher os impostos, esta não é punível no âmbito da responsabilidade processual civil, podendo ser considerado um ato ilegal para fins de responsabilização civil do Estado.

Ademais, por ser norma punitiva, o inciso VI, do art. 80, que dispõe sobre a conduta proibida de provocar incidente manifestamente infundado, não comporta, no meu entender, uma interpretação extensiva ao ponto de abarcar como conduta proibida também *"provocar o ajuizamento de ação judicial por reiterada conduta ilegal",* como entendeu o magistrado *a quo.*

Diante do exposto, com o parecer, em sede de reexame necessário, mantenho a sentença que concedeu a segurança. E conheço o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento para afastar a sua condenação por litigância de má-fé.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso e negaram provimento à remessa necessária, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

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, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0803674-60.2016.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO – TESTAMENTO PARTICULAR – PEDIDO DE ABERTURA E REGISTRO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – PREJUDICADA – SE CONFUNDE COM O MÉRITO – CONFIRMAÇÃO DO TESTAMENTO POR 3 (TRÊS) TESTEMUNHAS EM AUDIÊNCIA – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.876 E 1.878, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL – VERACIDADE DO ATO – EXIGÊNCIAS LEGAIS DO ARTIGO 737 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CUMPRIDAS – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – HOMOLOGAÇÃO DA ABERTURA DO TESTAMENTO PARTICULAR – QUESTÕES RELACIONADAS COM A VALIDADE, MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TESTADOR DEVEM SER OBJETO DE AÇÃO PRÓPRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Embora a novidade constante do artigo 737, § 1º, do Código de Processo Civil permita o contraditório, no que tange às provas testemunhais no procedimento de publicação do testamento particular, por se tratar procedimento de jurisdição voluntária, possui cognição limitada.

O testamento particular segue as regras dos artigos 1.876 e 1.878 do Código Civil, sendo que sua confirmação ocorre quando as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição e reconhecerem suas assinaturas, bem como a do testador.

Questões intrínsecas relacionadas ao testamento, como reserva da parte legítima ou manifestação de vontade devem ser analisadas em procedimento próprio, ou seja, por meio de ação anulatória, sendo que a abertura, registro e cumprimento de testamento apenas discute a validade do referido ato de vontade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar de cerceamento de defesa, a homologação provida sem envolvimento do mérito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nancy Gonçalves Barbosa contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá nos autos da Ação de Abertura e Registro de Testamento, em face de Valkiria Souza do Nascimento.

Valkiria Souza do Nascimento e outro ajuizou esta ação para comunicar o falecimento de Ivo Barbosa, tendo apresentado a registro testamento particular, requereu seu processamento para, ao final, ser cumprido nos autos de inventário.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido inicial e, por conseguinte, confirmou o testamento particular das f. 8-9, nomeando a requerente, Valkiria Souza do Nascimento, no encargo de testamenteira. Além disso, condenou a parte requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais arbitrou em R$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais).

A apelante alega em suas razões recursais, preliminarmente, pela nulidade do julgado por cerceamento de defesa, sob o argumento de não foi oportunizada a produção de prova testemunhal de todas as demais admitidas em direito, para rechaçar a afirmação inverídica de que o *de cujus* estava separado de fato da Recorrente e convivendo há cerca de 16 anos ou mais com a genitora da Recorrida, o que não é verdade, visto que a referida senhora nada mais era que a concubina do falecido.

Afirma que a sentença não pode prosperar, pois foi considerado somente fatos e argumentos articulados pela parte autora.

Por fim, requer seja conhecido e provido o apelo para declarar a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à comarca de origem, para que o juízo *a quo* possa exaurir a fase de instrução processual com a realização de audiência de instrução, garantindo-lhe, desta forma, o contraditório e a ampla defesa.

Contrarrazões às f. 82-84 pelo desprovimento do presente recurso.

Considerando que a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 98-107, aventou preliminar de nulidade da sentença ante a ausência de provas quanto aos bens testados pertencerem apenas ao Testador, foram intimadas as partes. Às f. 111-112 o autor manifestou-se que a preliminar aventada pela Procuradoria-Geral de Justiça deve prosperar. Já o réu entende que não deve prosperar a referida preliminar arguida (f. 113-115).

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Nancy Gonçalves Barbosa contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá que, nos autos da Ação de Abertura e Registro de Testamento, em face de Valkiria Souza do Nascimento, julgou procedente o pedido inicial.

Da admissibilidade do recurso de apelação

Verifica-se ser o recurso de apelação tempestivo, eis que interposto dentro do prazo previsto no disposto nos arts. 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único, NCPC/2015. O comprovante de recolhimento de preparo reursal foi juntado às f. 75.

Síntese da demanda

Valkiria Souza do Nascimento e outro ajuizaram esta ação para comunicar o falecimento de Ivo Barbosa, tendo apresentado a registro testamento particular, requerendo seu processamento para, ao final, ser cumprido nos autos de inventário.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido inicial e, por conseguinte, confirmou o testamento particular das f. 8-9, nomeando a requerente, Valkiria Souza do Nascimento, no encargo de testamenteira. Além disso, condenou a parte requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais arbitrou em R$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais).

Nancy Gonçalves Barbosa, inconformada, insurge-se da sentença, alegando, preliminarmente, pela nulidade do julgado por cerceamento de defesa, que não teve direito ao contraditório. No mérito, afirma que a sentença não pode prosperar, pois foi considerado somente fatos e argumentos articulados pela parte autora. Por fim, requer seja conhecido e provido o apelo para declarar a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à Comarca de origem, para que o juízo *a quo* possa exaurir a fase de instrução processual com a realização de audiência de instrução, garantindo-lhe, desta forma, o contraditório e a ampla defesa. Contrarrazões às f. 82-84 pelo desprovimento do presente recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 98-107, aventou preliminar de nulidade da sentença ante a ausência de provas quanto aos bens testados pertencerem apenas ao testador. Intimadas as partes se manisfestaram (f. 111-112 e 113-115).

Passo à análise das razões recursais.

Da preliminar

A apelante alega, preliminarmente, pela nulidade do julgado por cerceamento de defesa, sob o argumento de não foi oportunizada a produção de prova testemunhal de todas as demais admitidas em direito, para rechaçar a afirmação inverídica de que o *de cujus* estava separado de fato da recorrente e convivendo há cerca de 16 anos ou mais com a genitora da recorrida, o que não é verdade, visto que a referida senhora nada mais era que a concubina do falecido.

Tenho que prejudicada a arguição desta preliminar, visto que se confunde com o mérito, razão pela qual seja analisada conjuntamente.

Do mérito

Afirma que a sentença não pode prosperar, pois foram considerados somente fatos e argumentos articulados pela parte autora e por fim, requer seja conhecido e provido o apelo para declarar a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à comarca de origem, para que o juízo *a quo* possa exaurir a fase de instrução processual com a realização de audiência de instrução, garantindo-lhe, desta forma, o contraditório e a ampla defesa.

Pois bem.

O procedimento de jurisdição voluntária que regula a abertura, registro e o cumprimento de testamento, está previsto nos artigos 735 e 736, do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

> *Art. 735. Recebendo testamento cerrado, o juiz, se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença do apresentante.*
>
> *§ 1º Do termo de abertura constarão o nome do apresentante e como ele obteve o testamento, a data e o lugar do falecimento do testador, com as respectivas provas, e qualquer circunstância digna de nota.*
>
> *§ 2º Depois de ouvido o Ministério Público, não havendo dúvidas a serem esclarecidas, o juiz mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento.*

> *§ 3º Feito o registro, será intimado o testamenteiro para assinar o termo da testamentária.*
>
> *§ 4º Se não houver testamenteiro nomeado ou se ele estiver ausente ou não aceitar o encargo, o juiz nomeará testamenteiro dativo, observando-se a preferência legal.*
>
> *§ 5º O testamenteiro deverá cumprir as disposições testamentárias e prestar contas em juízo do que recebeu e despendeu, observando-se o disposto em lei.*
>
> *Art. 736. Qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento, observando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 735.*

Neste contexto, tem-se que a atividade do magistrado de determinar a abertura, o registro e cumprimento do testamento é meramente administrativa, pois, nesta oportunidade, apenas serão verificados os requisitos formais do testamento particular, os quais estão previstos no artigo 1.876, do Código Civil.

Confira-se:

> *"Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.*
>
> *§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.*
>
> *§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão."*

Assim, conforme consta dos autos, o documento, em especial o da f. 8-9, que instruiu a inicial demonstra que referido artigo foi cumprido, uma vez que o testamento não possui rasuras, espaços em branco e está devidamente assinado pelas três testemunhas.

Em sequência, o artigo 1.878 do mesmo diploma explica que a confirmação do testamento ocorre quando as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador.

A doutrina, por sua vez, esclarece:

> *"Convocadas as três testemunhas que presenciaram a leitura e assinatura do testamento, elas serão ouvidas para que confirmem os termos das disposições testamentárias. Ainda que não consigam se lembrar do conteúdo do testamento (por exemplo, por ter sido efetuado muitos anos antes), bastará confirmarem ter ouvido sua leitura e reconhecer as próprias assinaturas e a do testador[1]."*
>
> *"Confirmação do testamento pelas testemunhas. As testemunhas instrumentárias deverão depor, na audiência destinada à leitura e publicação do testamento particular, sobre a sua autenticidade, sendo inquiridas a respeito de seu conteúdo e de suas próprias assinaturas, bem como a do testador. As testemunhas deverão ser contestes, ou seja, harmônicas em suas declarações, confirmando o ato de última vontade. Bastará, para confirmar o testamento, que declarem que a leitura do testamento foi feita perante elas e que reconheçam suas assinaturas, a do testador e a veracidade do ato[2]."*

1 ANTONINI , Mauro; PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado.** 3. ed. revisada e atualizada, Manole. 2009, p. 2.106.

2 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 14. ed. Saraiva, 2009, p. 1.321.

In casu, as testemunhas Adelmo Salvino de Lima, Newton Nascimento de Moraes e Wellington da Crus Viana, conforme termo de audiência das f. 32 e mídias seguintes confirmaram a regularidade do testamento de f. 8-9.

Logo, quanto à alegação de nulidade em face da não intimação da apelante, na qualidade cônjuge supérstite, melhor sorte não lhe socorre.

Isso porque, embora a novidade constante do artigo 737, § 1º, do Código de Processo Civil permita o contraditório, tenho que bem decidido pelo o juiz *a quo* no que tange às provas testemunhais no procedimento de publicação do testamento particular ao consignar em sua sentença que *"possui cognição limitada"*.

Por esta razão, a alegação de cerceamento de defesa por ausência do devido processo legal não se sustenta nesta seara.

Por se tratar de um procedimento de jurisdição voluntária, apenas as questões atinentes à regularidade formal do testamento, as quais estão previstas no artigo 1.876, do Código Civil, podem ser conhecidas pelo juízo.

A fim de corroborar o entendimento no tocante ao recorte dos requisitos mínimos à validade para a abertura do testamento particular, trago à baila as lições de José Olympio de Castro Filho *"torna-se necessária a comprovação em juízo desses requisitos mínimos para sua validade, o que se faz através do procedimento de jurisdição voluntária a que foi dado o nome impróprio de 'confirmação de testamento particular."* (Comentários ao Código de Processo Civil. Editora Revista dos Tribunais, v. 11, p. 388).

Assim, presentes os requisitos formais, na hipótese, não há fundamento para negar os efeitos, frise-se, da homologação da abertura do testamento particular, como sustenta a apelante.

Já as questões relacionadas com a formação e manifestação de vontade do testador devem ser objeto de ação própria (NEGRÃO, Theotonio, et. al. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 45. ed., Saraiva, 2013. p. 1094, item n. 2 ao art. 1.126 do CPC/73 vigente à época).

Nesse sentido.

> *APELAÇÃO CÍVEL – TESTAMENTO PÚBLICO – AÇÃO DE ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO – ARGUIÇÃO DE NULIDADE – INCAPACIDADE DA TESTADORA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS HERDEIROS –* ***AÇÃO PRÓPRIA.*** *O procedimento de jurisdição voluntária que regula a abertura, registro e o cumprimento de testamento, está previsto nos artigos 735 a 736, do Código de Processo Civil.* ***Neste procedimento, a atividade do magistrado é meramente administrativa, pois, na oportunidade, apenas são verificados os requisitos formais do testamento, previstos no artigo 1.864, do Código Civil, e que podem comprometer a higidez do documento, não podendo o julgador apreciar, nesta seara, questões relativas ao conteúdo do testamento***. (TJDF. Relator Des. Esdras Neves.6ª Turma Cível. Data de Julgamento:13/12/2017; Data de Publicação: 23/01/2018) destaquei
>
> *APELAÇÃO – TESTAMENTO PARTICULAR – PEDIDO DE ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO – AUSÊNCIA DE QUALQUER EVIDÊNCIA DE NULIDADES OU FALSIDADES – TESTEMUNHAS INSTRUMENTÁRIAS QUE CONFIRMAM A REGULARIDADE DO TESTAMENTO* – QUESTÕES RELACIONADAS COM A FORMAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TESTADOR DEVEM SER OBJETO DE AÇÃO PRÓPRIA – SENTENÇA MANTIDA – *RECURSO IMPROVIDO.* (TJSP; Apelação 1000170-04.2015.8.26.0624; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Tatuí – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2017; Data de Registro: 23/08/2017)

APELAÇÃO CÍVEL – ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO – NÃO HÁ QUALQUER NULIDADE DE REPRESENTAÇÃO OU CITAÇÃO POSTO QUE TODOS OS HERDEIROS SE MANIFESTARAM NOS AUTOS COM PROCURADORES REGULARMENTE HABILITADOS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – ALEGAÇÃO DE DESÍDIA DOS ADVOGADOS – AFASTADA – MÉRITO – CONFIRMAÇÃO DO TESTAMENTO POR 3 TESTEMUNHAS EM AUDIÊNCIA – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.876 E 1.878 AMBOS DO CÓDIGO CIVIL – TESTEMUNHAS CONTESTES E HARMÔNICAS NAS DECLARAÇÕES – VERACIDADE DO ATO – EXIGÊNCIAS LEGAIS DO ARTIGO 1.133 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CUMPRIDAS – QUALQUER QUESTÃO INTRÍNSECA DO TESTAMENTO DEVE SER ANALISADA EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO, QUAL SEJA, AÇÃO DE ANULAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – NÃO PROVIDO. (TJMS. Apelação nº 0101612-95.2005.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 17/08/2010, p: 23/08/2010)

Portanto, mantenho a sentença de primeiro grau a fim de confirmar a homologação da abertura do testamento particular de f. 8-9.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação, contudo nego provimento. Mantenho a sentença de primeiro grau, a fim de confirmar tão somente a homologação da abertura do testamento particular.

À luz do art. 85, § 11º do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em R$ 200,00 (duzentos reais) em favor do patrono da parte apelada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar de cerceamento de defesa, a homologação provida sem envolvimento do mérito, 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. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800875-56.2016.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA AMIGÁVEL – COMPROVAÇÃO DO PRÉVIO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS RELATIVOS AOS BENS DO ESPÓLIO – DESNECESSIDADE – LANÇAMENTO ADMINISTRATIVO DO ITCMD - EXPRESSA PREVISÃO DO CPC/15 – INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 659, § 2°, DO CPC – NÃO VERIFICADA – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Após o advento do novo Estatuto Processual Civil, tornou-se prescindível, no arrolamento sumário, para fins de expedição do formal de partilha, a comprovação da prévia satisfação das obrigações tributárias relativas aos bens do espólio.

O artigo 659, § 2º, do CPC, ao excepcionar a regra prevista no artigo 192 do Código Tributário Nacional, não incorreu em afronta ao artigo 146 da Constituição Federal, porquanto seu conteúdo não é de natureza tributária, mas processual, não sendo, deste modo, reservado à Lei Complementar.

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, 28 de agosto de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da cidade de Amambai que, nos autos de abertura de inventário requerido por Zeferino Cabanha e outros, determinou a expedição de formal de partilha ou carta de adjudicação e, se o caso, a intimação da Fazenda Pública Estadual, nos termos do artigo 659, § 2º, do CPC.

Aduz que não obstante a entrada em vigor do artigo 659, § 2º, do CPC/15, o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento, quando da vigência do CPC/73, no sentido de ser necessária a comprovação da quitação de tributos, inclusive o ITCD, para que apenas então pudessem ser expedidos os formais de partilha, independentemente do trâmite processual seguido. Cita o artigo 1.031 do CPC/73.

Afirma que referido posicionamento deve prevalecer, eis que imprescindível condicionar a expedição do formal de partilha e alvará à comprovação do pagamento de todos os tributos, já que não se vislumbra a

possibilidade de se dispensar a satisfação das dívidas fiscais do *de cujus* junto à Fazenda Pública Municipal, Estadual e Federal para a realização do ato.

Alega que o artigo 659, § 2º, do CPC/15 vai de encontro com o que preceitua o artigo 192 do CTN, o qual possui status de legislação complementar. Ressalta que, de forma alguma, texto de lei meramente processual pode servir para derrogar texto de lei material. Cita o artigo 146, inciso III, da CF.

Assevera ainda que referido dispositivo é inconstitucional, em razão da criação de situação privilegiada no arrolamento sumário quanto ao não pagamento de tributos, o que caracteriza violação ao princípio da isonomia tributária – artigo 150, inciso II, da CF, já que não há qualquer fator de discriminação que justifique o tratamento diferenciado. Postula pelo reconhecimento incidental da inconstitucionalidade.

Prequestiona os artigos 186 e 192, ambos do CTN; artigo 146, inciso III e 150, inciso II, ambos da CF; artigos 659, § 2º e 664, § 5º, ambos do CPC; e a jurisprudência elencada nas razões recursais.

Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 66-74.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da cidade de Amambai que, nos autos de abertura de inventário requerido por Zeferino Cabanha e outros, determinou a expedição de formal de partilha ou carta de adjudicação e, se o caso, a intimação da Fazenda Pública Estadual, nos termos do artigo 659, § 2º, do CPC.

Conheço do apelo, eis que presentes os pressupostos que autorizam a sua admissibilidade. Assim, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia recursal na análise da viabilidade de expedição de formal de partilha, decorrente de sentença homologatória proferida em sede de arrolamento sumário, independentemente da comprovação prévia de pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis ou Doação – ITCD e outros tributos incidentes sobre os bens do espólio.

O regramento jurídico concernente à matéria, objeto do litígio, estabelece que:

> *"'Art. 659. **A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz**, com observância dos arts. 660 a 663.*
>
> *§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único.*
>
> *§ 2º **Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha** ou de adjudicação, **será lavrado o formal de partilha** ou elaborada a carta de adjudicação e, **em seguida**, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, **intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes**, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662."* (G.N.)

Da análise do dispositivo retrotranscrito denota-se que, ao contrário do que almeja fazer crer o apelante, diante da celeridade conferida pelo legislador ao procedimento, a partilha amigável há de ser homologada por sentença em oportunidade anterior à prova da regularidade fiscal dos bens do espólio.

Não se descuida de que o ato de satisfação prévia da dívida tributária era um requisito obrigatório expressamente exigido pelo Estatuto Processual Civil revogado (artigo 1.031 do CPC/73), entretanto, após a entrada em vigor da nova Legislação Processual Civil em 2015, tal restou extinto, com a transferência da respectiva fiscalização para a esfera administrativa.

A consequência foi a postergação da realização do lançamento administrativo dos tributos devidos para momento posterior ao trânsito em julgado da sentença homologatória, sendo vedada a sua discussão nos autos de arrolamento, consoante dicção do artigo 662, § 2º, do CPC/15.

O novo regramento, realça-se, não importa em prejuízo ao Poder Público, mormente porque a efetivação do registro do formal de partilha na serventia imobiliária, nos termos do artigo 143 da Lei de Registros Públicos, é condicionada à comprovação do recolhimento do imposto devido. Ou seja, apenas o momento da satisfação do débito foi alterado e não a sua obrigatoriedade.

Nesse sentido, lecionam Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas:

> *"O CPC/73 exigia a comprovação de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e suas rendas tanto para a homologação da partilha amigável quanto para a adjudicação dos bens a herdeiro único. A Fazenda Pública ainda deveria anuir à expedição de formal de partilha e carta de adjudicação, de modo a atestar a regularidade do pagamento dos tributos (art. 1.031, parágrafo único do CPC/1973). A fiscalização pela Fazenda Pública, porém, já era de certa forma limitada, vedando-se discussões no curso do processo sobre pagamento de Imposto de Transmissão e sobre o valor atribuído aos bens pelos herdeiros. O NCPC foi além, simplificando ainda mais o procedimento e atribuindo-lhe mais celeridade e eficácia. De acordo com o novo art. 659, a partilha amigável deverá ser homologada e os bens adjudicados ao herdeiro único independentemente do recolhimento de tributos e de anuência da Fazenda Pública. A fiscalização administrativa será realizada integralmente a posteriori e fora do processo, mediante a intimação da Fazenda Pública, após a entrega dos bens aos sucessores, para que efetue o lançamento tributário."* (Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1559-1560)

Outrossim, pacífico o entendimento jurisprudencial de que o artigo 659, § 2º, do CPC, ao excepcionar a regra prevista no artigo 192 do Código Tributário Nacional, não incorreu em afronta ao artigo 146 da Constituição Federal, porquanto seu conteúdo não é de natureza tributária, mas processual, não sendo, deste modo, reservado à Lei Complementar. Vejamos:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO – IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD) – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE E FALTA DE INTERESSE – OBVIAMENTE AFASTADAS – RECOLHIMENTO POSTERIOR À SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA DE BENS – PREVISÃO EXPRESSA DO CPC/15 – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º, DO ART. 659, DO CPC/15 – INOCORRÊNCIA REJEITADA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Não há dúvida alguma quanto à legitimidade e interesse do Estado recorrente, na qualidade de terceiro interessado, na medida em que a sentença possibilitou a expedição de formal de partilha sem o prévio recolhimento de imposto de sua competência (ITCD), constitucionalmente previsto no art. 155, I, da Constituição.*

Não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 659, § 2º, do NCPC, uma vez que o conteúdo desse dispositivo é de natureza processual e não tributária, não sendo, por esse modo, reservado à lei complementar. (TJMS; Apelação nº 0840435-48.2015.8.12.0001 - Campo Grande; 4ª Câmara Cível; Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski; j: 18/07/2018; p: 20/07/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO DE BENS – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – TERCEIRO INTERESSADO – ILEGITIMIDADE E FALTA DE INTERESSE – PRELIMINARES AFASTADAS – EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS ANTES DE EXPEDIÇÃO DOS ALVARÁS DE PARTILHA (ART. 664 DO CPC) – PREVISÃO EXIGIDA PARA PROCEDIMENTO DIVERSO (ARROLAMENTO COMUM) – VEDAÇÃO LEGAL QUANTO À DISCUSSÃO ACERCA DE QUESTÕES RELATIVAS A LAÇAMENTO, PAGAMENTO E QUITAÇÃO DE TRIBUTO (ART. 662 DO CPC) – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 659 DO CPC POR AFRONTA AO ART. 192 DO CTN – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(...)

2. Em sendo incontroverso que o procedimento adotado no caso em tela foi o arrolamento sumário (art. 659 do CPC), não há que falar em aplicação do art. 664 do CPC, uma vez que este último regramento refere-se especificamente ao arrolamento comum.

3. Não merece prosperar a assertiva de que a nova regra do art. 659, do NCPC, estaria obrigando o fisco a instaurar processo administrativo para cada herdeiro. É que em conformidade com a legislação processual anterior, já havia expressa determinação contida no art. 1.034, reproduzida atualmente no art. 662 do CPC/2015, no sentido de que questões atinentes ao lançamento, pagamento e quitação de tributos não seriam conhecidas no arrolamento.

4. Não há se falar em hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas tão somente em "âmbitos materiais distintos". Daí que, não restando dúvidas quanto ao excesso legislativo em se atribuir ao art. 192 do CTN natureza de lei complementar, possível sua derrogação por lei ordinária mais recente, tendo em vista a perda do seu status de lei complementar para simples lei ordinária, ficando, pois, rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 659 do CPC/2015. (TJMS; Apelação nº 0822239-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; j: 14/02/2017; p: 17/02/2017)

PROCESSUAL CIVIL – INVENTÁRIO – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA AMIGÁVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – LAVRATURA DO FORMAL DE PARTILHA – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMPROVAÇÃO DE QUITAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS – ITCD ? IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO – REGRA PROCESSUAL EXPRESSA.

1. A controvérsia acerca da necessidade de quitação de tributos, em caso de arrolamento sumário, tem regra expressa no sentido de não se condicionar a lavratura do formal de partilha à quitação de tributos. Inteligência do art. 659, § 2º, do CPC/2015.

2. Uma vez transitada em julgado a sentença de homologação de partilha, será lavrado o formal de partilha e, em seguida, serão expedidos alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, para, só então, intimar a Fazenda pública para efetuar o lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária.

> *3. A inovação trazida pelo art. 659 do CPC/2015 não diminui as garantias do Fisco, uma vez que o registro da partilha no Registro de Imóveis pressupõe o recolhimento do tributo devido, conforme preleciona o art. 143 da Lei de Registros Públicos. Portanto, o direito da Fazenda Pública permanece resguardado, tendo em vista que, no inventário, pelo rito do arrolamento sumário, somente restou alterado o momento para o recolhimento do tributo. 4. Não há qualquer inconstitucionalidade do § 2º do art. 659 do CPC em vista do que dispõe o art. 146, inciso III, alínea 'b', da Constituição Federal, eis que o conteúdo do art. 659 não é de natureza tributária, mas processual, não tratando, assim, de matéria reservada à Lei Complementar. 5. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.* (TJDFT; Acórdão nº1037744; 00222300220168070003; Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira; 7ª Turma Cível; Data de Julgamento: 10/08/2017; Publicado no DJE: 31/08/2017)

Destarte, sob a égide do Código de Processo Civil atual, é, de fato, prescindível, para o encerramento do arrolamento sumário, a prévia demonstração da quitação dos tributos devidos à Fazenda Pública, a qual, em ocasião oportuna, deverá ser intimada para proceder com o respectivo lançamento administrativo, nos moldes dos artigos 659, § 2º, e 662, § 2º, ambos do CPC.

Logo, a manutenção da sentença singular é medida de rigor.

Por fim, no que diz respeito ao prequestionamento formulado, tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, 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. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 28 de agosto de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801672-74.2014.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIDADE DE CAIXA DO MUNICÍPIO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO OFICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AO ARTIGO 164, § 3° DA CF/88 – EXCEÇÃO À REGRA QUE APENAS PODE SER DEFINIDA POR MEIO DA EDIÇÃO DE LEI FEDERAL, DE CARÁTER NACIONAL – LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DECLARADA PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL EM INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – 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, com o parecer.

Campo Grande, 28 de agosto de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da cidade de Sidrolândia que, nos autos da ação civil pública ajuizada em desfavor do Município de Sidrolândia e outros, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Esclarece, primeiramente, que embora reconheça que o depósito de salários de funcionários municipais em instituição financeira não constitui ofensa ao artigo 164, § 3º da CF, e ainda que houve o encerramento da conta bancária na Cooperativa de Crédito SICRED, o município apelado ainda mantém conta corrente junto ao HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo e a Lei nº 1.106/2002 ainda continua em vigor, situações que ensejam a interposição do presente recurso.

Alega que, de acordo com o artigo 56 da Lei n° 4.320/64, ao instituir o princípio da unidade da tesouraria, impôs o dever de todas as receitas serem recolhidas à Conta Única do ente estatal, a qual, segundo a doutrina, se dá o nome de "disponibilidade de caixa". Afirma também que a norma prevista no artigo 164, § 3º da CF, malgrado de eficácia contida, possui eficácia imediata, integral e plena até a edição de lei que a integre.

Assim, ante a inexistência de lei federal, de caráter nacional, que regulamente ocasiões de afastamento da aplicação da norma constitucional em questão, deve o município efetuar o depósito de suas disponibilidades de caixa em instituição financeira oficial. Cita o artigo 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja o município compelido a não abrir e/ou movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo, bem como a não firmar convênios para arrecadação de tributos municipais no HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo.

Contrarrazões apresentadas às f. 591-610 e às f. 614-621.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Na data de 07.02.2017, esta 5ª Câmara Cível, por unanimidade, aceitou o incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo relator e determinou a remessa dos autos ao Órgão Especial para julgamento, a fim de que fosse analisada a constitucionalidade da Lei nº 1.106/02 do Município de Sidrolândia.

O incidente de arguição de inconstitucionalidade em discussão foi julgado em 20.06.2018, ocasião em que o Órgão Especial, por maioria, julgou-o parcialmente procedente.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da cidade de Sidrolândia que, nos autos da ação civil pública ajuizada em desfavor do Município de Sidrolândia e outros, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Depreende-se das razões recursais expostas no presente apelo que almeja o recorrente a obtenção de ordem judicial que obste o município recorrido de abrir e/ou movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo, bem como a não firmar convênios para arrecadação de tributos municipais junto ao HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, sob o fundamento de que a Lei Municipal nº 1.106/2002, a qual autoriza tal atitude, é inconstitucional, eis que de encontro com o que preceitua o artigo 164, § 3º da Constituição Federal.

Pois bem.

Dispõe a Lei Municipal n° 1.106, de 17 de setembro de 2002 que:

> *"Art. 1° **Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a abrir e movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo** na Cooperativa de Crédito Rural de Sidrolândia Ltda (SICRED), localizada na Rua Sergipe n° 69, no Município de Sidrolândia-MS - CNPJ n° 26.408.187/0001-50 - Agência 0902-4 Conta Corrente 90.902-5 e Conta Corrente 06018-6 aberta em 15/02/2002 e **HSBC Bank Brasil S/A Banco S/A Banco Múltiplo, Agência 0857, Conta Corrente 1545-32, CNPJ 01,701.201/0587-45, localizada na Rua São Paulo - 714 no Município de Sidrolândia-MS, bem como a firmar convênios para arrecadação de tributos municipais** e pagamentos de pessoal.*
>
> *Parágrafo único. Os recursos orçamentários pertencentes à Câmara de Vereadores poderão ser depositados em seu nome, em conta especial, para movimentação na forma de seu regimento."* (G.N)

O artigo 164, § 3º da CF/88, por sua vez, estabelece que:

> *"Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.*

> *(...)*
>
> *§ 3º **As disponibilidades de caixa** da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, **dos Municípios** e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, **em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei**."* (G.N.)

Na data de 07.02.2017, quando do início do julgamento do presente apelo, posicionei-me no sentido de que a Lei Municipal n° 1.106/02, ao autorizar a abertura e a movimentação de conta corrente de depósito à vista e a prazo, bem como a firmar convênios para arrecadação de tributos municipal no HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo, afrontou expressamente texto constitucional, o qual, em regra, admite somente a disponibilidade de caixa em instituições financeiras oficiais, sendo as exceções permitidas apenas mediante a edição de lei federal, de caráter nacional.

Esta 5ª Câmara Cível, por unanimidade, aceitou o incidente de inconstitucionalidade suscitado na oportunidade e determinou a remessa dos autos ao Órgão Especial para julgamento, a fim de que fosse analisada a constitucionalidade da Lei nº 1.106/02 do Município de Sidrolândia. Na data de 20.06.2018 o Órgão Especial, por maioria, julgou-o parcialmente procedente, nos seguintes termos:

> *EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – **MOVIMENTAÇÃO DE DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO MUNICÍPIO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO OFICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AO ARTIGO 164, § 3°, DA CF/88** – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 1º DA LEI Nº 1.1106/02 – PROCEDENTE EM PARTE.*
>
> ***É vedado à lei municipal estabelecer exceção ao contido no art. 164, § 3º, da Constituição Federal, devendo as disponibilidades de caixa dos município serem depositadas e movimentadas em instituições financeiras oficiais,** não havendo óbice, contudo, para que os pagamentos dos servidores do município sejam feitos através de instituição financeira não oficial, porquanto, os valores referentes aos salários são de titularidade dos servidores e não constituem propriamente recursos públicos municipais.*
>
> *Nada obstante seja possível a movimentação salarial dos servidores municipais em bancos não oficiais, não pode a lei de regência especificar quais são as instituições financeiras e muito menos apontar as agências bancárias, eis que a escolha deve obedecer a lei geral de licitações.* (TJMS; Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0801672-74.2014.8.12.0045 – Sidrolândia; Órgão Especial; Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins; j: 02/08/2018; p: 03/08/2018) (G.N.)

Denota-se, malgrado o respectivo incidente tenha sido julgado parcialmente procedente, que a matéria objeto de insurgência do apelante, qual seja, disponibilidades de caixa do Poder Público Municipal em entidades privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional prevista no artigo 1° da Lei Municipal n° 1.106/02, foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial, situação que acarreta, via de consequência, o provimento do recurso de apelação.

Desta forma, sem mais delongas, conheço do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual e dou-lhe provimento, a fim de determinar que o Município de Sidrolândia se abstenha de realizar a abertura e/ou movimentação de conta corrente de depósito à vista e a prazo, com o objetivo de disponibilidades de caixa, bem como a não firmar convênios para arrecadação de tributos municipais no HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo.

Sem condenação ao pagamento dos honorários advocatícios recursais, por expressa vedação legal (art. 18 da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 8.078/90).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 28 de agosto de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1404270-48.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – RECEBIMENTO DA INICIAL – REQUISITOS PRESENTES – ADMISSIBILIDADE – § 8º DO ART. 17 DA LEI 8.429/92 – INDÍCIOS DE ATO FRAUDULENTO À LICITAÇÃO – PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO CIVIL PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRECEDENTES DO STJ – POSSIBILIDADE DO PARTICULAR RESPONDER POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 3º DA LEI 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA EM RELAÇÃO AOS DIRETORES DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO PARA O RECEBIMENTO DA INICIAL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A decisão que rejeita a petição inicial da ação de improbidade administrativa exige a demonstração das razões do convencimento do julgador da inexistência do ato ímprobo, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (Lei nº 8.429/92, art. 17, § 8º). A *contrario sensu*, a decisão que a recebe não demanda fundamento outro que não a simples existência de indícios da prática do ato de improbidade, presentes as condições de ação e os pressupostos processuais.

A existência de indícios de cometimento de atos enquadrados na lei de improbidade administrativa qualifica a admissibilidade da ação e o recebimento da petição inicial. Aplicação da regra do art. 17, §§ 6º e 8º, da Lei nº 8.429/92. Prevalência do princípio do *in dubio pro societate*.

É possível o recebimento da inicial da ação civil pública em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa e, no mesmo ato, seja determinado a juntada da íntegra do inquérito civil que a instrui, tendo em vista não ser documento obrigatório para o ajuizamento da ação, sendo necessário apenas a existência de vestígios mínimos da prática ímproba que se pretende apurar.

Nos termos do art. 3º da Lei 8.429/1992, é possível que o particular responda por ato de improbidade administrativa, não havendo qualquer defeito na inclusão do diretor executivo e gerente de operações da concessionária de serviço público no polo passivo da demanda, porquanto, acaso demonstrado o ato ímprobo, estes, na condição de representantes da concessionária, poderão ter concorrido para irregularidade, sendo lhe cabíveis as sanções legais.

Os diretores da concessionária do serviço público, em razão do cargo que ocupavam na época dos fatos, devem responder pelos atos de improbidade administrativa narrados na inicial. Saber se a pretensão do MPE será julgada ou não procedente é matéria de mérito, não aferível nos limites estreitos do agravo. Quando do julgamento do mérito é que se aferirá a eventual responsabilidade de cada recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Águas Guariroba S/A e outros agravam da decisão proferida pelo juízo da 1ª vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da comarca de Campo Grande que, na Ação de Improbidade Administrativa (0908915-44.2016.8.12.0001) ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, recebeu a inicial e no mesmo ato deferiu o pedido dos réus para que o autor fosse intimado para acostar ao feito cópia integral do inquérito civil.

Os agravantes sustentam que a petição inicial da ação civil pública não deveria ter sido recebida, visto que não foi instruída com a cópia integral do inquérito civil que embasou o ajuizamento da ação.

Alegam que tendo o juízo *a quo* determinado a emenda da petição inicial para suprir documentos faltantes, não seria possível, concomitantemente, receber a inicial e determinar a citação dos agravantes para contestar, por flagrante ofensa ao contraditório.

Informam que não é possível o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa exclusivamente em face de pessoas de direito privado e, no presente caso, não há qualquer agente público no polo passivo da demanda

Aduzem que não é verificável qualquer ação ou omissão irregular dos agravantes no presente caso, pois a concessionária realizou e tem realizado as atividades que lhe cabem, de acordo com suas atribuições, em prol do serviço público de abastecimento de água, coleta e esgotamento sanitário, em Campo Grande, sem se omitir ao cumprimento das obrigações previstas no contrato de concessão de serviços públicos e em normas regulamentares.

Informam que a omissão que lhe foi imputada, qual seja, de fiscalizar e coibir a existência de poços artesianos irregulares na cidade de Campo Grande, não é sua atribuição, da forma como indicada na petição inicial.

Asseveram que com relação aos agravantes pessoas físicas, o Ministério Público sequer individualizou qual seria a conduta de cada qual, para incluí-los no polo passivo da demanda.

Requerem o recebimento do recurso no efeito suspensivo, para obstar o trâmite da ação de improbidade originária enquanto pendente de julgamento este recurso, com seu posterior provimento, para extinguir o processo ou, ao menos, anular a decisão que recebeu a petição inicial, para que outra seja proferida após a emenda, resguardado o contraditório e a ampla defesa.

Instruíram o agravo com os documentos de f. 40-579.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo às f. 582-583; contraminuta apresentada às f. 587-599.

A Procuradoria de Justiça opinou desprovimento do recurso (f. 622-632).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Águas Guariroba S/A e outros agravam da decisão proferida pelo juízo da 1ª vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da comarca de Campo Grande que, na ação de improbidade administrativa (0908915-44.2016.8.12.0001) ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, recebeu a inicial e no mesmo ato deferiu o pedido dos réus para que o autor fosse intimado para acostar ao feito cópia integral do inquérito civil.

Os agravantes sustentam que a petição inicial da ação civil pública não deveria ter sido recebida, visto que não foi instruída com a cópia integral do inquérito civil que embasou o ajuizamento da ação.

Alegam que tendo o juízo *a quo* determinado a emenda da petição inicial para suprir documentos faltantes, não seria possível, concomitantemente, receber a inicial e determinar a citação dos agravantes para contestar, por flagrante ofensa ao contraditório.

Informam que não é possível o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa exclusivamente em face de pessoas de direito privado e que no presente caso não há qualquer agente público no polo passivo da demanda.

Aduzem que não é verificável qualquer ação ou omissão irregular dos agravantes, pois a concessionária realizou e tem realizado as atividades que lhe cabe, de acordo com suas atribuições, em prol do serviço público de abastecimento de água, coleta e esgotamento sanitário, em Campo Grande, sem se omitir ao cumprimento das obrigações previstas no contrato de concessão de serviços públicos e em normas regulamentares.

Informam que a omissão que lhe foi imputada, qual seja, de fiscalizar e coibir a existência de poços artesianos irregulares na cidade de Campo Grande, não é sua atribuição, da forma como indicada na petição inicial.

Asseveram que com relação aos agravantes pessoas físicas, o Ministério Público Estadual sequer individualizou qual seria a conduta de cada qual, para incluí-los no polo passivo da demanda.

Requerem o recebimento do recurso no efeito suspensivo, para obstar o trâmite da ação de improbidade originária enquanto pendente de julgamento este recurso, com seu posterior provimento, para extinguir o processo ou, ao menos, anular a decisão que recebeu a petição inicial, para que outra seja proferida após a emenda, resguardado o contraditório e a ampla defesa.

Instruíram o agravo com os documentos de f. 40-579.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo às f. 582-583; contraminuta apresentada às f. 587-599.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 622-632).

Passo ao voto.

O ato ímprobo narrado na inicial consiste na omissão na apuração de irregularidades no abastecimento de água e esgoto sanitário em bares e restaurantes de Campo Grande/MS, tendo a empresa ré deixado de adotar as medidas para solução de irregularidades cometidas por usuários do serviço púbico.

A análise deste agravo se circunscreve em verificar se a inicial efetivamente deveria ter sido recebida pelo juiz. Por oportuno, transcrevo os artigos correspondentes à necessidade de indícios suficientes do ato ímprobo para o recebimento da ação civil pública que versa sobre improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), veja-se:

> *Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º A ação será instruída 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, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.*
>
> *(...) § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.*

Da leitura do dispositivo citado, percebe-se que a decisão deve conter a fundamentação exauriente apenas quando rejeita a ação de improbidade, bastando, para seu recebimento, o mero indício do ato ilícito aludido (§ 6º do art. 17).

Com efeito, a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 17, § 8º, prevê a rejeição da ação, caso o juiz se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Entretanto, da inteligência desse dispositivo, decorre que somente as ações claramente infundadas devem ser previamente rejeitadas, bastando para o seu recebimento a presença de meros indícios, até porque nesta fase vigora o princípio do *in dubio pro societate.*

Em outras palavras: existindo indícios de ato ímprobo a demonstrar a possibilidade de êxito na ação civil pública, impõe-se o recebimento da inicial, não podendo ser rejeitada se não estiver o julgador convencido da inexistência do ato de improbidade. E a razão é simples: todo agente público tem o dever de ser honesto, de atuar conforme a lei e ser impessoal, bem como tem o dever de prestar contas, inclusive para a sociedade. Havendo indícios de atuação desconforme com a lei, não só pode como deve provar o contrário, porque prevalece o interesse público.

Em caso semelhante esta Câmara assim se manifestou:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – REQUISITOS PRESENTES – ADMISSIBILIDADE – § 8º DO ART. 17 DA LEI 8.429/92 – DECISÃO FUNDAMENTADA, AINDA QUE DE FORMA SUCINTA – ART. ART. 93, IX, DA CF – SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE CARACTERIZADO PELO DOLO GENÉRICO, SENDO DESNECESSÁRIO O DOLO ESPECÍFICO – LESÃO AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Mantém-se a decisão que recebeu a inicial da ação civil pública por suposta prática de ato de improbidade administrativa. O não recebimento da inicial é de caráter excepcional, em face da supremacia do interesse público, nos termos do § 8º do art. 17 da Lei 8.429/92. A decisão do juiz singular que*

recebeu a inicial da ação de improbidade administrativa, ainda que sucinta, é suficiente para iniciar o debate acerca da existência ou não de improbidade administrativa. Para a configuração do suposto ato de improbidade por atentado aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.429/92) é necessário apenas o dolo genérico, sendo dispensável o dolo específico. A configuração da lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige necessariamente o dolo ou culpa na conduta do acusado, ou, ainda, a prova da lesão ao erário. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade, o que apurar-se-á no decorrer da fase instrutória-probatória. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1405203-89.2016.8.12.0000, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 26/07/2016, p: 28/07/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO INDEVIDO DE VALORES – DESPACHO DE RECEBIMENTO DA INICIAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DE JUSTA CAUSA – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. De acordo com a doutrina, "A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular." 2. Diante do cabimento da ação civil pública no presente caso, por certo que o pedido na hipótese é possível, posto que, ao contrário do que enfatiza o agravante, não é estranho às possibilidades da ação civil pública. 2. Da análise dos autos, pode-se verificar, a partir da prova documental, indícios da ocorrência de ato de improbidade administrativa, consubstanciado no recebimento indevido de valores pelo requerido. A questão alusiva à culpa da Administração Pública e se essa circunstância é apta a impedir a caracterização do ato de improbidade, é matéria a ser arguida na defesa, devidamente comprovada e analisada quando do julgamento do mérito da lide. (TJMS. Agravo de Instrumento nº 4010328-57.2013.8.12.0000, Dourados, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 28/11/2013, p: 04/12/2013).

No mesmo sentido, precedentes da Corte Superior:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – FUNDAMENTAÇÃO CONCISA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1. Discute-se a alegada ausência ou deficiência na fundamentação da decisão que recebeu a ação de improbidade administrativa interposta contra os agravantes. 2. O Tribunal de origem não pecou na fundamentação do acórdão vergastado, decidindo a matéria valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. 3. Nos termos do art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/92, a defesa preliminar é o momento oportuno para que o acusado indique elementos que afastem de plano a existência de improbidade administrativa, a procedência da ação ou a adequação da via eleita. 4. Existindo indícios de atos de improbidade, nos termos dos dispositivos da Lei nº 8.429/92, sendo procedente a ação e adequada a via eleita, cabe ao juiz receber a inicial e dar prosseguimento ao feito. 5. Hipótese em que a fundamentação, embora breve e sucinta, guarda pertinência no que se lhe exige nesta fase preliminar. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no AREsp 19.841/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 11/10/2011, DJe 20/10/2011).

"PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DE ATO ÍMPROBOS EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ – ANÁLISE DA

EFETIVA PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL – PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...) 2. A conclusão alcançada pelo Tribunal a quo deve ser mantida em todos os seus termos, pois existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. (...).

4. Assim, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o Tribunal a quo reconheceu a 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.

5. Agravo regimental não provido." (STJ. EDcl no REsp 1387259/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 16/04/2015, DJe 23/04/2015).

Em análise dos autos, não há elementos convincentes para a rejeição liminar da inicial, carecendo a demanda de instrução probatória, a fim de verificar a ocorrência ou não do ato ímprobo, à luz da legislação e jurisprudência aplicáveis ao caso concreto.

Ao contrário, percebe-se que há indícios suficientes do cometimento do ato de improbidade narrado na inicial, pelo menos para que a inicial seja recebida para discussão.

Segundo restou apurado, a inicial trouxe elementos probatórios do ato ímprobo, quando narra que os agravantes deixaram, voluntariamente, de cumprir mandamento legal, transferindo tarefa que lhe é afeta para outro órgão, manifestando dessa forma consciência e intenção de se esquivar de sua obrigação, configurando, a princípio, ato de improbidade administrativa, razão pela qual constata-se a necessidade de instrução processual para melhor análise do mérito.

Os recorrentes sustentam que tendo o juízo *a quo* determinado a emenda da petição inicial para suprir documentos faltantes (cópia integral do inquérito civil), não seria possível, concomitantemente, receber a inicial e determinar a citação dos agravantes para contestar, por flagrante ofensa ao contraditório.

Também não merece prosperar esta alegação, tendo em vista que a íntegra do inquérito civil não é documento obrigatório para o ajuizamento da ação civil pública contra ato de improbidade administrativa, sendo necessário apenas a existência de vestígios mínimos da prática ímproba que se pretende apurar.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento que sequer é necessária a instauração de inquérito civil para o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – APELAÇÃO DA PARTE RÉ – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE PREPARO – INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO PREVISTA NO ART. 18, DA LEI 7.347/85 – DESERÇÃO CARACTERIZADA – TABELIÃO SUBSTITUTO DE SERVENTIA CARTORIAL – INGRESSO SEM CONCURSO PÚBLICO – PLEITO PELA PERMANÊNCIA NO CARGO COM BASE NO ART. 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967 – VACÂNCIA DO CARGO OCORRIDA APÓS A VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

> *(...) 4. Consoante orientação pacificada no STJ, a instauração de Inquérito Civil não é obrigatória para a propositura de Ação Civil Pública.* (STJ - AgRg no REsp 1225110/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 06.10.2015, DJe 15.10.2015).

Ademais, a integra do inquérito civil foi juntada antes mesmo do início do prazo da contestação, afastando a tese de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa defendida pelos recorrentes.

Também afirmam os recorrentes que não é possível o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa exclusivamente em face de pessoas de direito privado e, no presente caso, não há qualquer agente público no polo passivo da demanda.

Como sustentou o juízo singular,

> *"(...) conforme disposição do art. 3º da Lei 8.429/1992[1], é plenamente possível que o particular responda por ato de improbidade administrativa, não havendo qualquer defeito na inclusão do Diretor Executivo e Gerente de Operações da Águas Guariroba no polo passivo da demanda, porquanto, acaso demonstrado o ato ímprobo, estes, na condição de representantes da concessionária, poderão ter concorrido para irregularidade, lhe sendo cabíveis as sanções legais." (f. 303 dos autos principais).*

Com relação a afirmação de que o Ministério Público Estadual sequer individualizou qual seria a conduta dos agravantes José João de Jesus da Fonseca e Joselino Alves Raimundo, o certo é que, em razão do cargo que ocupavam na época dos fatos, diretores da Águas Guariroba, devem responder pelos atos de improbidade administrativa narrados na inicial. Todavia, caso a responsabilidade fique afastada em razão da divisão administrativa da empresa, onde ser aferirá efetivamente a responsabilidade de cada recorrente, a presente demanda será julgada improcedente. Tal, no entanto, é questão de mérito, não apreciável nos limites estreitos do agravo.

Desta forma, há de ser mantida a decisão que recebeu a inicial da ação civil pública ajuizada contra os recorrentes.

Posto isso, com o parecer, conheço do agravo de instrumento e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

***

1 Art. 3° 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.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0023131-45.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO DE EXONERAÇÃO ARBITRÁRIA DE SERVIDOR PÚBLICO PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE RESPEITOU O DEVIDO PROCESSO LEGAL – APELANTE ACOMETIDO DE ESQUIZOFRENIA PARANOIDE – ATO REVISOR QUE REFORMOU O MILITAR COM PROVENTOS INTEGRAIS – INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO – RESPONSABILIDADE ESTATAL NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE PROVA DE ABALO MORAL INDENIZÁVEL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A teoria da responsabilidade objetiva, apesar de dispensar a culpa, não dispensa a verificação do ilícito e do dano. O art. 143 da Lei nº 8.112/1990 preceitua que "*a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa*". Respeitados todos os princípios supramencionados em processo administrativo que visa apurar conduta inapropriada de servidor, não há se falar em exoneração arbitrária e muito menos de dano moral indenizável.

Os direitos da personalidade, como se sabe, são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si mesma e em sua projeção social. São direitos inatos do ser humano, e que pertencem à sua própria essência, cujo afetamento constitui objeto de reparação através do dano moral. No entanto, o apelante não narra onde reside o efetivo prejuízo moral, ou seja, o abalo anômalo capaz de romper o equilíbrio dos valores afetos à sua personalidade; pretende ser indenizado por ter respondido a um procedimento administrativo, e não por algum prejuízo efetivo dele decorrente.

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, com o parecer.

Campo Grande, 31 de julho de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Dirceu Venino de Carvalho, representado por sua curadora Ana Cristina Alves Gonçalves, apela da sentença proferida na ação de conhecimento de natureza condenatória ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul, com trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Púbicos desta Capital

O apelante ajuizou ação buscando a condenação do Estado ao pagamento de indenização pelo dano moral que alega ter sofrido em razão de sua injusta exclusão das fileiras da polícia militar.

Segundo narrou, estava em tratamento de saúde desde o ano de 2002 quando, a bem da disciplina, foi excluído da corporação, conforme DOE nº 5970 de 02/04/2003, por ser julgado moralmente incapaz de permanecer na corporação, ato que colaborou para o agravamento dos transtornos psíquicos do qual padece; após, através da Portaria "P" 911/DP-1/DPMMS, de 09 de junho de 2005, o comando da PMMS anulou de ofício o ato de exclusão e, por conseguinte, passou o autor para a inatividade, com proventos integrais correspondente a graduação de soldado, reconhecendo sua incapacidade definitiva para o serviço público, conforme Decreto "P" nº 3.277 de 21/11/2005.

A pretensão do autor foi julgada improcedente, sob o fundamento de que "*não há comprovação nos autos de que a exclusão do requerente da PMMS tenha agravado seu estado de saúde, resultando em danos morais* (f. 680)".

Nas razões de recurso (f. 689-695), defende o apelante que o ponto central da discussão não reside no agravamento ou não da saúde do autor, mas sim na injusta demissão.

Invoca as razões adotadas pelo comandante geral da PMMS para anular o ato de exoneração, o qual expressamente reconheceu que o quadro de saúde do autor se agravou desde a época da instauração do Conselho de Disciplina e também que a Administração tinha conhecimento desde aquela época de que o autor possuía incapacidade definitiva.

Alinhava o sofrimento experimentado em razão da exoneração arbitrária e defende estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil.

Contrarrazões às f. 704-711.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Dirceu Venino de Carvalho, representado por sua curadora Ana Cristina Alves Gonçalves, apela da sentença proferida na ação de conhecimento de natureza condenatória ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul, com trâmite no juízo da 1ª vara da fazenda pública e de registros públicos desta Capital

O apelante ajuizou ação buscando a condenação do Estado ao pagamento de indenização pelo dano moral que alega ter sofrido em razão de sua injusta exclusão das fileiras da polícia militar.

Segundo narrou, estava em tratamento de saúde desde o ano 2002 quando, a bem da disciplina, foi excluído da corporação, conforme DOE nº 5970 de 02/04/2003, por ser julgado moralmente incapaz de permanecer na corporação, ato que colaborou para o agravamento dos transtornos psíquicos do qual padece; após, através da Portaria "P" 911/DP-1/DPMMS, de 09 de junho de 2005, o comando da PMMS anulou e ofício o ato de exclusão e, por conseguinte, passou o autor para a inatividade, com proventos integrais correspondente a graduação de soldado, reconhecendo sua incapacidade definitiva para o serviço público, conforme Decreto "P" nº 3.277 de 21/11/2005.

Sua pretensão foi julgada improcedente, sob o fundamento de que "*não há comprovação nos autos de que a exclusão do requerente da PMMS tenha agravado seu estado de saúde, resultando em danos morais* (f. 680)".

Nas razões do recurso (f. 689-695) defende que o ponto central da discussão não reside no agravamento ou não de sua saúde, mas sim na injusta demissão.

Invoca as razões adotadas pelo comandante geral da PMMS para anular o ato de exoneração, o qual expressamente reconheceu que o quadro de saúde do autor se agravou desde a época da instauração do Conselho de Disciplina e também que a Administração tinha conhecimento desde aquela época de que o autor possuía incapacidade definitiva.

Alinhava o sofrimento experimentado em razão da exoneração arbitrária e defende estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil.

Contrarrazões às f. 704-711.

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 721-726) apresentou parecer pelo desprovimento do recurso.

Juízo de admissibilidade

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o apelante isento do preparo ante a gratuidade da justiça que lhe foi concedida (f. 28).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

Pretende o autor ser indenizado moralmente por sua exclusão das fileiras da polícia militar.

Nos termos do art. 37, § 6º, da CF é objetiva a responsabilidade civil do Poder Público por ato de seus agentes no exercício da função, fundamentada na teoria do risco administrativo. Confira-se:

> *Art. nº 37 [...]*
>
> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles[1] que*:*

> *O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.*

Segundo o administrativista, "*para obter indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre os fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante*[2].

1 **Direito administrativo brasileiro.** 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 743.

2 Ob. cit., p. 749.

Observe-se que a teoria da responsabilidade objetiva, apesar de dispensar a culpa, não dispensa a verificação do ilícito e do dano: estes deverão estar inequivocadamente configurados para que se possa atribuir ao Estado o dever de reparar o dano.

No caso versando, não há como imputar conduta ilícita por parte do Estado de Mato Grosso do Sul, que agiu em exercício regular de direito ao instaurar o procedimento administrativo para apuração da capacidade ou incapacidade do apelante em permanecer nas fileiras da corporação diante das infrações disciplinares e ilícitos penais de natureza militar e comum cujas práticas lhes foram atribuídas.

No esteio da doutrina de Mauro Mattos[3]:

> ***As apurações de irregularidades funcionais (infrações disciplinares) praticadas por servidores públicos são obrigatórias por parte da Autoridade competente.*** *Devem ser investigadas mediante a* instauração de sindicância *ou processo administrativo disciplinar, assegurado ao sindicado/acusado os princípios constitucionais da ampla defesa e o contraditório.*
>
> *Irregularidade, no presente contexto, seria a comprovação de que houve uma transgressão disciplinar por parte do servidor público, demonstrada através de provas diretas.*
>
> *Derivado do latim irregularitas, irregularidade representa o modo contrário aos deveres que o servidor público deve exercer a sua função, infringindo o que está previsto em lei como uma obrigação comportamental do mesmo.*
>
> *Essa transgressão na relação jurídica com o Poder Público, configura o* ***modo irregular com que o servidor público desempenha a sua função****, gerando, por conseguinte a sua responsabilidade disciplinar.*
>
> *Por isso é que a responsabilidade disciplinar advém da violação dos deveres funcionais por parte do servidor público, e objetiva a recomposição do normal funcionamento dos serviços, através do respeito e* ***sujeição às regras legais previamente estabelecidas em lei.*** *(g.n.)*

O art. 143 da lei nº 8.112/1990 estabelece que:

> *A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

Instaurada sindicância para apurar a conduta imprópria do apelante Dirceu Venino de Carvalho, os membros do Conselho de Disciplina julgaram-no culpado pelas imputações que lhes foram feitas, sendo considerado "*moralmente incapaz de permanecer na fileira ativa",* mantida esta mesma decisão após recurso administrativo (f. 563-565; 567-568), publicando-se regularmente seu ato de exoneração (f. 571), datado de 2003.

Em 2005 o apelante requereu revisão e reconsideração do ato administrativo, afirmando que não poderia ter sido exonerado, mas sim passado para a reserva remunerada, em razão de estar acometido por doença incapacitante (esquizofrenia paranoide) à época da decisão administrativa. O comandante geral da PMMS acatou o pedido, determinando a reforma com proventos integrais. Incoerente portanto a alegação de que o ato administrativo tenha sido arbitrário, já que respeitados em todos os momentos o contraditório e a ampla defesa.

3 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 519.

A reparação por dano moral é indicada como meio compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor e serve de lenitivo, consolo, compensação ao bem jurídico da pessoa lesionada em sua integridade física, moral e/ou intelectual por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, como apregoado pelo art. 186 do Código Civil.

Rui Stoco[4], ao discorrer sobre a responsabilidade e o conceito de ato ilícito, diz que: "*exige-se a ocorrência de um **dano**, um prejuízo ou detrimento à vítima, posto que **sem o dano o ato ilícito não assume relevância no campo da responsabilidade civil**, tendo em vista que a obrigação de reparar só assume cogência quando 'aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem' (CC, art. 927).*" (g.n.).

Por via de consequência há de se levar em conta que a reparabilidade moral não pode acolher os incômodos e os dissabores em sociedade, mas sim

> *"...a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, **tais situações não são intensa e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo**".[5] (g. n)*

De fato, a hipótese em destaque não constituiu dano moral puro, *in re ipsa*, que se presume *ipsum factum*, dependendo a ocorrência do dano, portanto, de efetiva de demonstração por aquele que pretende ser reparado. Isto porque, demissão injusta pode significar sofrimento psicológico intenso e duradouro para uns, ao passo que para outros não passar de aborrecimento passageiro.

No entanto, o apelante não narra onde reside o efetivo prejuízo moral, ou seja, o abalo anômalo capaz de romper o equilíbrio dos valores afetos à sua personalidade. Pretende ser indenizado pelo fato de ter respondido um PAD, e não por algum prejuízo efetivo dele decorrente.

Os direitos da personalidade, como se sabe, são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si mesma e em sua projeção social. São direitos inatos do ser humano, e que pertencem à sua própria essência, cujo afetamento constitui objeto de reparação através do dano moral.

Rui Stoco, conceituando dano moral, pondera que "*É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza vexame e humilhação*.[6]"

Reporto-me também aos ensinamentos de Orlando Gomes, nos quais o civilista acrescenta que:

> *O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem supra um dano estético, a humilhação de que foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.*[7]

4 **Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 113.
5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 567.
6 **Tratado da Responsabilidade Civil.** 7. ed. São Paulo: RT, p. 1001, p. 359.
7 Ob. cit., p. 359.

A indenização extrapatrimonial repara, portanto, "*padecimento, dor ou aflição que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecimento juridicamente*[8]*"*.

No caso em apreço o autor não produziu provas sobre o abalo anômalo capaz de romper o equilíbrio de sua psique. Aliás, a perícia judicial é concludente no sentido de que "*uma demissão é algo grave e que pode agravar doenças, mas, na hipótese específica, não há como afirmar que isso aconteceu* (f. 648)".

Portanto, ainda que submetido a situação aflitiva, não demonstrou o apelante onde reside o abalo anômalo capaz de romper, de forma duradoura, o equilíbrio dos valores afetos à sua personalidade, não se podendo admitir é a imposição de condenação quando ausente algum dos pressupostos da responsabilidade civil, *in casu*, o dano extrapatrimonial (art. 186, Código Civil).

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Ante o desprovimento do recurso, majoro os honorários arbitrados em primeiro grau de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em favor do Estado de Mato Grosso do Sul, obrigação que permanecerá suspensa, por ser o autor beneficiário da gratuidade da justiça, salvo prova em contrário a ser feita na fase de eventual cumprimento da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 31 de julho de 2018.

***

8 Ob. cit., p. 359.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0820859-06.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR DESFEITA – NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE COMPANHEIRA À ÉPOCA DO ÓBITO – REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NÃO SATISFEITOS (ART. 13, I, § 2º DA LEI Nº 3.150/2005) – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

É considerado beneficiário do MSPREV, na condição de dependente do segurado para fins de recebimento de pensão por morte de servidor público estadual, a pessoa que mantenha união estável como entidade familiar, na conformidade da lei civil (art. 13, I, § 2º da Lei nº 3.150/2005). Na hipótese, após o reconhecimento da união estável por sentença ocorreu a separação do casal, sendo que as provas dos autos não conduzem à conclusão de que as partes restabeleceram o *affectio maritalis*, mantendo convivência com o *animus* de constituir família à época do óbito do segurado.

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, 7 de agosto de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Francisca Ramona Rodrigues dos Santos Rios apela da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos desta capital, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de conhecimento de natureza condenatória ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

A apelante ajuizou a ação pretendendo, na qualidade de convivente de policial militar, ser incluída na folha de pagamento da PMMS para recebimento de pensão por morte de seu companheiro, bem como sua inclusão como dependente no plano de saúde.

Sua pretensão foi julgada improcedente, por ausência de prova de que a autora fosse companheira do falecido na data de seu óbito.

Em suas razões (f. 420-429), alega a apelante que vivia em regime de união estável com o policial militar desde maio/2006, o que foi reconhecido judicialmente; em junho/2012 tomou a decisão dele se separar, em razão das diversas agressões sofridas. Não obstante, em agosto/2012 decidiram reatar o relacionamento e desde então não mais tiveram desentendimentos.

Explica que ingressou com ação pleiteando alimentos para o filho comum do casal mesmo após retomar o relacionamento, como medida de segurança.

Acredita que os documentos dos autos comprovam que à época do óbito o casal convivia como marido e mulher, destacando: a) a declaração de acompanhamento médico, onde foi relatado que a última consulta do falecido foi realizada em 17/10/2013, ou seja, três dias antes do óbito, sendo a apelante quem o acompanhava nas consultas; b) declaração de imposto de renda do falecido onde consta como dependente a apelante; c) comprovante de pagamento das despesas com o funeral suportados pela apelante; d) termo de reconhecimento do cadáver assinado pela apelante.

Contrarrazões às f. 436-443.

VOTO (EM 17/07/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Francisca Ramona Rodrigues dos Santos Rios apela da sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos desta capital, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de conhecimento de natureza condenatória ajuizada contra Estado de Mato Grosso do Sul.

A apelante ajuizou ação pretendendo, na qualidade de convivente de policial militar, ser incluída na folha de pagamento da PMMS para recebimento de pensão por morte de seu companheiro, bem como sua inclusão como dependente no plano de saúde.

A pretensão da autora foi julgada improcedente, por ausência de prova de que a autora fosse a companheira do falecido na data de seu óbito.

Em suas razões (f. 420-429), alega a apelante que vivia em regime de união estável com o policial militar desde maio/2006, o que foi reconhecido judicialmente; em junho/2012 tomou a decisão dele se separar, em razão das diversas agressões sofridas. Não obstante, em agosto/2012 decidiram reatar o relacionamento e desde então não mais tiveram desentendimentos.

Explica que ingressou com ação pleiteando alimentos para o filho comum do casal mesmo após retomar o relacionamento, como medida de segurança.

Acredita que os documentos dos autos comprovam que à época do óbito o casal convivia como marido e mulher, destacando: a) a declaração de acompanhamento médico, onde foi relatado que a última consulta do falecido foi realizada em 17/10/2013, ou seja, três dias antes do óbito, sendo a apelante quem o acompanhava nas consultas; b) declaração de imposto de renda do falecido onde consta como dependente a apelante; c) comprovante de pagamento das despesas com o funeral suportados pela apelante; d) termo de reconhecimento do cadáver assinado pela apelante.

Contrarrazões às f. 436-443.

Juízo de admissibilidade.

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e a apelante está dispensada do respectivo preparo, porquanto beneficiária da gratuidade da justiça (f. 414).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Mérito

A autora apelante comprovou que manteve união estável com o segurado a partir de maio/2006, o que inclusive foi reconhecido por sentença judicial (f. 30).

Reside a controvérsia em se as partes mantinham o mesmo regime à época do falecimento do servidor público Luiz Félix da Silva, ocorrido em 30 de outubro de 2013, para fins de recebimento de benefício previdenciário pensão por morte.

Isto porque, a lei que disciplina o regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul - MSPREV (Lei nº 3.150/2013) estabelece que:

> *Art. 13. São beneficiários do MSPREV, na condição de* ***dependente*** *do segurado:*
>
> *I - o cônjuge,* ***a companheira****, o companheiro, a pessoa do mesmo sexo que mantém união homoafetiva pública e duradoura com o segurado(a) e o filho(a) não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)*
>
> *II - o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente; (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)*
>
> *§ 2º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que* ***mantenha união estável como entidade familiar****, com o segurado ou segurada,* ***na conformidade da Lei Civil****. (redação dada pela Lei nº 4.963, de 29 de dezembro de 2016)*
>
> *§ 3º Considera-se união estável aquela verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar, quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum,* ***enquanto não se separarem****. (g. n.)*

Na hipótese, o órgão previdenciário estadual indeferiu o pedido administrativo ao fundamento de que

> *"No caso em tela, verificou-se que a requerente Francisca Ramona Rodrigues dos Santos Rios, não comprovou a condição de companheira do ex-segurado, pois para a obtenção do benefício previdenciário da pensão por morte para a companheira é necessário preencher o estabelecido no artigo 13, inciso I e § 2º, da Lei Previdenciária Estadual nº 3.150 de 22 de dezembro de 2005 – alterada pela Lei nº 3.591, de 9 de dezembro de 2008." (f. 143).*

O juízo singular entendeu que *"há provas contundentes nos autos de que não mantinham mais o relacionamento, estando o de cujus, inclusive, morando sozinho na data de seu óbito (f. 113-114; 220-225)."* (f. 411).

Concluiu o julgador que *"a própria Requerente declarou perante autoridade policial que na data do óbito não convivia mais com o falecido (f. 113-114) e que por ocasião da propositura de ação contra o mesmo indicou o endereço onde residia, diverso do seu (f. 162-183)"* e que *"Tal situação é corroborada*

pela Ação de Alimentos (Proc. nº 0806240-08.2013) proposta pela Requerente, representando seu filho menor Luiz Gustavo Rios da Silva, em face do de cujus, onde consta que não viviam mais em união estável (f. 162-183)". (f. 411)

Ao reavaliar o conteúdo probatório, encontrei idêntica conclusão.

Apesar da prova testemunhal produzida pela autora ter indicado que o casal mantinha união à época do óbito (f. 373-374), o fato é que tal prova está dissociada da prova produzida, que aponta em sentido contrário, ou seja, de que as partes não mantinham união estável na conformidade com a lei civil.

A autora afirmou na delegacia de polícia que havia se separado do falecido em maio de 2012, indicando, inclusive, endereço de residência distinto (f. 113-114).

Em fevereiro de 2013 ajuizou ação de alimentos (Autos nº 0806240-08.2013.8.12.0001) contra o *de cujus*, representando o filho comum do casal (f. 162-183), informando também nessa ocasião que residia em endereço diverso ao do falecido (f. 167). A sentença que homologou o acordo celebrado pelas partes em audiência foi proferida em 10/06/2013 (f. 138).

Somado a isso, por ocasião da apuração dos fatos que envolveram o óbito do segurado na fase policial, o depoente Cleyson Queiróz Falcão, pessoa que mantinha estreita relação com o falecido, esclareceu, quando perguntado se a autora e o falecido moravam juntos, que aproximadamente trinta dias antes do óbito o casal teve uma briga em um bar **e se separaram de vez** e que o *de cujus* estava morando numa favela no final da Avenida Ernesto Geisel (f. 221) (sic) (g. n.).

Apesar da apelante, no afã de responder as proposições do julgador *a quo*, afirmar que se reconciliou com o falecido após ter declarado a separação perante a autoridade policial e que ajuizou ação de alimentos na constância da união, o fato é que tais alegações estão desprovidas de força *probandi*, posto que as provas que as corroboram são frágeis quando comparadas às provas que as infirmam, notadamente a que indica que o *de cujus* estava morando em endereço distinto na data do óbito.

Por união estável entende-se a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família (art. 1.723 do CC).

Implica dizer, a continuidade da relação é indispensável para a estabilidade da união, ou seja, "*relações que se suspendem e se interrompem com frequência não são compatíveis com o propósito de constituir família*[1] ".

A Lei nº 9.278/96, que disciplina o instituto jurídico da união estável, em seu art. 2º, estabelece que "*são direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns."*

Ora, se a autora se separou do falecido em maio de 2012 e ajuizou ação de alimentos em favor do filho comum em fevereiro de 2013, com homologação do acordo encetado em audiência realizada em junho de 2013, o fato é que, ainda que tenha havido restabelecimento do convívio, tal como afirma, não há provas de que essa convivência tenha restabelecido a união estável nos termos da lei civil.

A testemunha Fernando Honório Leite afirmou que *"que até o fim conheceu a autora e Luiz como casal"* e que *"quando Luiz morreu ele convivia com a autora"* (f. 373).

1 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado.** 6. ed. São Paulo: Manole, 2012, p. 2007.

Já o depoimento da testemunha Antonia Braga Silva Yamada, sobrinha do falecido, apresenta contradição, já que primeiro afirma a declarante que *"ambos, autora e Luiz, sempre moraram juntos"* e em seguida afirma que *"a autora entrou com ação de pensão alimentícia para o filho menor, mas depois a autora e Luiz se reconciliaram"* (f. 374).

Ora, a prova testemunhal na qual se apega a apelante - ao lado dos documentos que comprovam que a apelante acompanhava o *de cujus* nas consultas médicas, que arcou com gastos relativos ao funeral e realizou o reconhecimento do cadáver -, não demonstra que apesar de ter o casal restabelecido o convívio, essa convivência possa ser considerada união estável, na acepção da lei civil.

Aliás, o fato de ter ajuizado ação de alimentos em favor do filho comum do casal rompe o outro elemento subjetivo para configuração da união estável, qual seja, o *affectio maritalis,* a vontade dos cônjuges de fazer perdurar a união, com os direitos e obrigações inerentes a posição jurídica decorrente do estado civil assumido, dentre os quais, a assistência moral e material recíproca e a guarda, sustento e educação dos filhos comuns (art. 2º da Lei nº 9.278/96, que disciplina o art. 226, § 3º, da Constituição Federal).

A apelante afirma que no ano de 2013 descobriu que seu companheiro havia simulado contrato de compra e venda de imóveis com o fito de dissipar seu patrimônio e que:

> *"(...) Por este motivo, para não ficar desamparada, a apelante ingressou judicialmente pleiteando o pagamento de alimentos ao filho, mesmo após o retomar o relacionamento em agosto/2012, como forma de garantia para que a companheira ficasse segura."* (f. 424)

Sequer existe lógica na tese aventada; primeiro porque o ajuizamento da ação de prestação de alimentos não possui o condão de trazer-lhe segurança com relação aos bens do alimentante; segundo porque, se a apelante, já naquela época se preocupava em acautelar-se, poderia ter tomado medidas para regularizar a situação jurídica mantida.

O que não se pode admitir é que a autora altere seu estado civil conforme lhe convir, declarando-se separada para fins de proteção policial e obtenção de alimentos ao filho e afirmando-se como convivente para fins de inclusão como dependente em benefício previdenciário.

Diante desse cenário, correta a interpretação do julgador de primeiro grau ao caso concreto, quando concluiu que *"ausente prova de que a requerente era companheira do falecido na data do seu óbito, não há que se falar em direito ao recebimento de pensão por morte."* (f. 411)

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários em mais R$ 500,00 (quinhentos reais), totalizando, assim, R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com base no art. 85, §§ 2º e 3º, I, CPC, permanecendo suspensa a exigibilidade, por força da gratuidade da justiça.

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

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiado para a sessão de 7.8.18, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Vladimir), após o relator e o 1º vogal (Des. Júlio) negaram provimento ao recurso.

VOTO (EM 07/08/2018)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Francisca Ramona Rodrigues dos Santos Rios em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou "*Improcedente a presente ação movida por Francisca Ramona Rodrigues dos Santos Rios em face de Estado de Mato Grosso do Sul. Custas e honorários pelo autor. Em razão da sucumbência, fixo honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, que ficam suspensos por ser a autora beneficiária da Justiça Gratuita, nos termos do art. 12 da lei 1.060/50.*"

Requer seja dado provimento ao recurso, "*a fim de que a presente demanda seja julgada totalmente procedente nos termos da inicial.*"

Os e. relator e 1º vogal estão negando provimento ao recurso.

Pedi vista para melhor analisar a pretensão deduzida na presente ação.

Francisca Ramona Rodrigues dos Santos Rios ingressou com a presente ação em face do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a procedência do pedido, a fim de que seja determinada a:

"(...) *imediata habilitação da autora e respectiva implementação em folha de pagamento da PMMS – Policia Militar de Mato Grosso do Sul, para recebimento da pensão militar deixada por morte do esposo, bem como determine a imediata inclusão da requerente no plano de saúde na condição de dependente;*"

Evidencia-se das provas constantes dos autos que, à época do falecimento de Luiz Félix da Silva, em 30/10/2013, a autora não mais convivia com o falecido, tendo até mesmo sido registrado o Boletim de Ocorrência nº 8928/2012, em 19/5/2012, onde a autora/comunicante relatou que:

> *"(...) na data do fato o autor com quem conviveu maritalmente por seis anos e com a mesma possui um filho de 02 (anos), chegou a sua residência muito alterado e proferindo as seguintes palavras: "segunda feira você vai assinar os papéis da separação por bem ou pelo bico do dragão. Salienta a comunicante que ficou muito assustada com a atitude do autor, pois segundo ela o bico do dragão que o autor estava se referindo, seria na ponta da arma (o autor é Policial Militar). (...)."*

Constou, ainda, do termo de declaração, referente ao Boletim de Ocorrência nº 8928/2012:

> *"(...), Respondeu que: foi casada com o autor por seis anos, da relação adveio um filho, de nome Luis Gustavo Rios da Silva, de um ano e nove meses; que, a relação conjugal nunca foi boa, pois o autor é violento e constantemente agredia a declarante, pelos mais variados motivos, motivos banais; que, registrou cerca de três ocorrências contra o autor durante o período do casamento; que, há um mês se separaram, porque não aguentava mais a conduta violenta do autor; (...); que, o autor não quer separar amigavelmente e para tanto exige que a declarante abra mão dos bens do casal, circunstância que a declarante não aceita; (...)*".

Além disso, verifica-se que 10/6/2013, foi homologado o acordo, nos Autos nº 0806240-08.2013.8.12.0001, onde foram fixados alimentos ao filho do casal, a serem pagos pelo falecido Luiz Félix da Silva, em 45% do salário mínimo mensal, incidindo sobre o 13º salário, que seriam depositados na conta bancária da mãe do menor, o que convalida a assertiva de que a autora não convivia com o falecido desde 2012, tendo pleiteado alimentos ao menor, em virtude da separação.

Quando do investigado do que havia acontecido com o falecido que terminou com a sua morte, Cleyson Queiroz Falcão, compareceu à Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes de Homicídios prestou as seguintes informações:

> *"(...); tem a esclarecer que é amigo da vítima há mais de seis anos; (...); que diante disso, como não conseguia falar com a vítima telefonou para a ex-companheira de Luiz Félix (Francisca e lhe informou que não estava conseguindo falar com Luiz; (...); que informa que ela (Francisca) era quem sempre discutia com a vítima, ressaltando que era comum ocorrer discussões entre eles, inclusive com agressões físicas; (...); que perguntado se a vítima de fato havia transferido imóveis para o seu nome, afirma que de fato ele "passou" para o seu nome o imóvel da Rua Simões, 64 e a casa localizada na Avenida Norte, no Bairro Estrela do Sul; que ele repassou tais imóveis para o seu nome por temer que quando fosse efetivada a separação dele com a Francisca ele poderia perder parte desses imóveis; (...)"*

O fato de a autora ter reconhecido o corpo do falecido, não é suficiente a culminar com a procedência do pedido constante da peça inicial, principalmente quando as demais provas demonstram que, à época do falecimento, a autora não mais convivia com o *de cujus*, tornando-se repetitiva as desavenças entre o casal, chegando até mesmo as vias de fato.

Logo, acompanho o e. relator para negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0827613-61.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – VEREADOR – IMUNIDADE MATERIAL – INVIOLABILIDADE NO EXERCÍCIO DO MANDATO – ART. 29, VIII, CF/88 – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO NO CASO CONCRETO.

A imunidade garantida ao parlamentar tem por objeto fornecer liberdade para que possa exercer livremente seu mandato, expressando sua opinião sem risco de vir a ser repreendido ou punido em razão de suas manifestações. Evidente que existem limites ao exercício dessa função, afastando-se característica de ser absoluta.

No caso em análise, não havendo dúvida de que a manifestação da parte se deu no exercício do mandato, e na circunscrição do município, eis que proferida durante sessão da Câmara Municipal de Vereadores, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe, notadamente porque não se verificou, em qualquer momento, que o réu tenha extrapolado os limites ao exercício da sua função.

APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DE VALOR DE DANO MORAL – PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA IMPROCEDÊNCIA DA INDENIZAÇÃO PLEITEADA EM APELAÇÃO APRESENTADA PELA PARTE CONTRÁRIA.

Se reconhecida, em sede de apelação interposta pela parte contrária, a inocorrência de ilícito causador de dano moral, resta prejudicado o recurso que pleiteava a majoração da indenização.

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 de Mário César da Fonseca e julgar prejudicado o de João Batista Marques, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Mário César Oliveira da Fonseca e João Batista da Costa Marques interpõem apelações cíveis contra a sentença de f. 194-200, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais ajuizada pelo segundo em face do primeiro.

Afirma o apelante Mário César Oliveira da Fonseca, em suas razões recursais, que ao proferir uma crítica do ponto de vista jurídico da decisão do magistrado apelado, o fez sem qualquer intenção de ofender sua honra ou imagem, tratando-se de opinião decorrente do exercício do cargo de vereador, estando acobertada, portanto, pela inviolabilidade constitucional que ampara o exercício da atividade legislativa (imunidade material parlamentar).

Acrescenta não estarem presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, devendo, desse modo, ser rechaçado o pleito indenizatório.

Pede o provimento do recurso para o fim de se afastar a condenação imposta a título de danos morais ou que o *quantum* arbitrado seja reduzido.

O apelante João Batista da Costa Marques, por sua vez, postula, em síntese, a majoração da quantia arbitrada a título de danos morais.

Contrarrazões às f. 250-53 e 258-82, pelo desprovimento dos respectivos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Mário César Oliveira da Fonseca e João Batista da Costa Marques interpõem apelações cíveis contra a sentença de f. 194-200, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais ajuizada pelo segundo em face do primeiro.

Afirma o apelante Mário César Oliveira da Fonseca, em suas razões recursais, que ao proferir uma crítica do ponto de vista jurídico da decisão do magistrado apelado, o fez sem qualquer intenção de ofender sua honra ou imagem, tratando-se de opinião decorrente do exercício do cargo de vereador, estando acobertada, portanto, pela inviolabilidade constitucional que ampara o exercício da atividade legislativa (imunidade material parlamentar).

Acrescenta não estarem presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, devendo, desse modo, ser rechaçado o pleito indenizatório.

Pede o provimento do recurso para o fim de se afastar a condenação imposta a título de danos morais ou que o *quantum* arbitrado seja reduzido.

O apelante João Batista da Costa Marques, por sua vez, postula, em síntese, a majoração da quantia arbitrada a título de danos morais.

Contrarrazões às f. 250-53 e 258-82, pelo desprovimento dos respectivos recursos.

Cinge-se dos autos que o autor ingressou com a presente ação afirmando que, no final do ano de 2013, o requerido teria insinuado que ele, na qualidade de magistrado, teria proferido decisão por motivos particulares, com o intuito de beneficiar seu filho, maculando sua honra e imagem, dando ensejo, portanto, aos danos morais postulados.

O juízo singular julgou parcialmente procedente a lide e condenou o requerido ao pagamento de indenização no valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Irresignados, ingressam as partes com apelações cíveis, as quais passo a analisar de maneira individualizada.

Recurso de Mário César Oliveira da Fonseca.

Afirma o ora apelante que ao proferir uma crítica da decisão do magistrado apelado do ponto de vista jurídico, o fez sem qualquer intenção de ofender sua honra ou imagem, tratando-se de opinião decorrente do exercício do cargo de vereador, estando acobertada, portanto, pela inviolabilidade constitucional que ampara o exercício da atividade legislativa (imunidade material parlamentar).

Acrescenta não estarem presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, devendo, desse modo, ser rechaçado o pleito indenizatório.

Pede o provimento do recurso para o fim de se afastar a condenação imposta a título de danos morais ou que o *quantum* arbitrado seja reduzido.

Tenho que merece reforma a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial. Senão vejamos.

Na ocasião em que os fatos se deram, para rememorar, o município vivia conturbado período político, com afastamento e recondução e novo afastamento do prefeito municipal, inclusive com concessão de liminares conflitantes, de lavra de desembargadores diferentes.

De todas as notícias publicadas sobre os fatos debatidos nos autos, consta apenas naquela de f. 25, entre aspas, o que teria sido dito pelo requerido-apelante, quando presidente da câmara municipal desta urbe, sobre o requerente-apelado, *verbis*:

> *"**Há entendimento de que se nós entrarmos agora no TJ, por conta dos desembargadores de plantão, pode ser que o João Batista Costa Marques não vai mudar, por conta do filho dele nomeado na Fundac. Estamos analisando em recorrer no TJ e, de repente, ele veja a indisposição que está acontecendo e mude sua decisão, que deixe de ser política para estritamente técnica**",* pontuou Mario Cesar. (destaquei).

Depois, por ocasião da suspensão da sessão que decidiria sobre o processo de cassação do prefeito municipal, também consta entre aspas que ele teria dito, *verbis:*

> *"**Não podemos fazer nada, mas apresentamos os fatos**", afirmou o presidente sobre a nomeação do filho do desembargador.*
>
> *Segundo consta no Diário Oficial de Campo Grande (Diogrande) do dia 18 de setembro deste ano, Rubens foi nomeado para compor a Comissão Gestora do Fundo Municipal de Investimentos Culturais (FMIC) que pertence à Fundação Municipal de Cultura (Fundac).*
>
> *"**Primeiro é a foto de todos juntos e depois essa nomeação"**, afirmou Mario Cesar sobre foto que circula nas redes sociais onde aparecem juntos o secretário de governo da prefeitura de Campo Grande, Pedro Chaves, Bernal, secretário municipal de educação, José Chadid, e o desembargador João Batista."* (f. 27 - destaquei).

De outra parte, em sua contestação, afirmou o apelante-requerido, quase que assentido que o tenha efetivamente dito, que na notícia titulada como "*Desembargador que deu liminares favoráveis a Bernal tem filho nomeado na Fundac*", que constou, *verbis:*

> *De acordo com o presidente do legislativo municipal, vereador Mario César*

> *(PMDB),* ***a conduta do magistrado é questionável do ponto de vista jurídico e também ético, considerando que João Batista tem um filho nomeado em cargo de comissão na Fundação Municipal de Cultura****.* (destaquei).

Tenho, pois, apenas estas expressões como utilizadas pelo apelante-requerido, eis que as demais são notícias a respeito, sem que delas constem quaisquer expressões literais a ele atribuídas.

Com efeito, assim estabelece o art. 29, VIII, da Constituição Federal:

> *Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;*

No campo da responsabilidade civil, numa exegese do artigo supracitado, o vereador não responde por eventuais danos morais provocados em decorrência de suas opiniões, palavras e votos, desde que no exercício do mandato e na circunscrição do município, posto que o texto constitucional utilizou o termo "inviolabilidade", não restringindo a sua incidência apenas no âmbito penal.

Em relação à garantia outorgada aos legisladores municipais, ensina Alexandre de Moraes:

> *(...) a imunidade material dos membros do Poder Legislativo abrange a responsabilidade penal, civil, disciplinar e política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material. Assim como em relação aos parlamentares federais, a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido estrito material é excludente tanto de responsabilidade penal, quanto de responsabilidade civil, desde que derivadas do exercício do mandato (in officio) ou em razão deste (propter officium).*
>
> *Dessa forma, em conclusão, são requisitos constitucionais exigíveis para a caracterização da inviolabilidade do vereador:*
>
> *- manifestação de vontade, através de opiniões, palavras e votos;*
>
> *- relação de causalidade entre a manifestação de vontade e o exercício do mandato, entendida globalmente dentro da função legislativa e fiscalizatória do Poder Legislativo e independentemente do local;*
>
> *- abrangência na circunscrição do Município.* (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 305-6).

Importante ser ressaltado que, no caso em análise, o apelante estava em plena sessão pública da câmara de vereadores quando fez o pronunciamento objeto desta demanda, tendo este relação de causalidade com o exercício do mandato.

Portanto, agiu acobertado pela garantia constitucional, isto é, pela inviolabilidade de suas opiniões e palavras no exercício do mandato e na circunscrição do município.

Atribuir-se uma indenização por dano moral por palavras proferidas nestas condições seria desconsiderar uma garantia constitucional conferida aos legisladores.

A questão, inclusive, foi objeto de manifestação do STF no Recurso Extraordinário 600.063/SP, com repercussão geral reconhecida:

> *CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INVIOABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES – PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO – AFASTAMENTO DA REPRIMENDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO – PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este "apoiou a corrupção [...], a ladroeira, [...] a sem-vergonhice", sendo pessoa sem dignidade e sem moral. 2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato e na circunscrição do Município. 3. A interpretação da locução "no exercício do mandato" deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político. 4. Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia. 5. A ausência de controle judicial não imuniza completamente as manifestações dos parlamentares, que podem ser repreendidas pelo Legislativo. 6. Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos.* (RE 600063, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-090 Divulg 14-05- 2015 Public 15-05-2015).

Evidenciada a imunidade parlamentar, ainda que pareçam ofensivas as palavras proferidas pelo vereador, - e ao meu sentir não o são, porque caracterizam-se como críticas à atuação do magistrado que, efetivamente, tinha um filho que trabalhava na Prefeitura Municipal, o que poderia, eventualmente, permitir a alegação de sua suspeição, ainda que restasse esta afastada -, não se lhe pode imputar responsabilidade civil por elas, pois ausente o ilícito.

Ademais, conforme se infere dos autos, o discurso foi feito no recinto da Câmara Municipal, sendo indene de dúvidas que o seu conteúdo se referia ao imbróglio político vivenciado pelo município à época dos fatos.

Dessa forma, não havendo dúvida de que a manifestação do apelante se deu no exercício do mandato, e na circunscrição do município, eis que proferida durante sessão da Câmara Municipal de Vereadores, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe.

Nesse sentido:

> *REPARAÇÃO CIVIL – VEREADOR – DECLARAÇÕES DITAS OFENSIVAS FIRMADAS EM PLENÁRIO DA CÂMARA MUNICIPAL – ATUAÇÃO CONEXA COM A ATIVIDADE PARLAMENTAR -INVIOLABILIDADE – GARANTIA CONSTITUCIONAL – PREVALÊNCIA – DANOS MORAIS – PEDIDO IMPROCEDENTE. O Supremo Tribunal Federal, pela sistemática de repercussão geral, fixou tese de que o conteúdo das manifestações proferidas por vereador, no exercício do mandato e na do município, portanto, conexas com a atividade*

> *parlamentar, gozam de imunidade absoluta (imunidade parlamentar material), não sendo passíveis de reprimenda judicial, incidindo o abuso dessa prerrogativa ao controle da própria casa legislativa a que pertence o parlamentar. Em situações tais, não se cogita de ilícito passível de reparação moral. Ausente má conduta processual, na espécie consistente em alegada interposição de recurso protelatório, não há falar-se em punição da parte por litigância de má-fé.* (TJMG - Apelação Cível 1.0446.15.000901-2/001, Relator(a): Des.(a) Saldanha da Fonseca, 12.ª Câmara Cível, julgamento em 03/05/2017, publicação da súmula em 09/05/2017).

Ressalto, por fim, que, consoante entendimento firmado pelo STF, eventual excesso poderá ser objeto de censura perante o próprio Poder Legislativo.

Recurso de João Batista da Costa Marques

Como consequência do resultado aqui proclamado no tocante ao recurso do requerido, deve ser declarado prejudicado o recurso do autor que, pretendia, tão-somente a majoração da quantia fixada a título de danos morais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto por Mário César Oliveira da Fonseca, para o fim de afastar a condenação imposta a título de danos morais.

De outro lado e por consequência, julgo prejudicado o recurso interposto por João Batista da Costa Marques.

Inverto o ônus de sucumbência e fixo os honorários em 10% sobre o valor atualizado da causa.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (2º vogal)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por Mário César Oliveira da Fonseca e por João Batista da Costa Marques contra sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais em epígrafe.

O relator, Des. Marcelo Câmara Rasslan, deu provimento ao recurso de Mário César Oliveira da Fonseca para afastar a condenação por danos morais e julgou prejudicado o recurso de João Batista da Costa Marques.

Acompanho o relator para afastar a condenação por danos morais, alinhando para tanto, contudo, outro fundamento.

Com efeito, de forma bastante singela, tenho que a condenação por danos morais deve ser afastada, não em razão da imunidade parlamentar, argumento utilizado pelo relator, mas sim porque as afirmações que alegadamente teriam tido cunho ofensivo (ao menos as que constam dos autos) não tiveram, como, aliás, explica o apelante Mário César, o intuito de atingir a honra ou a imagem da autoridade, no caso, o desembargador aposentado José Batista da Costa Marques. Tratam-se de meras referências a fatos públicos e notórios, fatos estes que não foram sequer negados pelo autor, a parte supostamente ofendida.

Ante o exposto, acompanho o relator para dar provimento ao recurso de Mário César Oliveira da Fonseca, adotando, entretanto, fundamento diverso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Mário César da Fonseca e julgaram prejudicado o de João Batista Marques, 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, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0815351-45.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO – POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO COMO REPRESENTANTE PROCESSUAL, CASO EM QUE É NECESSÁRIA EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS, OU COMO SUBSTITUTA PROCESSUAL, QUE INDEPENDE DA AUTORIZAÇÃO, MAS EXIGE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – ART. 5º, § 3º, LACP – IMPOSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE LITISCONSORTE ATIVO ULTERIOR – PRELIMINAR ACOLHIDA – SENTENÇA REFORMADA, COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO FEITO.

Para que uma associação tenha legitimidade para ajuizar uma ação civil pública, deve preencher dois requisitos legais: (i) a constituição há mais de um ano; (ii) a finalidade de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico pertinência temática.

A substituição processual (legitimação extraordinária) e a representação processual distinguem-se porque, nesta, o representante age em nome do representado, na defesa de direito alheio, integrando assim, a capacidade jurídica, ao passo que, naquela, o substituto é parte da relação processual e, portanto, age em nome próprio pleiteando direito alheio.

Atuando a associação na qualidade de substituta processual, afigura-se dispensável a autorização de seus associados para o exercício do direito de ação.

A generalidade da representatividade da associação autora, porque criada no intuito de defender qualquer interesse, impede a sua atuação judicial específica, dada a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

Não é possível a substituição da associação no polo ativo da ação coletiva pelo Ministério Público ou por entidade congênere, se a extinção da ação se dá por ilegitimidade daquela, eis que a lei o permite apenas para casos de desistência ou de abandono da causa (art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85 – LACP) e, no caso, o Ministério Público não se habilitou nem atuou como litisconsorte ativo, mas apenas como *custus legis*.

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, acolher a preliminar e extinguir o processo do Consórcio Rodobens e julgar prejudicado o recurso de Asbracide, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 4 de setembro de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Consórcio Rodobens e Asbracide - Associação Brasileira de Cidadania interpõem apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos e Coletivos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para o fim de: a) declarar a nulidade das cláusulas constantes nos contratos firmados entre a requerida e seus consumidores, que importem na exigência de honorários advocatícios em cobrança extrajudicial; b) condenar a requerida à restituição simples de valores recebidos em razão da cláusula cuja nulidade foi determinada e; c) determinar que a ré apresente, no prazo de 60 (sessenta) dias a relação dos consorciados em todo o Estado de Mato Grosso do Sul, que efetuaram pagamento em razão da cláusula contratual cuja nulidade foi reconhecida.

Em suas razões recursais, Consórcio Rodobens sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da Asbracide, ao argumento de que não há pertinência temática para a propositura da ação, visto que seu Estatuto Social é genérico, devendo ser minimamente específico para configurar como legitimada.

Aduz, ainda, que não há autorização expressa dos associados, agindo de forma obscura às intenções de seus membros, devendo ser coibido o uso das chamadas "associações de gaveta".

Alega, também preliminarmente, a litispendência ou, ao menos, a impossibilidade de repropositura da ação sem a correção de vício que levou a extinção de demanda anterior distribuída na Comarca de Curitiba/PR. Isto porque várias ações com este mesmo objeto forma propostas em diversos estados da federação, gerando risco de decisões conflitantes e violação do princípio da isonomia.

No mérito, argumenta que: a) a cláusula que prevê a cobrança de honorários advocatícios contratuais é válida, não havendo que se falar em abusividade, uma vez que ao devedor é imposta a responsabilidade por todas as despesas a que der causa, em razão de sua mora ou inadimplemento, incluindo todas aquelas necessárias para a cobrança, sob pena de ocorrer um pagamento parcial; b) é indevida a obrigação fixada em sentença de apresentação de lista de consumidores, considerando que a condenação é genérica, afirmando que a medida deve se reservar às fases de liquidação e execução, através de procedimentos individuais, os quais deverão ser instaurados se e quando quiser o beneficiário da tutela coletiva, apontando, ainda, que o conhecimento acerca da existência da presente ação civil pública será levado a conhecimento dos interessados em publicação de edital pelo órgão oficial e divulgado pelos meios de comunicação dos órgãos de proteção ao consumidor; e c) a condenação deve limitar-se ao conceito de consumidores finais da requerida, qual seja, seus reais destinatários, não havendo que se falar, também, em revisão de contrato findo, por não caber a intervenção judicial em negócio jurídico já cumprido;

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso interposto, para o fim de reformar a sentença, acolhendo as preliminares suscitadas ou, subsidiariamente, afastando as condenações impostas.

Asbracide - Associação Brasileira de Cidadania, por sua vez, sustenta em suas razões de recurso que a tese de que a cláusula penal encontra-se eivada de nulidade deve prevalecer, visto que a disposição contratual presume um prejuízo que não está demonstrado, sendo genérico, vindo a recompensar algum suposto ressarcimento existente para cada desistência ou exclusão, configurando-se, portanto, abusiva.

Afirma, ainda, que deve ser reconhecida a nulidade de cláusula que prevê a cobrança de honorários advocatícios judiciais, mormente porque a previsão da verba por antecipação vai ao encontro do princípio da causalidade, configurando, também, *bis in idem* da cobrança visto que o magistrado condenará a parte a arcar com honorários na proporção de sua sucumbência.

Pugna, ainda, pela restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente pela empresa requerida, visto que, conforme norma consumerista, nesses casos, a vítima possui direito à repetição do indébito.

Ao depois, sustenta a configuração de danos morais coletivos, considerando que foram apontadas várias cláusulas abusivas nos contratos firmados entre a requerida e seus consumidores, não sendo necessária a prova de sofrimento ou abalo psicológico individual, mas aplicável aos interesses difusos es coletivos, devendo a quantia ser destinada ao fundo especificado no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Por fim, pede que o recurso seja conhecido e provido para o fim de reformar a sentença pelas razões expostas.

Intimadas a se manifestarem quanto a interposição de recursos, apenas a Consórcio Rodobens apresentou contrarrazões (f. 686-700), deixando a parte autora decorrer o prazo sem manifestação.

Parecer do Ministério Público de segunda instância às f. 728-41.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Consórcio Rodobens e Asbracide - Associação Brasileira de Cidadania interpõem apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos e Coletivos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para o fim de: a) declarar a nulidade das cláusulas constantes nos contratos firmados entre a requerida e seus consumidores, que importem na exigência de honorários advocatícios em cobrança extrajudicial; b) condenar a requerida à restituição simples de valores recebidos em razão da cláusula cuja nulidade foi determinada e; c) determinar que a ré apresente, no prazo de 60 (sessenta) dias a relação dos consorciados em todo o Estado de Mato Grosso do Sul, que efetuaram pagamento em razão da cláusula contratual cuja nulidade foi reconhecida.

Em suas razões recursais, Consórcio Rodobens sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da Asbracide, ao argumento de que não há pertinência temática para a propositura da ação, visto que seu Estatuto Social é genérico, devendo ser minimamente específico para configurar como legitimada.

Aduz, ainda, que não há autorização expressa dos seus associados para o exercício da ação, agindo de forma obscura às intenções de seus membros, devendo ser coibido o uso das chamadas "associações de gaveta".

Alega preliminarmente, também, a litispendência ou, ao menos, a impossibilidade de repropositura da ação, sem a correção de vício que levou a extinção de demanda anterior, distribuída na Comarca de Curitiba/PR.

Isto porque várias ações com este mesmo objeto foram propostas em diversos estados da federação, gerando risco de decisões conflitantes e violação do princípio da isonomia.

No mérito, argumenta que: a) a cláusula que prevê a cobrança de honorários advocatícios contratuais é válida, não havendo que se falar em abusividade, uma vez que ao devedor é imposta a responsabilidade por todas as despesas a que der causa, em razão de sua mora ou inadimplemento, incluindo todas aquelas necessárias para a cobrança, sob pena de ocorrer um pagamento parcial; b) é indevida a obrigação fixada em sentença de apresentação de lista de consumidores, considerando que a condenação é genérica, afirmando que a medida deve se reservar às fases de liquidação e execução, através de procedimentos individuais, os quais deverão ser instaurados se e quando quiser o beneficiário da tutela coletiva, apontando, ainda,

que o conhecimento acerca da existência da presente ação civil pública será levado ao conhecimento dos interessados em publicação de edital pelo órgão oficial e divulgado pelos meios de comunicação dos órgãos de proteção ao consumidor; e c) a condenação deve limitar-se ao conceito de consumidores finais da requerida, qual seja, seus reais destinatários, não havendo que se falar, também, em revisão de contrato findo, por não caber a intervenção judicial em negócio jurídico já cumprido;

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso interposto, para o fim de reformar a sentença, acolhendo-se as preliminares suscitadas ou, subsidiariamente, afastando-se as condenações impostas.

Asbracide - Associação Brasileira de Cidadania, por sua vez, sustenta em suas razões de recurso que a tese de que a cláusula penal encontra-se eivada de nulidade deve prevalecer, visto que a disposição contratual presume um prejuízo que não está demonstrado, sendo genérico, vindo a recompensar algum suposto ressarcimento existente para cada desistência ou exclusão, configurando-se, portanto, abusiva.

Afirma, ainda, que deve ser reconhecida a nulidade de cláusula que prevê a cobrança de honorários advocatícios judiciais, mormente porque a previsão da verba por antecipação vai ao encontro do princípio da causalidade, configurando, também, *bis in idem* da cobrança, visto que o magistrado condenará a parte a arcar com honorários na proporção de sua sucumbência.

Pugna, ainda, pela restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente pela empresa requerida, visto que, conforme norma consumerista, nesses casos a vítima possui direito à repetição do indébito.

Ao depois, sustenta a configuração de danos morais coletivos, considerando que foram apontadas várias cláusulas abusivas nos contratos firmados entre a requerida e seus consumidores, não sendo necessária a prova de sofrimento ou abalo psicológico individual, mas aplicável aos interesses difusos es coletivos, devendo a quantia ser destinada ao fundo especificado no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Por fim, pede que o recurso seja conhecido e provido para o fim de reformar a sentença pelas razões expostas.

Intimadas a se manifestarem quanto ao recursos, apenas a Consórcio Rodobens apresentou contrarrazões (f. 686-700), deixando a parte autora decorrer o prazo sem manifestação.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 728-41, na qual opina pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso interposto pela Rodobens, a fim de que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa da Asbracide, extinguindo-se o feito sem julgamento de mérito.

Caso não reconhecida a ilegitimidade ativa da Asbracide, que seja reformada a sentença para declarar a nulidade das cláusulas referentes à cláusula penal, e à cobrança de honorários judiciais, bem como condenar a requerida a restituir em dobro os valores indevidamente cobrados dos consorciados.

Preliminares

Da ilegitimidade ativa

As associações legalmente constituídas têm legitimidade para propor ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos relativos aos consumidores, segundo o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor:

> *Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*

A ação civil pública, regulamentada pela Lei nº 7.347/85, tem por finalidade buscar a responsabilidade pelos danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo e por infração à ordem econômica (artigo 1º, e respectivos incisos).

A legitimidade para a propositura de ação civil pública encontra-se regulamentada no artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, que dispõe:

> *"Art. 5º Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:*
>
> *V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."*

Em termos semelhantes, preceitua o Código de Defesa do Consumidor:

> *Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente.*
>
> *(...) IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.*

Portanto, para que uma associação tenha legitimidade para ajuizar uma ação civil pública, deve preencher dois requisitos legais previstos nos incisos do dispositivo transcrito acima: (i) a constituição há mais de um ano; (ii) a finalidade de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico pertinência temática.

No caso, o Estatuto Social da Associação Brasileira de Cidadania e Defesa dos Interesses dos Consumidores, Idosos, Deficientes Físicos e de Proteção ao Meio Ambiente Asbracide - (f. 55-64) prevê as seguintes finalidades institucionais:

> *"Art. 2º A Associação Brasileira de Cidadania e Defesa dos Interesses dos Consumidores, Idosos, Deficientes Físicos e de Proteção ao Meio Ambientes Asbracide tem por finalidade e objetivos:*
>
> *I. representar e defender os direitos constitucionais e legais, assim como os interesses legítimos de seus associados e do cidadão em geral, enquanto consumidor, usuário de serviços, inclusive serviços públicos, contribuinte, criança e/ou adolescente, deficiente físico, idoso, ou qualquer outra forma e denominação que tenham relação com o meio social, meio ambiente, cidadania, e ainda, perante o poder econômico ou Poderes Estatais;*
>
> *III. promover a aplicação das leis, em especial das que tratam da defesa dos direitos do cidadão, incluindo-se os direitos relativos à liberdade, educação, saúde, meio ambiente, patrimônio próprio ou da comunidade, patrimônio histórico, artístico, direito econômico, os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola, dos mutuário dos Sistema Financeiro da Habitação, entre outros; (...);"* (f. 55)(g.n.)

Quanto ao tempo de constituição, a entidade está constituída há mais de um ano, portanto preenche o requisito temporal.

De outro lado, quanto à pertinência temática, entendo que a associação autora é parte ilegítima para a propositura da ação.

Ao analisar a finalidade e objetivos da associação, vê-se que esta tem objetivos desmesuradamente genéricos: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, deficiente, idoso etc., sendo uma repetição do teor do art. 1º, da Lei nº 7.347/85.

Sobre essa questão, vejamos o posicionamento da Corte Superior:

> *PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMATIO AD CAUSAM DO SINDICATO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – PREJUÍZO INDEMONSTRADO – NULIDADE INEXISTENTE – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. [...] 2. A pertinência temática é imprescindível para configurar a legitimatio ad causam do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 24/05/2004. 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: "(...)A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes.* ***Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado****. [...]." in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilii, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278 [...] 11. Agravo Regimental desprovido, restando prejudicado o exame dos pedidos formulados na petição nº 00103627 (f. 2042-2050) e na petição nº 00147907 (f. 2051-2052), haja vista que exaustivamente examinados no presente Agravo Regimental.* (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009 - destaquei).

> *PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – DECRETAÇÃO DE NULIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO PREJUÍZO – DESCABIMENTO – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE – INEXISTÊNCIA – AÇÃO COLETIVA –* ***RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO, DE OFÍCIO, DE INIDONEIDADE DE ASSOCIAÇÃO, PARA AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL DE LEGITIMIDADE – POSSIBILIDADE – É PODER-DEVER DO JUIZ, NA DIREÇÃO DO PROCESSO, PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – ADEMAIS, O OUTRO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA NÃO RECONHECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO, POR SER O ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DESMESURADAMENTE GENÉRICO, POSSUINDO REFERÊNCIA***

GENÉRICA A MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, PATRIMÔNIO HISTÓRICO, TAMBÉM PATENTEIA A AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO DA AUTORA PARA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE CONSUMIDORES.

[...] 5. No caso, a Corte de origem inicialmente alinhavou que "não se quer é a montagem de associações de gaveta, que não floresçam da sociedade civil, apenas para poder litigar em todos os campos com o benefício do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública"; "associações, várias vezes, surgem como máscaras para a criação de fontes arrecadadoras, que, sem perigo da sucumbência, buscam indenizações com somatório milionário, mas sem autorização do interessado, que depois é cobrado de honorários". Dessarte, o Tribunal de origem não reconheceu a legitimidade ad causam da recorrente, apurando que "há dado revelador: supostamente, essa associação autora é composta por muitas pessoas famosas (f. 21), mas todas com domicílio em um único local. Apenas isso já mostra indícios de algo que deve ser apurado. Ou tudo é falso, ou se conseguiu autorização verbal dos interessados, que entretanto nem sabem para que lado os interesses de tais entidades voam".

6. Ademais, o outro fundamento autônomo adotado pela Corte de origem para ***não reconhecer a legitimação ad causam da demandante, anotando que o estatuto da associação, ora recorrente, é desmesuradamente genérico, possuindo "referência genérica a tudo: meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, e é uma repetição do teor do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85" tem respaldo em precedente do STJ, assentando que as associações civis necessitam ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Embora essa finalidade possa ser razoavelmente genérica, "não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado***". (AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009) *7. Recurso especial não provido.* (REsp 1213614/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015 - destaquei).

E, ainda, julgado do TJPR:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. VIOLAÇÕES À LEI Nº 9.514/97 – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR ILEGITIMIDADE ATIVA – ART. 267, VI, DO CPC/73 – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – FALTA DE INTIMAÇÃO DA AUTORA SOBRE A MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINAR SUSTENTADA EM CONTESTAÇÃO E SOBRE A QUAL A AUTORA SE MANIFESTOU NA IMPUGNAÇÃO – MANIFESTAÇÃO POSTERIOR NA APELAÇÃO – AUSÊNCIA DE NULIDADE SEM PREJUÍZO – ART. 282 DO CPC/15 – ***ILEGITIMIDADE ATIVA – ART.5º DA LEI Nº 7.347/85 E ART. 82 DO CDC – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – ASSOCIAÇÃO CIVIL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA – RELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZOS AOS TITULARES SUBSTITUÍDOS, CASO NÃO CONDUZIDA A DEMANDA COLETIVA ADEQUADAMENTE – PRECEDENTE – DOUTRINA – GENERALIDADE DAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS PREVISTAS NO ESTATUTO – NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA – AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ESPECÍFICA COM QUALQUER DOS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS QUE BUSCA TUTELAR – JURISPRUDÊNCIA QUE JÁ DENOTA A AMPLITUDE DE SEUS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIDADANIA E DEFESA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES, IDOSOS, DEFICIENTES FÍSICOS E DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE - ASBRACIDE – PREVISÃO*

> ***ESTATUTÁRIA AMPLA E GENÉRICA DE FINALIDADES – PREVISÃO QUE ABARCA QUASE TODOS OS DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS*** *– AJUIZAMENTO DE OUTRAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS SOBRE DIVERSOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS, COM POUCA AFINIDADE ENTRE SI – ALEGAÇÃO DE ALTERAÇÃO ESTATUTÁRIA NÃO COMPROVADA – PRECEDENTES DESTA CÂMARA CÍVEL RECONHECENDO A* ***AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DA AUTORA NOUTRAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS.COMPARAÇÃO COM ESTATUTOS DE OUTRAS ASSOCIAÇÕES.RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE QUE NÃO SE BASEIA EXCLUSIVAMENTE NAS DISPOSIÇÕES ESTATUTÁRIAS*** *– AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE AS SITUAÇÕES – APELAÇÃO DESPROVIDA.1. A necessidade de avaliação da pertinência temática e representatividade adequada das associações civis em sede de ações coletivas - principalmente quando envolverem direitos individuais homogêneos, como no caso - e, por consequência, de sua legitimidade ativa busca em última análise proteger os próprios titulares dos direitos transindividuais envolvidos, a fim de permitir que apenas instituições públicas ou associações privadas efetivamente relacionadas aos direitos envolvidos e que realmente possuam vínculos com a causa envolvida possam pleitear sua tutela jurisdicional. 2.* ***Associações civis com finalidades estatutárias demasiadamente amplas ou genéricas, ao pretenderem representar toda sorte de direitos transindividuais, em verdade, acabam por não possuir a mínima vinculação com qualquer um deles ou com seus titulares, de modo que não atendem ao requisito da pertinência temática e, consequentemente, não possuem representatividade adequada para figurar como autoras de ações coletivas em defesa desses direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.3. Os objetivos institucionais da associação autora (Asbracide) são tão amplos e genéricos que, no final das contas, ela não possui a menor afinidade e/ou vinculação com o interesse individual homogêneo que busca tutelar nesta demanda ou mesmo com qualquer interesse transindividual, o que, à evidência, impede que se entenda que ela possa representar adequadamente os titulares de qualquer desses direitos/interesses***. (TJPR - 17ª C.Cível - AC - 1508162-8 - Toledo - Rel.: Fernando Paulino da Silva Wolff Filho - Unânime - J. 08.03.2017 - g.n.).

A representatividade adequada, sob esse enfoque, tem merecido destaque na doutrina. Senão vejamos:

> *"(...) A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras. A pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.* (MAZZILII, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 277-278).

Em prestimoso estudo sobre a legitimação das associações para o exercício das ações coletivas, que peço vênia para transcrever em grande parte, eis que calha à fiveleta, a Mestre e Doutoranda Thaís Amoroso Paschoal Lunardi[1] ensina:

> *Especificamente no que atine à legitimidade ativa das associações - tema que, neste trabalho, se pretende analisar – o que se vê é que a tutela coletiva tem sido nitidamente deturpada pela instauração de lides temerárias, e pela propositura de demandas que, sob nenhum aspecto, têm por finalidade a proteção dos relevantes interesses sociais aos quais se destina a tutela coletiva.*
>
> *O que se vê na prática é que, ao lado de louváveis atuações de alguns entes legitimados, as ações coletivas têm sido, em situações pontuais, utilizadas como instrumento de cunho político e financeiro, sem qualquer compromisso com a utilidade social, tampouco com a ética. Essa deturpação de finalidade é facilitada por um conjunto de fatores, que vão desde a aplicação da legislação protetiva processual (que, má interpretada, tem servido para, indiscriminadamente, retirar dos legitimados ativos o ônus de provar, mesmo que minimamente, as alegações deduzidas em juízo), passando pela desnecessidade do adiantamento de custas nessa espécie de lide, culminando com a regra de que, salvo má-fé, o autor não será condenado em honorários de sucumbência; porém, na hipótese de procedência do pedido, honorários (quase sempre, elevadíssimos) serão devidos ao autor.*
>
> *(...)*

No que se refere às class actions que tutelam os direitos coletivos propriamente ditos, o sistema norte-americano prevê requisitos voltados à garantia de que sua propositura decorrerá de interesses legítimos. É esta a finalidade do pressuposto da "representatividade adequada" (adequacy of representation), inserta no inciso (4) do item (a) da Rule 23, que exige a necessária análise, pelo juiz, da idoneidade e representatividade do ente ou do indivíduo que propõe a *class action2*. Trata-se, como explica Álvaro Luiz Valery Mirra (2007, p. 117), de uma:

> *"especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar, consistente na aptidão para a defesa escrupulosa e eficiente, na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos).*
>
> *Essa representatividade adequada, que deve ser analisada caso a caso pelo magistrado no momento da propositura de uma class action e durante todo o processo, leva em conta, inclusive, as qualidades pessoais do ente legitimado ou do membro do grupo.*
>
> *Antonio Gidi explica que o representante deve "ser possuidor de uma higidez financeira que o habilite a uma boa condução do processo", demonstrando que, "pela sua atitude, determinação, disponibilidade, seriedade e outras qualidades psicológicas tem condições de representar os interesses do grupo em um processo judicial" (1995, p. 63). E nessa avaliação é levada em consideração, até mesmo, "a escolha do advogado, por parte da entidade (...) devendo recair em profissional com experiência na área e prestígio na comunidade" (1995, p. 63).*
>
> *Embora, em termos geográficos, a adoção desse pressuposto no sistema brasileiro possa ser, de certa forma, prejudicada pela grande dimensão territorial de nosso país, é certo que muitos problemas seriam evitados se esse requisito fosse adaptado ao processo coletivo brasileiro. É o que destaca Luiz Valery Mirra (2007, p. 114/115):*

1 A legitimidade ativa ad causam das associações para a propositura de ações coletivas: alguns parâmetros para um melhor aproveitamento da tutela coletiva. Encontrável em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=953bd83cb0b9c9f9. Acesso em 30/08/2018, 11:25 h.

A inclusão desses outros requisitos de representatividade adequada em nada restringiria o acesso à justiça das associações civis destinadas à defesa de direitos e interesses difusos. Ao contrário, apenas afastaria a legitimidade de entes não-governamentais destituídos de qualquer estrutura organizacional e seriedade de propósitos na tutela de bens e valores a todos pertencentes em caráter indivisível.

Sérgio Cruz Arenhart aponta a representatividade adequada como um critério que pode "apontar para a melhor solução diante do caso concreto", devendo ser aferido a partir de inúmeros elementos, sejam eles econômicos, estruturais, históricos etc. (2013, p. 225). Segundo o autor,

O fundamental é perceber se o legitimado que está autorizado a conduzir a coletivização, terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele conseguida represente a maior vantagem possível para os indivíduos e para a gestão do serviço "Justiça" (2013, p. 225).

Não diverge desse entendimento Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 05), que vê na representatividade adequada uma solução para o controle na propositura de ações coletivas infundadas:

Problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma 'representatividade' idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido. Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a 'representatividade' do legitimado se demonstrasse inadequada. Quer me parecer que o sistema brasileiro, embora não o afirme expressamente, não é avesso ao controle da 'representatividade adequada' pelo juiz, em cada caso concreto.

Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009, p. 43) também chamam a atenção para esta que, segundo seu entendimento, seria uma das soluções para o controle de ações coletivas infundadas,

A adoção desse instituto, em nosso sistema processual coletivo, evitaria, por certo, que demandas coletivas fossem ajuizadas por quem não tem condições de bem conduzi-las, fazendo com que, pela deficiência na fundamentação e mesmo na produção de provas, venham a ser proferidas decisões que prejudiquem os titulares dos direitos em jogo. Enquanto isso não ocorre, especialmente nos processos coletivos há que se permitir sem muita restrição – repita-se – que terceiros intervenham antes do julgamento dos recursos especiais selecionados, no STJ, contribuindo com subsídios para a análise da questão jurídica. Esses terceiros poderão ser os outros legitimados que, a despeito de mais qualificados para a condução da ação coletiva, ou não a ajuizaram, ou tiveram sua ação extinta por litispendência, ou, ainda, não tiveram seu recurso especial escolhido para remessa ao STJ.

(...)

A intenção do legislador, ao estabelecer o art. 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/85, foi a de exigir o requisito da pré-constituição, além da pertinência entre a atuação da associação em juízo e o interesse efetivamente tutelado, fato que deve ser inequivocamente refletido e apurado a partir da interpretação sistemática das previsões insertas em seu Estatuto. Para a análise dessa pertinência é imprescindível que a associação tenha fins concretos, previamente determinados, voltados exatamente à proteção dos direitos objeto da ação por ela proposta. Isso, contudo, na grande maioria dos casos, não é corretamente observado no momento da propositura de ações coletivas por associações, como destacam Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009, p. 41):

Na prática, nem sempre se verifica a observância dessas condições – muitas vezes o próprio Judiciário desconsidera o requisito da pertinência temática – havendo um elevado número de ações coletivas ajuizadas por associações na defesa de interesses totalmente distintos de suas finalidades institucionais. É o caso, por exemplo, de associações constituídas para a defesa de interesses de donas de casa, de aposentados, e mesmo de consumidores a ela associados, que ingressam em juízo em face de instituições financeiras para defender supostos interesses de investidores em cadernetas de poupança.

Quanto à exigência da pré-constituição da associação, Luiz Manoel Gomes Júnior destaca que tal requisito "tem como objetivo evitar a criação de associações ad hoc, apenas com a finalidade de ajuizar determinada ação coletiva, desvirtuando o sistema" (2005, p. 60). Ainda, para Rodolfo de Camargo Mancuso, "é compreensível o propósito de legislador: evitar que associações não suficientemente sólidas, ou cujos objetivos não se coadunem com o interesse difuso em causa, se abalem, sem maior ponderação, ao ajuizamento de ação coletiva" (2002, p. 140).

Permite-se, desta forma, um controle a priori da idoneidade e honestidade de propósitos dessas associações, aplicando-se, portanto, embora não sob essa denominação, o requisito da representatividade adequada5, do qual já se tratou no item anterior.

O preenchimento desses requisitos expressamente previstos em Lei, porém, nem sempre é suficiente ao controle pleno da idoneidade da associação. A cumulação desses elementos com a exigência da representatividade adequada da associação é que poderia garantir um melhor aproveitamento da tutela coletiva, evitando-se a desvirtuação desse instrumento.

Sérgio Cruz Arenhart, acerca dessa questão, destaca,

É difícil saber, a priori, se a associação de fato representa certo tipo de interesse coletivo, ou se foi apenas criada para dar vazão a certo objetivo egoístico. A exigência formal da lei (um ano de pré-constituição e inclusão nos estatutos sociais da finalidade de proteção de certo interesse) não é garantia de que a entidade tenha efetivo compromisso com certo tipo de questão" (2013, p. 224).

De fato, tão importante quanto assegurar a legitimidade ativa das associações para a propositura de ações voltadas à tutela coletiva, é assegurar que essa legitimidade seja exercida por entes sérios, e que tenham por objetivo, de fato, a proteção aos direitos de seus associados ou representados. Ada Pellegrini Grinover, examinando a questão, defende a necessidade de se respeitar, com rigor, os requisitos de legitimidade das associações, para evitar o

(...) manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma 'representatividade' idônea e adequada.

Não se pode deixar de considerar, também, a possibilidade de percepção, pelos entes legitimados, de honorários de sucumbência6, comumente arbitrados em valores elevados, em razão da importância do bem tutelado, o que também justifica o maior controle na análise da legitimação ativa.

Não por outra razão, visando justamente ao controle na propositura de ações infundadas por entes que, na realidade, pretendem auferir ganhos com eventual resultado favorável, o art. 17 da Lei da Ação Civil Pública, prevê que "em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos". Essa regra também é prevista no art. 87 do CDC.

A jurisprudência, embora de forma ainda tímida, tem aplicado esse dispositivo para repreender os casos de evidente abuso na propositura de ações coletivas por entes legitimados descomprometidos com a finalidade para a qual foram criados.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim atuou, no julgamento de Apelação Cível interposta por associação inconformada com a rejeição dos pedidos que formulou em ação civil pública. A demanda havia sido proposta com vistas à condenação de uma específica casa noturna a restringir o fumo a locais apropriados ou para evitar que os frequentadores fumassem em suas dependências. Sem qualquer constrangimento, a própria associação afirmou nos autos que, com a ação intentada, pretendia "adquirir 'poder de barganha' para passar a atuar como disciplinadora dos estabelecimentos públicos, vindo a celebrar convenções e acordos acerca das áreas para fumantes".

Tanto a sentença quanto o acórdão proferido no julgamento da apelação rejeitaram a pretensão, condenando a associação às penas por litigância de má-fé. No voto proferido na ocasião, a Relatora consignou:

Não faço aqui qualquer alusão ao interesse social na restrição ao hábito de fumar ou à relevância da proteção à saúde pública. Tenho que é decisivo para a presente lide o fato de que a ação foi proposta contra uma casa de shows específica, objetivando que essa tomasse medidas no sentido de restringir o fumo a locais apropriados ou para evitar que os frequentadores fumassem em suas dependências. Em uma primeira análise, carece a demanda de interesse social de relevância tamanha que permita ser afastado o requisito legal da pré-constituição da entidade autora há pelo menos um ano, uma vez que de âmbito extremamente restrito, atingindo ínfima parcela da sociedade, frequentadores da casa ora apelada. Ainda, essa relevância foi afastada pela própria associação autora, que, em seu apelo, afirma que com a presente ação intenta, ao obter um resultado positivo, "adquirir poder de barganha" para passar a atuar como disciplinadora dos estabelecimentos públicos, vindo a celebrar convenções e acordos acerca das áreas para fumantes (...) Esta ausência de relevantes fundamentos, acrescida do ajuizamento dois meses após a fundação da associação autora, tem como consequência a extinção da ação, (...) Entendo que resta efetivamente configurada a litigância de má-fé por parte da associação ao se utilizar do processo de modo temerário (CPC, art. 17, V), com o intuito de debater teses para "barganhar" frente a estabelecimentos comerciais, vindo a colocar-se como entidade fiscalizadora e reguladora da restrição ao hábito de fumar. Presente a má-fé, incide o disposto no artigo 87 do Codecon, parte final, mantendo-se a responsabilidade da associação sobre custas processuais e honorários advocatícios, rejeitado o pedido de AJG.

Em outra ocasião, o Tribunal de Justiça do Paraná também impediu o prosseguimento de ação civil pública, por perceber, a partir do exame dos atos constitutivos do instituto autor, que seus objetivos eram demasiadamente amplos, atribuindo-lhe uma função "quase institucional, como se fosse uma espécie de Ministério Público, defendendo e fiscalizando a sociedade, o que é impossível e ilegal"8. Do voto do Relator, extrai-se:

> *Analisando pormenorizadamente a Ata da Assembleia Geral do apelante, verifica-se que este possui diversos objetivos, que vão desde promover cooperação entre organizações congêneres, passando pela formação de agentes sociais e finalizando na proteção de interesse de poupadores, conforme se vê às f. 20-21, (...) Assim, seus objetivos lavrados na ata, simplesmente abarcam uma enorme gama de Direitos, numa espécie de metralhadora giratória, qual não lhe pode dar a qualidade de associação criada para defender os interesses dos poupadores, como seria necessário.*
>
> *Trata-se de tímidas atuações do Poder Judiciário na busca pelo melhor aproveitamento de ações coletivas. Postura que, aliás, deve guiar não só a análise da legitimação ativa para a propositura dessas demandas, como também a aplicação e interpretação de todos os dispositivos voltados à tutela coletiva.*

Verifica-se, então, que a generalidade da representatividade da associação autora é desarrazoada, sendo criada no intuito de defender qualquer interesse, o que desnatura a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

Diante disto, ainda que se admita que esteja ela agindo como substituta processual, e não como representante de seus associados, carece de legitimidade para aforar a ação coletiva presente, eis que não há pertinência temática efetiva entre os seus objetivos específicos e aqueles discutidos nos autos.

Impossível, de outra parte, admitir-se o Ministério Público Estadual ou outra associação congênere para o prosseguimento da ação.

Tal seria possível se ocorresse abandono da causa ou desistência da ação pela dita associação, na forma do art. 5º, § 3º, da LACP, mas aqui, o que se dá, é a ilegitimidade ativa da associação, que compõe uma das condições da ação, se não a mais importante dela.

Não se descure que o Ministério Público Estadual não participou da ação como litisconsorte ativo, e certo é que, apesar de haver apontado a possibilidade, em tese, de prosseguimento da ação por ente a tanto legitimado, não pleiteou nem assumiu esta condição antes de estabilizada a lide, nem o fez, explicitamente, em qualquer outro momento processual.

Tendo ele participado, apenas, como *custus legis*, evidente que não pode legitimar-se para ação em substituição àquela que legitimada para ela não o é.

Das demais preliminares e do mérito dos recursos

Ante o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, e demonstrada a impossibilidade de substituição do polo ativo pelo Ministério Público ou por outra associação congênere, evidente que prejudicada a análise das demais preliminares, bem assim do mérito dos recursos interpostos pelo Consórcio Rodobens e, também, pela Asbracide.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelo Consórcio Rodobens e a ele dou provimento para reformar a sentença, acolher a preliminar de ilegitimidade ativa da Asbracide, e extinguir a ação sem resolução de mérito.

Julgo prejudicada a análise das demais preliminares e do mérito dos recursos interpostos pelas partes.

Incabíveis condenações em honorários, custas e despesas processuais, porque não comprovada a má-fé (art. 18, LACP)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar e extinguiram o processo do consórcio Rodobens e julgaram prejudicado o recurso de Asbracide, nos termos do voto do relator, com o parecer.

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 Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 4 de setembro de 2018.

***

2ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 0016492-43.2012.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – OFENSA À COISA JULGADA – ART. 485, IV, DO CPC/73 – VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – ART. 485, V, DO CPC/73 – DECISÃO FUNDADA EM PROVA FALSA – ART. 485, VI, DO CPC/73 – DOCUMENTO NOVO – ART. 485, VII, DO CPC/73 – ERRO DE FATO – ART. 485, IX, DO CPC/73 – NÃO OCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DO JULGADO RESCINDENDO – IMPROCEDÊNCIA.

A coisa julgada vinculativa se opera a partir da perfeita coexistência dos elementos da ação (parte, pedido e causa de pedir). Diante do dissenso em qualquer destes não há falar em *res iudicata*, com base no inciso IV, art. 485, do CPC/73.

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 (Súmula 343, STF).

Para que haja rescisão do julgado com base em prova falsa, é necessário que essa tenha sido determinante no resultado da decisão. Caso a decisão rescindenda tenha se baseado exclusivamente em matéria de direito, não é possível sua rescisão com fulcro no inciso VI, art. 485, do CPC/73.

Documento novo capaz de operar a rescisão da decisão, com base no inciso VII, art. 485, do CPC/73, 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. Sendo a decisão rescindenda fundamentada exclusivamente em matéria de direito, não se vislumbra possibilidade de sua rescisão com esse fundamento.

Para que se configure a hipótese de erro de fato, é necessário que este: a) diga respeito a fatos; b) transpareça nos autos onde foi proferida a decisão rescindenda, bastando simples cópia do processo onde proferida a sentença, sendo inaceitável a produção de provas para demonstrá-lo na ação rescisória; c) seja a causa determinante da decisão; d) suponha fato que inexistiu, ou inexistente fato que ocorreu - e não hipótese de valoração da prova; e) não tenha sido objeto de controvérsia; f) não seja objeto de pronunciamento judicial.

Não se configura cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de determinada prova, dada a existência nos autos de elementos suficientes para formar a sua convicção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de setembro de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Antônio Mário de Oliveira, com fundamento no art. 485, incisos IV, V, VI, VII e IX, do CPC/73, em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran/MS.

Pede a rescisão do acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível no julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação ordinária declaratória de majoração ou reajustes de adicionais de remuneração incorporados, nos Autos nº 001.05.025137-7, e que transitou em julgado em 17/05/2010.

Discorre o autor que ajuizou a ação, em litisconsórcio ativo com outros servidores, a fim de cobrar diferenças nos valores referentes a adicional remuneratório por incorporação de cargo ou função, em razão da publicação da Lei Estadual nº 2.152/00, que aumentou os vencimentos de cargos em comissão que desempenham igual função àquela que gerou a incorporação do citado adicional, porém, sem a respectiva majoração desse também.

Assim, tal fato teria violado preceitos constitucionais, como o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), em razão da autarquia estadual não ter cumprido a Lei nº 2.152/00, ao não aplicar a majoração aos servidores que tinham a parcela incorporada; e também agressão ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), por estabelecer tratamento diferente aos sujeitos em igual situação. Ainda, haveria agressão ao art. 6º, da LINDB, por não garantir a salvaguarda de situação juridicamente definida e consolidada.

Alternativamente, pleiteou o cumprimento da revisão geral das remunerações de tais servidores, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXVI, art. 7º, IV e 37, XV, todos da Constituição Federal.

Destaca que na ocasião já havia sentença em outro processo, confirmada por acórdão deste Tribunal, reconhecendo direito idêntico à servidores da autarquia estadual na mesma situação do autor e seus litisconsortes.

O Juízo de primeiro grau, em análise à ação, entendeu ser caso de julgamento antecipado da lide, por se tratar de matéria de direito, e proferiu sentença de improcedência aos pedidos do autor e seus litisconsortes, com fundamento de que a incorporação do citado adicional remuneratório concedido pelo art. 77, § 4º, da Lei Estadual nº 1.102/90, teve o seu parâmetro de reajuste (qual seja o vencimento do cargo em comissão paradigma) revogado pela Lei Estadual nº 1.756/97, e, por não haver direito adquirido a regime jurídico por servidor estatutário, não foi alcançado aos autores a majoração concedida pela Lei nº 2.132/00.

Com relação ao pedido alternativo de revisão geral anual da remuneração dos autores, o magistrado também o indeferiu, já que a norma constitucional que garante esse direito é de eficácia limitada, dependendo de lei infraconstitucional, ainda inexistente, para o seu cumprimento.

No entanto, afirma o autor que houve cerceamento de defesa por não ter havido a fase de produção probatória dado o julgamento antecipado da lide pelo Juiz de primeiro grau, razão que acresceu aos motivos do recurso de apelação interposto ao Tribunal de Justiça.

Em julgamento da apelação, este Tribunal, através da 5ª Câmara Cível, entendeu não haver máculas na sentença recorrida e a confirmou integralmente, dispondo não haver nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide em razão da desnecessidade da produção de provas testemunhais naquele caso, desprovendo o recurso do autor.

Nesse sentido, o autor pleiteia com a presente ação a rescisão do acórdão proferido, com fulcro nos incisos IV, V, VI, VII e IX do art. 485, do CPC/73, além da posterior inclusão de litisconsortes.

Juntou aos autos cópia integral do processo originário às f. 69-375.

Concedido ao autor os benefícios da justiça gratuita (f. 382).

Em contestação (f. 534-61), o Detran/MS apresenta preliminar de rejeição de formação de litisconsórcio ativo facultativo ulterior e, no mérito, afirma não ser o caso de ação rescisória, tendo em vista: a) não haver ofensa à coisa julgada (IV, art. 485, CPC/73); b) não se tratar de violação literal de disposição de lei (V, art. 485, CPC/73), posto ter havido divergência na época na interpretação jurisprudencial dos normativos legais apontados como violados pelo autor; c) não haver falsidade de prova comprovada cuja decisão tenha se baseado (VI, art. 485, CPC/73), em virtude de tratar-se de decisão ligada a matéria de direito; d) ausência de documentos novos que, por si só possam assegurar pronunciamento favorável (VII, 485, CPC/73); e, e) inexistência de alegado erro de fato (IX, art. 485, CPC/73), por também se tratar apenas de matéria direito.

Em impugnação à contestação (f. 566-617), o autor reitera os termos da peça inicial.

Determinado às partes a especificação das provas que pretendem produzir (f. 619), o autor requereu a apresentação de lista de servidores do Detran que recebiam verbas incorporadas antes e depois da Lei nº 2.152/00, informação de como vem sendo pagos os valores da incorporação das verbas, como é feito o cálculo e qual a base de cálculo e índice de reajuste desde o ano de 2000, prova pericial *in loco* para detalhamento dos valores incorporados, e a oitiva das testemunhas Dagoberto Nogueira Filho, Ademar dos Reis e Danilo Zatti.

O réu nada requereu.

Em decisão interlocutória (f. 629-35), foi rejeitado o ingresso na lide dos litisconsortes facultativos, eis que formulado após a citação do réu e após o decurso do prazo decadencial da ação rescisória, e, consequentemente, deferido o pedido desentranhamento dos documentos a eles relacionados, porém, indeferido o pedido de desentranhamento dos holerites do autor.

Ainda, foi indeferido o pedido de produção de provas pleiteado pelo autor, tendo em vista a desnecessidade para o deslinde da ação e ausência de demonstração de sua pertinência.

Alegações finais do autor à f. 642-720, reafirmando os argumentos expostos inicialmente, e aduzindo que o indeferimento de produção de provas caracteriza cerceamento à defesa.

Transcorrido o prazo para a apresentação das alegações finais pelo réu, conforme certidão de f. 722.

Instado a se manifestar, o Ministério Público informa não ser o caso de intervenção do *parquet* como *custus legis* (f. 726-9).

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Antônio Mário de Oliveira, com fundamento no art. 485, IV, V, VI, VII e IX do CPC/73, em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran/MS.

Pede a rescisão do acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível no julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação ordinária declaratória de majoração ou reajustes de adicionais de remuneração incorporados, nos Autos nº 001.05.025137-7, e que transitou em julgado em 17/05/2010.

Discorre o autor que ajuizou a ação, em litisconsórcio ativo com outros servidores, a fim de cobrar diferenças nos valores referentes a adicional remuneratório por incorporação de cargo ou função, em razão da publicação da Lei Estadual nº 2.152/00, que aumentou os vencimentos de cargos em comissão que desempenham igual função àquela que gerou a incorporação do citado adicional, porém, sem a respectiva majoração desse também.

Assim, tal fato teria violado preceitos constitucionais, como o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), em razão da autarquia estadual não ter cumprido a Lei nº 2.152/00, ao não aplicar a majoração aos servidores que tinham a parcela incorporada; e também agressão ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), por estabelecer tratamento diferente aos sujeitos em igual situação. Ainda, haveria agressão ao art. 6º, da LINDB, por não garantir a salvaguarda de situação juridicamente definida e consolidada.

Alternativamente, requereu a determinação do cumprimento da revisão geral das remunerações de tais servidores, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXVI, 7º, IV e 37, XV, todos da Constituição Federal.

Destaca que na ocasião já havia sentença em outro processo, confirmada por acórdão deste Tribunal, reconhecendo direito idêntico à servidores da autarquia estadual na mesma situação do autor e seus litisconsortes.

O Juízo de primeiro grau, em análise à ação, entendeu ser caso de julgamento antecipado da lide, por se tratar de matéria de direito, e proferiu sentença de improcedência aos pedidos do autor e seus litisconsortes, com fundamento de que a incorporação do citado adicional remuneratório concedido pelo art. 77, § 4º, da Lei Estadual nº 1.102/90, teve o seu parâmetro de reajuste (qual seja o vencimento do cargo em comissão paradigma) revogado pela Lei Estadual nº 1.756/97, e, por não haver direito adquirido a regime jurídico por servidor estatutário, não foi alcançado aos autores a majoração concedida pela Lei nº 2.132/00.

Com relação ao pedido alternativo de revisão geral anual da remuneração dos autores, o magistrado também o indeferiu, já que a norma constitucional que garante esse direito é de eficácia limitada, dependendo de lei infraconstitucional, ainda inexistente, para o seu cumprimento.

No entanto, afirma o autor que houve cerceamento de defesa por não ter havido a fase de produção probatória, dado o julgamento antecipado da lide pelo juiz de primeiro grau, razão que acresceu aos motivos do recurso de apelação interposto ao Tribunal de Justiça.

Em julgamento da apelação, este Tribunal, através da 5ª Câmara Cível, entendeu não haver máculas na sentença recorrida e a confirmou integralmente, dispondo não haver nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide em razão da desnecessidade da produção de provas testemunhais naquele caso, julgando improcedente o recurso do autor.

Nesse sentido, o autor pede a rescisão do acórdão proferido, com fulcro nos incisos IV, V, VI, VII e IX do art. 485, do CPC/73, além da posterior inclusão de litisconsortes.

Juntou aos autos cópia integral do processo originário às f. 69-375.

Concedido ao autor os benefícios da justiça gratuita em despacho de f. 382.

Em contestação (f. 534-61), o Detran/MS apresentou preliminar de rejeição de formação de litisconsórcio ativo facultativo ulterior e, no mérito, pugnou não ser o caso de ação rescisória, tendo em vista: a) não haver ofensa à coisa julgada (IV, art. 485, CPC/73); b) não se tratar de violação literal de disposição de lei (V, art. 485, CPC/73), posto ter havido divergência na época na interpretação jurisprudencial dos normativos legais apontados como violados pelo autor; c) não haver falsidade de prova comprovada cuja decisão tenha se baseado (VI, art. 485, CPC/73), em virtude de tratar-se de decisão ligada a matéria de direito; d) ausência de documentos novos que, por si só possam assegurar pronunciamento favorável (VII, 485, CPC/73); e, e) inexistência de alegado erro de fato (IX, art. 485, CPC/73), por também se tratar apenas de matéria direito.

Em impugnação à contestação (f. 566-617), o autor reiterou os termos da peça inicial.

Determinado às partes a especificação das provas que pretendem utilizar (f. 619), o autor pleiteou a apresentação de lista de servidores do Detran que recebiam verbas incorporadas antes e depois da Lei nº 2.152/00, informação de como vêm sendo pagos os valores da incorporação das verbas, como é feito o cálculo e qual a base de cálculo e índice de reajuste desde o ano de 2000, prova pericial *in loco* para detalhamento dos valores incorporados, e a oitiva das testemunhas: Dagoberto Nogueira Filho, Ademar dos Reis e Danilo Zatti. O réu não realizou requerimento nesse sentido.

Em decisão interlocutória (f. 629-35), foi rejeitado o ingresso na lide dos litisconsortes facultativos, eis que formulado após a citação do réu e após o decurso do prazo decadencial da ação rescisória, e, consequentemente, deferido o pedido de desentranhamento dos documentos a eles relacionados, porém, indeferido o pedido de desentranhamento dos holerites do autor. Ainda, foi indeferido o pedido de produção de provas pleiteado pelo autor, tendo em vista a desnecessidade para o deslinde da ação e ausência de demonstração de sua pertinência.

Alegações finais do autor às f. 642-720, reafirmando os argumentos expostos inicialmente, e aduzindo que o indeferimento de produção de provas caracteriza cerceamento à defesa.

Transcorrido o prazo para a apresentação das alegações finais pelo réu, conforme certidão de f. 722.

Instado a se manifestar, o Ministério Público informou não ser o caso de intervenção do *Parquet* como *custus legis* (f. 726-9).

Requisitos de admissibilidade da ação rescisória

A competência para julgamento da presente ação rescisória é deste Tribunal, uma vez que busca rescindir acórdão proferido pela E. 5ª Câmara Cível deste Sodalício, nos autos da ação declaratória.

O trânsito em julgado da decisão rescindenda ocorreu em 17/05/10, e a presente ação foi protocolada em 16/05/12, ou seja, dentro do prazo decadencial estabelecido pelo art. 485 do CPC/73, norma legal vigente na época.

Dispensado do recolhimento do depósito prévio de 5% sobre o valor da causa por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Mérito.

O autor pretende a desconstituição do acórdão proferido nos Autos da Apelação nº 2006.016169-8/0000-00, aduzindo que a decisão comporta rescisão por uma série de fatores, com fulcro no art. 485, IV, V, VI, VII e IX do CPC/73.

Da análise dos autos, contudo, tenho que não assiste razão ao demandante.

Trata a ação rescisória de instrumento de excepcional aplicação, de modo a desconstituir a coisa julgada da decisão somente em hipóteses extremas e taxativas, do art. 485, do CPC/73 (atual art. 966, do CPC/15).

Não se presta tal ação a rediscutir o mérito ou a justiça da decisão, tampouco reavaliar o conteúdo produzido (ou não) dentro do processo, mas sim, verificar se ocorreu, na decisão atacada, uma ou mais das hipóteses de desconstituição da coisa julgada tratadas no Código de Processo Civil.

Nesse sentido, válida a menção à jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

> *"A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação. Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória"* (REsp 147.796/MA, DJ 28/06/99, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Portanto, analiso o pleito do autor com base nas hipóteses dos incisos do art. 485 do CPC/73, que alega ter havido infringido a decisão rescindenda.

Ofensa à coisa julgada – inciso IV, art. 485 do CPC/73.

O autor alega que a decisão que pretende desconstituir ofendeu a coisa julgada, nos termos do inciso IV do art. 485 do CPC/73. Veja-se:

> *"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *IV - ofender a coisa julgada;"*

A coisa julgada vinculativa se opera a partir da perfeita coexistência dos elementos da ação (parte, pedido e causa de pedir). Diante do dissenso em qualquer destes não há falar em *res iudicata*.

Isto porque,

> *"(...) à luz da teoria geral do processo, não há coisa julgada se não se reúnem, cumulativamente, os três requisitos indicados para a caracterização de tal fenômeno processual, o qual se qualifica como condição de validade da relação processual: identidade de pedido (eadem res), identidade de causa de pedir (eadem causa petenti) e identidade de pessoas (eadem personae)"* (STJ. RHC 80.144/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

No tocante ao caso em questão, o autor faz menção a ofensa à coisa julgada dos Autos nº 001.01.058848-4, que concedeu pedido idêntico ao pleiteado pelo autor a outros servidores em situação similar.

Ocorre que nesse caso não há que se falar em ofensa à coisa julgada, tendo em vista que não havia similitude de partes nos processos, sendo o efeito da decisão *inter partes* aos participantes daquele processo, como bem determina o art. 506, do CPC/15:

> *"Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros."*

Portanto, não prospera o pleito do autor a rescindir a decisão atacada com fundamento na ofensa à coisa julgada, com base no inciso IV, do art. 485 do CPC/73.

Violação literal à disposição de lei – Inciso V, art. 485 do CPC/73.

Dispõe o inciso V, art. 485 do CPC/73:

> *"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *(...)*
>
> *V - violar literal disposição de lei".*

Essa disposição foi mantida no atual Código Processual Civil, em seu art. 966, V, com atualização do termo anteriormente utilizado para:

> *"Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *(...)*
>
> *V - violar manifestamente norma jurídica"*

A viabilidade da ação rescisória fundada no artigo 485, inciso V, do CPC/73 (art. 966, V, do CPC/2015) decorre da não aplicação de uma determinada lei ou do seu emprego de tal modo aberrante que viole frontalmente o dispositivo legal, dispensando-se o reexame dos fatos da causa originária, como bem leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

> *"Não se admite a rescisão por injustiça da sentença ou por inadequado exame das provas. É indispensável que haja afronta direta e induvidosa à - norma jurídica (ou a princípio geral do direito), de natureza constitucional ou infraconstitucional."* (GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 6. ed, 2016, p. 559).

Assim, a violação da norma jurídica que enseja a rescisão da decisão transitada em julgado deve ser manifesta, de imediata dedução, não configurando apenas a indicação de dispositivo normativo de forma genérica que possa ter uma interpretação contrária à da decisão rescindenda.

Não é o caso dos autos.

Alega o autor que os dispositivos violados que possibilitam a rescisão da decisão com fulcro no inciso V, do art. 485 do CPC/73 são o art. 5º, XXXVI, CF; o art. 37, X e XV, CF e o art. 6º, LINDB, por não haver interpretação divergente na jurisprudência acerca do direito adquirido do autor à irredutibilidade de vencimento e isonomia de salário.

Ocorre que os dispositivos legais discutidos e interpretados, que influíram diretamente na relação jurídica entre as partes, e consequentemente na causa de pedir e fundamentação da decisão rescindenda, são os art. 77, da Lei Estadual nº 1.102/90, que concedeu a incorporação do adicional ao autor e seus pares; 6º, da Lei Estadual nº 1.756/97, que revogou a base de atualização monetária de tal verba incorporada (que tinha como parâmetro o cargo em comissão que originou a incorporação da verba); e a Lei Estadual nº 2.152/00, que modificou a estrutura dos cargos e majorou remuneração.

Os dispositivos constitucionais elencados como violados diretamente pelo autor, são, na verdade, de ofensa indireta em relação às normas estaduais mencionada.

De toda forma, tanto a questão vertente sobre os dispositivos infraconstitucionais e os constitucionais, na época da decisão sentenciada, e posteriormente no julgamento do respectivo recurso de apelação, era, de fato, controvertida nos tribunais, como bem aponta os precedentes jurisprudenciais deste próprio Tribunal citados no acórdão rescindendo, às f. 241-2. Confira-se trechos:

> *"Conforme a orientação jurisprudencial do STF, não existe violação às garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV) decorrente da modificação para o futuro do regime de vencimentos do servidor público, que não implique diminuição no quantum percebido pelo servidor, mesmo porque a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, § 8º, CF. EC 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas ao serviço ativo.* (Apelação nº 2005.004411-7, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. Julgamento de 20.9.2005)".

> *"Tendo a Lei nº 2.150/00 reformulado a estrutura dos órgãos da administração, originando novos cargos com os quais o ocupado pelo autor não guarda nenhuma similitude, conforme previsto no seu artigo 77, § 1º, não pairam dúvidas quanto à impossibilidade de que a gratificação de confiança incorporada à sua remuneração passe a ser calculada com amparo naquela devida ao ocupante de um dos novos cargos estabelecidos* (Apelação Cível – Ordinário – Nº 2007.0333221-4/0000-0 – Campo Grande. Relator – Exmo. Sr. Rêmolo Letteriello, julgamento em 01.04.08)."

> *"A incorporação definitiva de gratificação não garante ao servidor o aumento concedido em face de lei que não apenas transforma os cargos existentes, mas cria novos cargos, com a alteração das atribuições.* (Apelação nº 2005.007167-1, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgamento de 18.10.2005)".

Assim, ainda que o autor aponte caso paradigma em que houve concessão do pleito a servidor em situação semelhante à sua, é fato que haviam casos idênticos em que foi decidido de forma diversa, demonstrando a divergência quanto ao assunto no tribunal naquela época.

Desse modo, é o caso da aplicação da Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal:

> *"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."*

Portanto, sucumbe a pretensão do autor em rescindir a decisão com fulcro nesse fundamento.

Decisão fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou na própria ação rescisória – inciso VI, art. 485 do CPC/73.

Dispõe o inciso VI, do art. 485 do CPC/73:

> *"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;*

Quanto ao argumento, há que se ater que sequer houve declaração de falsidade de qualquer prova nos autos.

Ainda, o magistrado de primeiro grau julgou antecipadamente a lide por entender tratar-se de matéria exclusivamente de direito, prescindindo de dilação probatória (f. 176), o que, inclusive, foi mantido no acórdão que julgou o recurso de apelação.

Assim, para que haja rescisão do julgado com base em prova falsa, é necessário que essa tenha sido determinante no resultado da decisão, ou seja, tenha formado ou contribuído diretamente para a convicção do julgador.

Nesse sentido é a lição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

> *"É indispensável que a prova falsa tenha sido determinante do resultado, que este não possa subsistir sem ela. Se o julgamento está fundado em vários elementos ou provas variadas, e a falsidade de uma delas não seja decisiva para o resultado, não haverá razão para a rescisória"* (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Curso de Processo Civil Esquematizado. 2016, p. 562)

Tendo em vista que não foi prova em matéria fática que gerou o convencimento adotado pelo julgador na decisão que pretende se rescindir, mas sim, apenas questão eminentemente de direito, não prospera o argumento do autor de que a decisão deva ser rescindida por se basear em prova falsa.

Documento novo ou de que não pode fazer uso capaz de, por si só, lhe assegurar pronunciamento favorável – inciso VII, art. 485 do CPC/73.

Dispõe o inciso VII, do art. 485 do CPC/73:

> *"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;"*

Para a rescisão da decisão se operar com fundamento nesse dispositivo legal, é mister que a prova seja existente à época do julgamento, mas que o autor não conhecia ou não podia fazer uso, além de lhe assegurar o pronunciamento favorável sem a necessidade de remissão à outras provas ou fatos.

Nesse esteio, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"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). *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).

No presente caso, não há nos autos prova nova que se adeque ao conceito do inciso VII, do art. 485 do CPC/73, havendo apenas as mesmas já disponíveis ao julgador ao tempo da decisão ora atacada.

Ademais, ainda que se tratasse de prova nova, verifica-se que, como o fundamento da decisão se restringia apenas à matéria de direito, não haveria a possibilidade de que essa nova prova poderia, por si só, assegurar ao autor o pronunciamento favorável.

Dessa forma, a rescisão não se mostra possível com fulcro na argumentação de existência de prova nova nos autos.

Erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa – inciso IX, art. 485 do CPC/73.

Dispõe o inciso IX, art. 485 do CPC/73:

> *"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;"*

Tem-se que, nesse aspecto, não prospera também a alegação autoral quanto a existência de mácula na decisão a permitir sua rescisão pela via estreita da presente ação.

Com relação a erro de fato, ensina Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade:

> *"Erro de fato. Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: É preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade (Sidney Sanches. RT 501/25). Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo. Porém, o erro de fato não autoriza a rescisória escorada em eventual "injustiça" da decisão rescindenda ou mesmo equívoco na qualificação jurídica da prova ou dos fatos* (NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.061).

Vê-se então que para se instalar o erro de fato, a decisão deveria ter se baseada em tal erro, assim como não poderia ter havido controvérsia entre as partes e sua comprovação bastasse nas provas constantes dos autos originários. Ocorre que, como já ressaltado, a decisão atacada foi baseada em matéria exclusivamente de direito, não analisando fatos para compor a sua fundamentação, o que, por si só, já afasta a possibilidade de rescisão pelo motivo aludido.

O fato é que o autor mostra irresignação com o julgamento da causa, pleiteando um novo com a presente ação, o que é cediço que não se mostra cabível na presente via eleita. Assim já decidido por essa Seção:

> *AÇÃO RESCISÓRIA – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – REJEIÇÃO – VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – ERRO DE FATO – ART. 485, V E IX, DO CPC/73 – NÃO OCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DO JULGADO RESCINDENDO – IMPROCEDÊNCIA. Se a ação rescisória foi proposta contra a sentença que decidiu sobre a validade do título que deu causa, posteriormente, à ação monitória, não há que falar-se em ausência de interesse processual porque é evidente que, em caso de procedência, também esta será atingida. É cediço que o ajuizamento da ação rescisória não se mostra cabível nas hipóteses em que, a pretexto da alegada existência de violação a literal disposição de lei ou de ocorrência de erro de fato, a parte tenha por objetivo um novo julgamento da causa, favorável à sua pretensão. Ação rescisória improcedente*. (TJMS. Ação Rescisória nº 1410344-26.2015.8.12.0000, Dourados, 2.ª Seção Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 11/06/2018, p: 17/07/2018)

Não prospera, por tais razões, a alegação autoral de erro de fato na decisão atacada e não é possível a rescisão por erro de fato em decisão fundamentada em matéria de direito.

Por fim, quanto a alegação de cerceamento de defesa pela dispensa da produção de provas, ressalto entendimento jurisprudencial firmado no sentido de que não há cerceamento se o julgador deixa de oportunizar a produção de prova em razão de elementos suficientes para a formação do seu convencimento nos autos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – MÉRITO – DESNECESSIDADE DA PRESTAÇÃO DE CONTAS – RECURSO DESPROVIDO. Não se configura cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de determinada prova, dada a existência nos autos de elementos suficientes para formar a sua convicção.* (TJMS, Apelação Nº 0801037-19.2014.8.12.0005, Des. Relator: Marcelo Câmara Rasslan, 1ª Câmara Cível, data de julgamento: 24/07/2018)."

Em face do exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados nesta ação rescisória.

Sucumbente que foi, imputo ao autor o pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais, atento ao art. 85, § 2.º, do CPC, arbitro em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Contudo, sobresto o pagamento da sucumbência pelo prazo legal, por se tratar de beneficiário da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte

Por unanimidade, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Nélio Stábile, Des. Alexandre Bastos, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 10 de setembro de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801195-93.2014.8.12.0031 - Caarapó
Relator designado Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA – RECUSA EM RAZÃO DA INDIGNIDADE DE UM DOS BENEFICIÁRIOS DO SEGURO – ASSASSINATO DA SEGURADA PELO CÔNJUGE-BENEFICIÁRIO – DIREITO DE OS DEMAIS BENEFICIÁRIOS (FILHOS) DE AUFERIR A INDENIZAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORARIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não obstante ao segurado principal, cônjuge da pessoa falecida, que deu causa ao sinistro, ser defeso auferir a correspondente indenização securitária, esta circunstância não pode afastar o direito de os demais beneficiários do seguro, filhos da pessoa beneficiária, de auferi-la.

Existente mais de um beneficiário do seguro e sendo somente o cônjuge o responsável pelo ato doloso, afasta-se a obrigação em relação a ele, a teor do art. 762 do CC, mantendo-se, entretanto, aos demais beneficiários inocentes, no caso os filhos da vítima e cônjuge de seu algoz, que arquitetou a morte da própria esposa, o direito a auferir a respectiva indenização securitária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator. Nos termos do artigo 942 § 1º do CPC, convocou-se o 3º vogal, que acompanhou a divergência.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caixa Seguradora S/A contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Caarapó, nos autos da ação de cobrança movida contra si por Diego de Lima Alves, Danilo de Lima Alves e Diogenes Carlos de Lima Alves, que julgou procedente o pedido inicial, declarando a indignidade de João Alves de Souza em relação ao recebimento da indenização relativa ao contrato de seguro, condenando a requerida a pagar aos autores a indenização relativa ao seguro de vida, Apólice 970.10.000.889, no valor de R$ 14.600,00 corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV desde a data da assinatura do contrato e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação.

A apelante alega que a sentença merece reforma, porque o único beneficiário da cobertura para morte de cônjuge é o segurado principal, João Alves de Souza, declarado indigno de receber a quantia constante da apólice e que tal seguro não pode ser transferido aos herdeiros, em razão da natureza personalíssima

constante do contrato. Menciona que seguro de vida não pode ser confundido com herança. Argumenta que, em sendo o beneficiário indigno, não há que se estender a cobertura aos filhos, porque o segurado principal seria o único a receber. Destaca que "*no momento em que a cônjuge do segurado foi morta a mando do próprio segurado, a indenização por morte de cônjuge se tornou indevida, não integrou o patrimônio do segurado (...)*", ou seja, aduz que a indignidade torna extinta a obrigação da seguradora ao pagamento da indenização. Reafirma que "*a cobertura para morte de cônjuge é exclusivamente destinada ao segurado principal, não é transferível aos filhos do segurado, ou aos herdeiros do cônjuge falecido*". Requer a reforma integral da sentença com julgamento de improcedência aos pedidos iniciais. Prequestiona dispositivos legais.

Em contrarrazões, os apelados invocam o artigo 792 do Código Civil e postulam pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 26/06/2018)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Relatados.

O cerne da irresignação está na condenação da apelante ao pagamento do seguro, quando a cônjuge do segurado é falecido, morte causada pelo segurado e há condenação para pagamento aos herdeiros.

Com razão o apelante.

Isso porque, analisando detidamente os documentos juntados, observa-se que a cobertura por morte de cônjuge determina que o pagamento será realizado ao segurado principal. No caso dos autos, o segurado é José Alves de Souza, causador da morte da esposa e declarado indigno de receber a quantia segurada.

O seguro de vida é um contrato feito entre uma pessoa e uma companhia seguradora em que o contratante (segurado) se compromete a pagar valores periódicos (chamados de prêmio) e em troca a seguradora garante o pagamento de uma indenização a pessoa ou pessoas indicadas por ele na proposta de seguro, os chamados beneficiários. Estes receberão o valor do prêmio (indenização) que será pago em caso de morte do segurado.

Todavia, também é sabido que o direito de receber uma indenização decorrente de seguro de vida não faz parte dos bens que compõem a herança do segurado, por expressa disposição do Código Civil Brasileiro (artigo 794), o que não pode ser confundido. Em razão disso, indevida é o pagamento aos filhos-herdeiros no caso dos autos, porque o beneficiário com a morte do cônjuge, apto a receber 50% do valor total da apólice seria apenas o segurado principal (marido), declarado indigno.

Destaco que não é o caso de aplicação do artigo 792, do Código Civil, que estabelece:

> *Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.*

E isso porque não preenche aqueles requisitos. Ora, o contrato de seguro (apólice) é claro ao estabelecer quem seriam os beneficiários – Vanda Freitas Lima Alves, Danilo de Lima Alves e Diógenes Carlos de Lima Alves (f. 20) - e não houve alteração, apenas declarou-se o segurado indigno de recebimento por ser o mandante do assassinato da beneficiária-esposa (Vanda).

Ademais, consta da Cláusula 7 do certificado individual de seguro (f. 21) que no caso de morte do cônjuge do titular, aquele terá direito de forma automática a uma indenização, cujo valor corresponderá a 50% do valor da cobertura para caso de morte natural do titular, constando, ainda, que o beneficiário do cônjuge será sempre o segurado principal. Ainda que o seguro de vida possa ser deixado para outras pessoas que não os filhos, a esposa ou a companheira do segurado, o que dependeria do preenchimento da proposta de seguro indicando uma pessoa como beneficiária e ela passa a ter direito à indenização a ser paga pela seguradora, seja herdeira ou não o que deve ser salientado é que o direito ao recebimento não se transmite aos herdeiros e ou sucessores.

Repiso, o direito ao recebimento de seguro de vida não pode ser confundido com herança e, ainda que a sentença tenha declarado a indignidade do segurado ao recebimento do seguro, aquele é o próprio segurado e não há qualquer fundamento eventuais valores serem repassados aos filhos herdeiros com o falecimento da beneficiária, nem mesmo os valores correspondentes a 50% do valor da apólice que seriam devidos ao cônjuge, uma vez que aquele foi culpado pela morte da esposa.

Assim, tenho que ao recurso deve ser dado provimento, para reformar em parte a sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Caixa Seguradora S/A e dou-lhe provimento para reformar em parte a sentença para manter a declaração de indignidade de João Alves de Souza em relação ao recebimento da indenização relativa ao contrato de seguro (Apólice 970.10.000.889) e julgando improcedente o pedido de pagamento da indenização no valor de R$ 14.600,00, relativa a mesma apólice, aos autores Diego de Lima Alves, Danilo de Lima Alves e Diógenes Carlos de Lima Alves, por não serem beneficiários. Por conseguinte, inverto os ônus sucumbenciais. Condeno, ainda, os autores, ora apelados, ao pagamento de honorários recursais, os quais fixo em 5% sobre o valor atualizado da causa. Suspendo a exigibilidade, por conceder àqueles os benefícios da assistência judiciária.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Marco André), após o relator dar provimento ao recurso. O 1º vogal se reserva.

VOTO (EM 17/07/2018)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º vogal)

Solicitei vista dos autos porquanto se conclui que a manutenção da sentença recorrida mostra-se imperiosa no caso dos autos, visto que a exclusão de beneficiário de seguro - herdeiro indigno - não pode afastar o direito de recebimento da indenização securitária pelos beneficiários inocentes.

Explico.

Breve relato dos fatos que permeiam a demanda

Extrai-se dos autos que os autores, ora apelados, ajuizaram a presente ação com o intuito de reaver indenização securitária em razão da morte de sua genitora – Vanda Faria de Lima Alves, que possuía contrato de seguro de vida firmado com a seguradora apelante (f. 20-21).

Denota-se que a morte da segurada, mãe dos autores, ocorreu em 25/01/1998, quando estes possuíam apenas 4 (quatro) e 2 (dois) anos de idade (f. 14 e f. 16), bem como foi causada por disparos de arma de fogo, em razão de assassinato contratado mediante paga pelo genitor destes e também beneficiário do seguro de vida referido e em discussão nestes autos, conforme se infere de cópia da sentença penal condenatória proferida na Ação Penal Pública Incondicionada nº 0000015-37.1998.8.12.0031, que tramitou pela Vara Única da Comarca de Caarapó, MS (f. 23-139).

Após a apresentação de defesa e respectiva impugnação pelos demandantes, o juízo *a quo* determinou a citação do herdeiro necessário, irmão dos autores, Diógenes Carlos de Lima Alves (nascido em 04/04/1990 – f. 266), para, querendo integrar a lide, assim como ratificar os atos já praticados (f. 262), o que restou concretizado à f. 263-267 e f. 270.

Posteriormente, o juízo de primeiro grau determinou a citação do genitor dos autores, João Alves de Souza, ponderando-se a economia processual e a ausência de divergência das partes quanto à possibilidade de declaração de indignidade do genitor dos menores nestes autos (f. 276-77), o qual, após ser devidamente citado (f. 282), quedou-se inerte (f. 283).

Diante deste cenário, levando-se em conta a manifestação das partes quanto à ausência de interesse na produção de outras provas (f. 286-287), proferiu-se a sentença recorrida, pela qual o juízo de primeiro grau afastou as preliminares de falta de interesse e de ilegitimidade das partes e, no mérito, julgou procedente o pleito autoral,

> *(...) para o fim de declarar a indignidade do réu João Alves de Souza, em relação ao recebimento da indenização relativa ao contrato de seguro objeto dos autos (apólice nº 970.10.000.889), o que faço com amparo no art. 1.814, I, do Código Civil. Por consequência, condeno a requerida Caixa Seguradora S/A a pagar aos autores Diego de Lima Alves, Danilo de Lima Alves e Diógenes Carlos de Lima Alves a indenização relativa ao seguro de vida objeto da apólice nº 970.10.000.889, no valor de R$ 14.600,00 (quatorze mil e seiscentos reais), o qual deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV desde a data da assinatura do contrato (03/05/1995) e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação* (f. 294).

Inconformada, a seguradora ré interpôs o presente recurso (f. 297-311), por intermédio do qual apresenta razões que, ao contrário do que assentou o e. Relator, não justificam a reforma da sentença proferida em primeira instância.

Recurso de apelação da seguradora

A seguradora defendeu que a cobertura pelo evento morte de cônjuge seria exclusivamente devido ao cônjuge sobrevivente – segurado principal, o qual, no caso, como se trata de herdeiro indigno para o recebimento da indenização securitária, não pode transferir aos seus herdeiros o direito à indenização.

Alegou-se que:

> *(...) a indignidade torna extinta a obrigação da seguradora ao pagamento da indenização, e não a transmite para os herdeiros do indigno, pois o indigno não perfez a condição mínima para que seus herdeiros fizessem jus ao pagamento, qual seja, o próprio segurado indigno nunca fez jus ao pagamento da indenização* (f. 305-306).

A seguradora defendeu, ainda, que o pagamento da indenização não é devido em razão da prática de ato ilícito e doloso pelo segurado, sem olvidar a clara ocorrência de agravamento do risco, concluindo pela nulidade do contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado ou beneficiário.

O Des. relator deu provimento ao apelo da seguradora excluindo o direito de os filhos auferirem a indenização em razão da declaração de indignidade do outro beneficiário (cônjuge).

Todavia, denota-se que, não obstante ao segurado principal, cônjuge da pessoa falecida, que deu causa ao sinistro, ser defeso auferir a correspondente indenização securitária, esta circunstância não pode afastar o direito de os demais beneficiários do seguro, filhos da pessoa beneficiária, de auferi-la.

Isto porque, inviável aceitar que o beneficiário do seguro que deu causa ao sinistro, por não poder receber a indenização deste correspondente, afaste, em razão de sua indignidade, o direito dos demais beneficiários do seguro de auferir a indenização securitária correspondente.

Até porque a cobertura securitária era direito que integrava o patrimônio dos autores da herança (podendo indicar ou não beneficiário), logo, diante da existência de outros beneficiários, os quais não cometeram qualquer ato ilícito, não tem sentido sua desconsideração.

Em outras palavras, o afastamento de obtenção de vantagem indevida (pelo autor do crime), não pode ser estendido aos demais beneficiários do contrato de seguro, filhos da segurada, vez que não praticaram qualquer ilícito.

Acerca da matéria, tem-se que a análise das características gerais dos contratos de seguro reafirma esta interpretação, seja em razão do princípio da boa-fé, seja porque se o segurado não pode agravar intencionalmente os riscos do seguro (art. 1454 do Código Civil de 1916 e art. 768 do atual Código Civil); obrigações que atingem igualmente ao beneficiário, porque se ele:

> *"(...) provoca a morte do segurado, atualizando, de modo direto e doloso, o risco coberto pelo negócio de seguro de vida, perde o mesmo beneficiário, a fortiori, o direito ao seguro"* (Ap. 144.588, TJSP, j. 20.12.91, Yussef Said Cahali (coordenador) Contratos Nominados. Saraiva, 1995, p. 463/464).

Desta forma, existente mais de um beneficiário do seguro e sendo somente o cônjuge o responsável pelo ato doloso, afasta-se a obrigação em relação a ele, a teor do art. 762 do CC, mantendo-se, entretanto, aos demais beneficiários inocentes, no caso os filhos da vítima e cônjuge de seu algoz, que arquitetou a morte da própria esposa, o direito a auferir a respectiva indenização securitária.

A propósito, confira-se alguns julgados proferidos em casos análogos:

> *SEGURO DE VIDA EM GRUPO – AÇÃO DE COBRANÇA C. C – REPARAÇÃO DE DANO MORAL. Hipótese em que terceiro inimputável beneficiário do seguro atentou contra a vida da segurada sua própria mãe. Autora, também beneficiária que não pode ser prejudicada pelo ato praticado pelo outro beneficiário inimputável, seu irmão. Inexistência de conluio entre ambos, até porque o autor do crime é inimputável. Apresentação da apólice postergada para a fase de liquidação de sentença. Medida mais adequada. Obrigação de fazer sujeita às cominações legais. Não caracterização da litigância de má-fé, ante a não configuração das hipóteses elencadas no art. 80 do CPC/2015. Sucumbência recíproca. Recurso da autora desprovido e provido parcialmente o da ré.* (TJSP; Apelação 1006717-22.2016.8.26.0011; Relator (a): Dimas Rubens Fonseca; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/02/2017; Data de Registro: 24/02/2017)

> *CONTRATO DE SEGURO – ARTIGOS 47 e 54, § 4º – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO SEGURADO – ASSASSINATO DO SEGURADO PELO PRÓPRIO FILHO – DIREITO DO CÔNJUGE À INDENIZAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 762 DO CÓDIGO CIVIL. O contrato de seguro se insere entre as atividades protegidas pelo CDC, conforme, expressamente, estabelecido em seu art. 3º, § 2º. Assim, suas cláusulas, ex vi dos artigos 47 e 54, § 4º, são interpretadas mais favoravelmente ao consumidor, precipuamente aquelas que implicarem na limitação de direitos. - Se há dois ou mais beneficiários do seguro e somente o filho foi o responsável pelo ato doloso, afasta-se a obrigação em relação a ele, a teor do art. 762 do diploma civil. Tal exclusão, entretanto, não se estende aos demais beneficiários inocentes, no caso o cônjuge da infelicitada vítima e mãe do assassino/beneficiário que arquitetou a morte do próprio pai, dura e duplamente atingida pelo infortúnio.* (TJMG, Apelação nº 1.0701.08.227301-5/001, Relator Des. Tarcisio Martins Costa, Publ. 03/11/2009)

Portanto, verificada a indignidade do segurado, deve ser aplicado ao caso, por analogia, o art. 1.814, I, do Código Civil, excluindo-o do rol de beneficiários, determinando-se, por consequência, a teor do que dispõe o art. 792, do Código Civil, que os autores passem a ser os únicos beneficiários do seguro, como bem concluiu o juízo *a quo*.

Dispositivo

Ante todo o exposto, peço vênia ao e. relator, Des. Nélio Stábile e, diante dos fundamentos supra, conheço do recurso de apelação interposto por Caixa Seguradora S/A, mas nego-lhe provimento, para manter a sentença recorrida como proferida.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11 do art. 85 do vigente CPC, condeno a apelante ao pagamento de honorários advocatícios a favor dos advogados dos autores, ante o trabalho adicional por estes realizado e, ainda, a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 2% (dois por cento) do valor da condenação atualizado, cujo percentual deve ser acrescido àquele arbitrado em primeiro grau (15% - f. 294).

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Fernando Mauro Moreira Marinho), após o relator dar provimento e o 2º vogal negar provimento ao recurso.

VOTO (EM 07/08/2018)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º vogal)

Pedi vista para melhor análise dos autos, e verificando os pormenores do caso, peço vênia ao ilustre relator, para divergir de seu posicionamento.

No presente caso não se trata de direito hereditário, não podendo este ser confundido com o direito ao recebimento de seguro de vida; no entanto trata-se de ação de cobrança para recebimento da indenização decorrente do falecimento da mãe dos autores, que figurava como beneficiária no contrato de seguro de vida em grupo do marido, que garante a seguinte verba indenizatória em caso de falecimento do cônjuge segurado (f. 21), *verbis*:

> *"7. Este seguro garante automaticamente, em caso de morte do cônjuge titular, uma indenização correspondente a 50% do valor da cobertura indicada para morte natural do titular do seguro. O beneficiário do cônjuge será sempre o segurado principal. (...)"*

No presente caso, inobstante conste na sentença a declaração de indignidade do cônjuge João Alves de Souza em relação ao recebimento da indenização relativa ao contrato em questão, tenho que realmente deve ser ratificada por este e. Corte, mantendo-se o *decisum* em relação ao pagamento da referida indenização aos autores, pois determina o art. 792 do CC/02, que:

> *"Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária."*

Ex positis, mais uma vez rogando vênia ao eminente relator, divergindo o seu entendimento, voto pelo desprovimento do recurso, mantendo *in totum* a sentença.

Diante do presente julgamento, fixo os honorários advocatícios recursais devidos ao patrono dos autores, em 5% sobre o valor da condenação, nos moldes do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (3º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator.

Nos termos do artigo 942 § 1º do CPC, convocou-se o 3º vogal, que acompanhou a divergência.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0823077-07.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM PEDIDO DE SOBREPARTILHA DE BEM IMÓVEL – ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DE LAR – ART. 1240-A DO CÓDIGO CIVIL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – ABANDONO DO LAR E CÔMPUTO DO PRAZO LEGAL A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI QUE ALTEROU O CC PARA INCLUIR ESTA NOVA MODALIDADE DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA DE BEM IMÓVEL – *ANIMUS DOMINI* DEMONSTRADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O ordenamento jurídico pátrio permite a alegação de usucapião como matéria de defesa, visando a aquisição integral de bem imóvel adquirido na constância da sociedade conjugal havida entre as partes litigantes.

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, nega provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de agosto de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

A. V. dos S., inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de sobrepartilha (Feito nº 0823077-07.2014.8.12.0001, da 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em face de I. F. de A. dos S. , que julgou improcedente o pleito autoral, interpôs apelação cível (f. 203-207).

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao rejeitar o pedido de partilha de imóvel formulado pelo apelante, ao argumento de que, ainda que comprovado que o bem foi adquirido durante a união estável, a propriedade passou a pertencer exclusivamente à apelada, face a usucapião ordinário (art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil).

Referiu que a sentença proferida nos autos da ação de divórcio não efetuou a partilha e relegou a divisão para momento posterior, cujo trânsito em julgado ocorreu em 19/09/2006.

Dispôs que a própria autora quem, no feito acima mencionado, informou que o bem deveria ser partilhado, em forma de permuta, comportando-se como condômina e não proprietária exclusiva do bem, tanto que o declarou como bem adquirido durante a união havida entre as partes.

Concluiu não haver o *animus domini* da apelada, porque esta possuía ciência de que não era proprietária exclusiva do bem, a justificar a posse *ad usucapionem*.

Por fim, frisou que, ainda que a apelada tenha pago impostos e feito benfeitorias e acessões, como alega, o fato de haver indicado o bem à partilha demostra que, subjetivamente, tinha consciência de que não era a proprietária exclusiva.

Por fim, pugnou pelo prequestionamento da matéria, ainda, pelo conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença recorrida.

Apesar de intimado (f. 208-210), o apelado não apresentou resposta ao recurso (f. 211).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por A. V. dos S., inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de sobrepartilha (Feito nº 0823077-07.2014.8.12.0001, da 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em face de I. F. de A. dos S.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizadas na vigência deste novel *codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões.

Mérito recursal

Na hipótese, demonstra-se incontroverso o fato de que a aquisição do imóvel *sub judice* ocorreu durante o lapso temporal em que as partes litigantes viviam maritalmente.

Todavia, a ré, ora apelada, arguiu prescrição aquisitiva sobre o imóvel em litígio, argumentando que se encontra na posse do imóvel em tempo suficiente a lhe outorgar o domínio exclusivo do bem.

O autor, ora apelante, entretanto, defende que carece à apelada todos os requisitos legais para tanto.

O juízo *a quo* acolhendo a tese da defesa, concluiu pela improcedência do pedido de sobrepartilha do bem, porque preenchidos os requisitos do artigo 1.238, do Código Civil, diante da ocorrência da usucapião por parte da ré sobre a meação do autor no imóvel objeto deste litígio, *in verbis*:

> *Do cotejo entre os requisitos exigidos pela legislação civil e os documentos existentes nos autos, constata-se que, realmente, a ré adquiriu a meação do autor no imóvel pela usucapião extraordinária.*
>
> *Quanto ao requisito temporal, importante destacar que como a requerida estabeleceu sua residência habitual no imóvel, o prazo de 15 (quinze) anos fica reduzido para 10 (dez) anos.*
>
> *As partes estão separadas de fato desde outubro de 1999 (f. 15), sendo que a partir desta data a ré passou a exercer a posse exclusiva do imóvel.*
>
> *Em que pese o divórcio das partes ter sido decretado somente em setembro de 2006, prevalece na doutrina e na jurisprudência que com a separação de fato encerram-se inúmeros deveres inerentes ao casamento, bem como o regime de bens, sendo que os bens adquiridos após a separação das partes não devem ser partilhados.*
>
> *Diante desse raciocínio, o prazo para a aquisição pela usucapião começou a correr com a separação de fato, ficando afastada, portanto, a incidência do disposto no artigo 197, inciso I, do Código Civil* (f. 197).

Inconformado o autor interpôs o presente recurso, oportunidade em que alegou que a sentença proferida nos autos da ação de divórcio não efetuou a partilha, mas relegou a divisão para momento posterior, cujo trânsito em julgado ocorreu em 19/09/2006, tendo a ré-apelada a ciência de que não possuía o domínio exclusivo sobre o bem.

Concluiu não haver o *animus domini* da apelada, porque esta possuía ciência de que não era proprietária exclusiva do bem, a justificar a posse *ad usucapionem*.

Acerca da matéria controvertida, o ordenamento jurídico pátrio permite a alegação de usucapião como matéria de defesa, visando a aquisição integral de bem imóvel adquirido na constância da sociedade conjugal havida entre as partes litigantes.

A alegação de usucapião como matéria de defesa, visando a impedir a procedência do pedido de sobrepartilha de bens, em razão de tratar-se de modo de aquisição do domínio da coisa ou de certos direitos reais pela posse continuada durante determinado lapso de tempo, exige o concurso dos requisitos que a lei estabelece para este fim.

Neste sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO – BEM ADQUIRIDO APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO – BEM QUE NÃO INTEGRA A PARTILHA – CESSÃO DE DIREITO DE POSSE – OUTORGA UXÓRIA – PRESCINDIBILIDADE – USUCAPIÃO – MATÉRIA DE*

> *DEFESA – RECURSO IMPROVIDO.* ***Os bens adquiridos por um dos cônjuges, após longo período da separação de fato, não integram a meação. - Permite-se a alegação de usucapião como matéria de defesa, visando a impedir a procedência do pedido de anulação do instrumento particular de cessão e transferência da posse de bem imóvel.*** (TJMG - Apelação Cível 1.0470.15.003070-3/001, Relator(a): Des.(a) Mota e Silva , 18ª Câmara Cível, julgamento em 08/05/2018, publicação da súmula em 10/05/2018) Destaquei.

A usucapião alegada pela apelada possui fundamento no art. 1.240-A do CC, incluído pela Lei nº 12.424/2011, *in verbis*:

> *Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural*.

Sobre o referido dispositivo legal, confira-se a seguinte lição doutrinária[1]:

> *"(...) a Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, inclui no sistema a usucapião especial urbana por abandono do lar. Vejamos a redação do novo comando, constante do art. 1.240-A do CC/2002*: (...) *O instituto traz algumas semelhanças em relação à usucapião especial urbana que já estava prevista, a qual pode ser denominada como regular. De início, cite-se a metragem de 250 m², que é exatamente a mesma, procurando o legislador manter a uniformidade legislativa. Isso, apesar de que em alguns locais a área pode ser tida como excessiva, conduzindo a usucapião de imóveis de valores milionários.*
>
> *Ato contínuo, o novo instituto somente pode ser reconhecido uma vez, desde que o possuidor não tenha um outro imóvel urbano ou rural.*
>
> *A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez.*
>
> *O abandono do lar é o fator preponderante para a incidência da norma, somado ao estabelecimento da moradia com posse direta. O comando pode atingir cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos, diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável. Fica claro que o instituto tem incidência restrita entre os componentes da entidade familiar, sendo esse o seu âmbito de aplicação.*
>
> *Nesse sentido, precioso enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, a saber: "A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas"* (Enunciado n. 500).

Neste caso, portanto, o reconhecimento dessa espécie de prescrição aquisitiva demonstra-se imperiosa a comprovação, não só da co-propriedade, mas também ser o único imóvel do possuidor, urbano ou rural, cuja metragem não pode ultrapassar 250 m² e, também, ter havido o abandono de lar e, ainda, posse pelo lapso temporal de, no mínimo, 2 (dois) anos.

1 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 4.** 6. ed. Editora Método, 2014, p. 186-187.

Acerca deste último requisito, qual seja, o lapso temporal, levando-se em conta que esta modalidade especial de usucapião veio inaugurada pela Lei nº 12.424/2011, tem-se que de sua entrada em vigor deve ser considerado o termo inicial.

A propósito, o Enunciado nº 498 da V Jornada de Direito Civil dispõe que:

> *"(...) A fluência do prazo de 2 anos, previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada, tem início a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.424/2011".*

Na hipótese dos autos, a despeito do abandono do lar pelo autor-apelante alegado pela ré-apelada ter ocorrido em 1999, o cômputo do lapso temporal para a prescrição aquisitiva somente pode ter início em 2011, conforme acima declinado, quando entrou a lei federal que criou esta modalidade especial de usucapião.

Logo, como a ação foi ajuizada em 2014, denota-se comprovado o requisito do lapso temporal, a justificar a tese de defesa suscitada pela ré-apelada, que afasta a pretensão autoral de partilha do imóvel adquirido pelas partes, quando da constância da sociedade conjugal por elas mantida, até o ano de 2006, quando decretado o divórcio das partes (f. 66-67).

Não fosse isso, restou caracterizado o abandono do lar pelo autor, tanto que este fora citado por edital para responder à ação de divórcio contra ele intentada pela ré (f. 58-66) e, ainda, a posse ininterrupta da ré, ex-cônjuge do autor, ora apelante, como se dona exclusiva do imóvel fosse, demonstrando-se o *animus domini,* imprescindível à caracterização da prescrição aquisitiva da propriedade, como bem conclui o juízo sentenciante.

Por fim, cumpre consignar que não há falar-se em cômputo do prazo após o ajuizamento desta demanda, porquanto denota-se que a contagem do prazo deu-se até o ajuizamento desta ação.

Portanto, melhor sorte não socorre a insurgência recursal do autor, sendo imperiosa a manutenção da sentença como proferida.

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 proveito econômico, com fulcro no § 2º do art. 85 do CPC (f. 198).

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso não merece provimento, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelo advogado da parte apelada nesta fase recursal, 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 proveito econômico da causa, cujo importe deve ser arcado pelo apelante, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC[2], por este litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Dispositivo final

2 § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por A. V. dos S., mas nego-lhe provimento, para manter a sentença recorrida.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 2% (dois por cento) do proveito econômico da causa, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC, por este litigar sob o pálio da justiça gratuita (f. 27).

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. 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. Nélio Stábile.

Campo Grande, 14 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800106-19.2015.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO REGRESSIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO – INOCORRÊNCIA – CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA QUE POSSUI PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM* – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA PRODUÇÃO DE PROVAS – REVELIA – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – EVICÇÃO SOBRE BEM ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – ARTIGO 447 DO CÓDIGO CIVIL – RESPONSABILIDADE DO EXEQUENTE – PREJUÍZOS DECORRENTES DA EVICÇÃO – RESSARCIMENTO DEVIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – ÍNDICES QUE DEVEM OBSERVAR A TESE FORMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – HONORÁRIOS EM SENTENÇA NÃO LÍQUIDA – APURAÇÃO DO PERCENTUAL APÓS A LIQUIDAÇÃO – RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO – REEXAME NECESSÁRIO SUSCITADO DE OFÍCIO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não procede a alegação de nulidade da citação quando comprovado nos autos que a parte foi citada, conforme certidão positiva de cumprimento de ordem judicial, emitida por Oficial de Justiça, que possui fé pública.

À Fazenda Pública, não se aplica os efeitos da revelia quanto à matéria de fato articulada na inicial. Entretanto, a norma inserta no art. 346 do Código de Processo Civil, a ela se aplica, correndo os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, e que não tenham excluído expressamente a responsabilidade pela evicção, o alienante é obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, por disposição expressa prevista no art. 447 do CCB/2002, inclusive sobre bem arrematado em hasta pública.

A *priori* caberia ao executado responder pelos danos causados, contudo sua situação econômica delicada certamente o impossibilitará de suportar a obrigação. A partir dessa reflexão, fácil notar que caberá ao executante suportar a responsabilidade, na medida que usufruiu do acréscimo patrimonial advindo de terceiro não integrante da relacional obrigacional que originou a execução.

Configurada a evicção, em virtude da privação da área adquirida, procede o pedido de restituição dos prejuízos suportados. Assim, a sentença está exata ao condenar o demandado a pagar ao demandante o valor da avaliação dos imóveis à época da evicção, como também a restituição dos valores desembolsados para pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano, que corresponde ao prejuízo decorrente da evicção.

Por cuidar-se de sentença não líquida, a fixação do percentual da verba honorária devida pela Fazenda Pública somente poderá ocorrer quando liquidado o julgado (inc. II do § 4º do art. 85, CPC).

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1495146/MG – Tema 905, realizado em 22/02/2018, cujo acórdão foi publicado em 02/03/2018, firmou-se a tese de que:

"(...) 3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E."

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, negar provimento ao recurso voluntário e, de ofício, em sede de remessa necessária, reformar parcialmente a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de setembro de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Município de Bandeirantes, qualificado nos autos da ação de evicção (Feito nº 0800106-19.2015.8.12.0025, da Vara Única da Comarca de Bandeirantes/MS) que lhe promove João Norbeto Krein, também qualificado, inconformado com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível.

Em suas razões recursais, aponta a ausência de citação pessoal do município nos termos do que preceitua o art. 242, § 3º, do CPC, bem como a não intimação pessoal para produção de provas (art. 183 do CPC). Expõe que devem ser declarados nulos todos os atos processuais posteriores ao despacho de f. 136. Destaca que a arrematação não é um contrato, mas uma desapropriação, não podendo se falar em responsabilidade contratual como é a da garantia da evicção. Assevera que a municipalidade não vendeu nenhum imóvel ao autor e que quem se enriqueceu indevidamente com o pagamento realizado pelo apelado foi o executado, que se livrou das dívidas à custa da arrematação.

Argumenta que o art. 447 não estabelece garantia contra evicção para os bens adquiridos em hasta pública no processo executivo e que vindo a perder a coisa adquirida, a responsabilidade direta pelo pagamento da indenização será do executado, que subsidiariamente, poderá demandar contra o credor que se beneficiou da arrematação. Dispõe que a prova documental acostada aos autos corrobora no sentido de que não houve negligência e imprudência da administração ao permitir o leilão dos bens pertencentes ao executado. Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, julgando-se totalmente improcedente o pedido inaugural.

A parte apelada apresentou contrarrazões à f. 192-196.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Bandeirantes, em face da sentença proferida nos autos da ação de evicção c/c perdas e danos (Feito nº 0800106-19.2015.8.12.0025, da Vara Única da Comarca de Bandeirantes/MS) que lhe promove João Norbeto Krein.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do apelo e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Do reexame de ofício

Conheço também, de ofício, do reexame necessário, por se tratar de sentença ilíquida contra a Fazenda Pública.

Dos fatos

Consta da inicial que o requerente adquiriu nove imóveis (Matrículas nº 9.691, 9.692, 9.695, 9.696, 9.697, 9.698, 9.699, 9.701,9.702) através de leilão judicial, em processo de Execução Fiscal nº 83/2001 que o Município de Bandeirantes moveu contra o contribuinte devedor Wilson Fernando Vargas de Andrade (proprietário dos bens), pelo valor de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) por cada imóvel.

Entretanto, a arrematação foi anulada nos autos da Ação Anulatória nº 025.04.550008-2, havendo expedição de mandado de cancelamento de registro de arrematação dos imóveis do devedor, dentre eles os arrematados pelo requerente, em 11 de maio de 2012.

Diante disso, ajuizou ação de evicção c/c reparação de danos em face do Município de Bandeirantes, pretendendo receber o valor efetivamente pago pelos imóveis, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, bem como ser indenizado por danos morais, materiais e lucros cessantes.

Apesar de citado, o requerido não apresentou contestação, tampouco indicou provas a serem produzidas.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente o pedido formulado na petição inicial, para o fim de: a) condenar o Município de Bandeirantes ao ressarcimento dos valores pagos a título de IPTU dos imóveis objeto das matrículas de nº 9.691, 9.692, 9.695, 9.696, 9.697, 9.698, 9.699, 9.701 e 9.702 do CRI de Bandeirantes, no período de 1º de setembro de 2003 a 25 de maio de 2012; b) condenar o Município de Bandeirantes ao pagamento do valor dos imóveis que são objeto das matrículas de nº 9.691, 9.692, 9.695, 9.696, 9.697, 9.698, 9.699, 9.701 e 9.702 do CRI desta comarca, com base no preço de mercado dos bens na data da averbação do cancelamento do registro de arrematação.

Inconformado, o Município de Bandeirantes interpôs apelação cível. Em suas razões recursais, aponta a ausência de citação pessoal do município nos termos do que preceitua o art. 242, § 3º, do CPC, bem como a não intimação pessoal para produção de provas (art. 183 do CPC). Expõe que devem ser declarados nulos todos os atos processuais posteriores ao despacho de f. 136.

No mérito, destaca que a arrematação não é um contrato, mas uma desapropriação, não podendo se falar em responsabilidade contratual como é a da garantia da evicção. Assevera que a municipalidade não vendeu nenhum imóvel ao autor e que quem se enriqueceu indevidamente com o pagamento realizado pelo apelado foi o executado, que se livrou das dívidas à custa da arrematação.

Argumenta que o art. 447 não estabelece garantia contra evicção para os bens adquiridos em hasta pública no processo executivo e que vindo a perder a coisa adquirida, a responsabilidade direta pelo pagamento da indenização será do executado, que subsidiariamente, poderá demandar contra o credor que se beneficiou da arrematação. Dispõe que a prova documental acostada aos autos corrobora no sentido de que não houve negligência e imprudência da administração ao permitir o leilão dos bens pertencentes ao executado. Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, julgando-se totalmente improcedente o pedido inaugural.

Preliminares

Nulidade da citação

Em sede de preliminar, o apelante pleiteia a nulidade do feito desde a citação, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ao argumento de que não foi regularmente citado nos autos.

Entretanto, sem razão o apelante, já que a certidão emitida por serventuário do Judiciário goza de fé pública, demandando a produção de prova em contrário para que seja abalada sua presunção *juris tantum* de veracidade.

Nesse sentido, alguns julgados:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE SENTENÇA – NULIDADE DE CITAÇÃO – PESSOA DIVERSA DO REPRESENTANTE LEGAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA – FÉ PÚBLICA NÃO AFASTADA – EMBARGOS À MONITÓRIA – MUNICÍPIO – PRAZO EM QUÁDRUPLO – NULIDADE – AUSÊNCIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA MUNICÍPIO – PROCESSAMENTO NOS AUTOS PRINCIPAIS – NULIDADE – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – FORMALISMO EXCESSIVO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *- A certidão de oficial de justiça que menciona ter citado o Município na pessoa de seu representante legal, bem como afirma que o ciente foi de terceira pessoa, não configura vício suscetível de tornar nula a citação.*
>
> *- O ato realizado no exercício das atribuições funcionais do oficial de justiça e por ele assinado, é dotado de presunção de veracidade e só pode ser desconstituído com a produção de provas fortes e contundentes e não com meras alegações como ocorreu "in espécie".*
>
> *- O prazo para que o Município apresente embargos à monitória é de 60 (sessenta) dias, a teor dos artigos 188 e 1.102-B do CPC/73, o qual não pode ser modificado nem mesmo pelo Juízo, assim, mesmo que seja determinado outro prazo, compete ao Município observar o prazo legal.*
> *- Pelo princípio da instrumentalidade das formas, não se invalida o ato processual que atinge a finalidade e deixa de causar dano processual à parte ("pas de nullité sans grief").*

> *- É válido o procedimento de execução contra a Fazenda Pública dentro dos autos que gerou o título judicial, observada a citação na forma do art. 730 do CPC, de 1973.* (TJMG - Apelação Cível 1.0105.13.020963-5/001, Relator(a): Des.(a) Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, julgamento em 06/03/2018, publicação da súmula em 13/03/2018)

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA – NULIDADE DA CITAÇÃO – FÉ PÚBLICA DO OFICIAL DE JUSTIÇA – PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE VERACIDADE E AUTENTICIDADE – NECESSIDADE DE PROVA EM CONTRÁRIO PARA O SEU AFASTAMENTO – INADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA O REEXAME DE PROVAS – AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não há omissão ou deficiência de fundamentação quando o Tribunal adota fundamentação suficiente, embora diversa da pretendida pela ora agravante, para a solução integral da controvérsia. 2. Consoante a jurisprudência desta Corte, a 'certidão emitida por serventuário do Judiciário goza de fé pública, demandando a produção de prova em contrário para que seja abalada sua presunção juris tantum de veracidade'* (STJ, AGRG no AREsp 389.398/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 10/10/2014*). 3. É inadmissível o Recurso Especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas. 4. Agravo interno a que se nega provimento.* (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgInt-REsp 1.687.352; Proc. 2017/0192773-7; MG; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 27/02/2018; DJE 08/03/2018; Pág. 1938. Destaquei).

Registre-se que o apelante limita-se a negar a citação, sem qualquer prova que afaste a presunção referida. Desta forma, não há como reconhecer a nulidade da citação alegada, tampouco afastar a revelia.

Além do mais, apesar de não constar da certidão do Oficial de Justiça que a citação foi feita na pessoa do Prefeito Municipal - Sr. Márcio Faustino de Queiroz – é evidente que a assinatura contida no mandado de citação (f. 139) pertence ao mesmo, bastando uma simples comparação com a assinatura constante nos documentos juntados à f. 197-200.

Com efeito, constata-se que o réu apesar de ter tomado conhecimento do feito, por sua própria vontade deixou de apresentar contestação no prazo legal, sendo acertada a decretação de sua revelia, não havendo que se falar no caso, em nulidade da citação.

Da ausência de intimação pessoal para produção de provas

Também não merece acolhimento a alegação de cerceamento de defesa diante da falta de intimação pessoal para produção de provas.

É que no caso, o município apelante, apesar de citado, não apresentou contestação nos autos, tratando-se de réu revel.

Relativamente à revelia, assim dispõe o Código de Processo Civil:

> *Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.*
>
> *Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:*
>
> *I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;*
>
> *I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;*
>
> *II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;*

> *III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;*
>
> *III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;*
>
> *IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.*
>
> *IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.*
>
> *Art. 346 - Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.*
>
> *Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.*

Assim, da simples leitura dos dispositivos se observa que não se aplica à Fazenda Pública, quando revel, apenas a presunção de veracidade dos fatos, por se entender que a demanda versa sobre direitos indisponíveis.

No entanto, é aplicável ao município a norma inserta no art. 346, correndo contra ele os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Há que se distinguir não-ocorrência dos efeitos da revelia e condição de revel, contra o qual os prazos fluem independentemente de intimação (CPC, art. 346). A ausência de intimação formal dos atos processuais não gera a nulidade do processo, pois tal direito só ocorre a partir do momento em que, por meio de advogado, intervém no processo.

Nesse sentido, alguns julgados:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO – REVELIA DA FAZENDA PÚBLICA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEIÇÃO – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO – EFEITOS RETROATIVOS – IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *- Tendo em vista que os recursos públicos constituem direito indisponível, os efeitos da revelia não correm contra a Fazenda Pública. Isso não significa, entretanto, que ela tenha que ser intimada pessoalmente de todos os atos do processo. Não tendo o Município de Ubaí constituído advogado nos autos, os prazos correm da data de publicação do ato decisório, nos termos do supracitado art. 346, caput. A determinação do art. 348 diz respeito à intimação do autor para especificação de provas, a qual foi devidamente determinada pelo magistrado a quo. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.*
>
> *- A concessão do adicional de insalubridade está condicionada à efetiva verificação das condições insalubres a que estão submetidas o servidor. Assim, por envolver a análise de um contexto fático, que pode variar com o decurso do tempo, não é possível presumir a insalubridade em épocas passadas. - Sentença reformada.* (TJMG - Apelação Cível 1.0086.14.001483-7/001, Relator(a): Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro (JD Convocado) , 3ª Câmara Cível, julgamento em 06/09/2017, publicação da súmula em 26/09/2017)
>
> *APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDOR PÚBLICO – MUNICÍPIO DE SERTÃO – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – REVELIA – INTEMPESTIVIDADE. – Figurando*

> *a Fazenda Pública no pólo passivo e decretada a revelia, não se lhe aplicam os efeitos previstos no art. 319 do Código de Processo Civil, qual seja, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora. Todavia, mesmo sendo revel a Fazenda Pública, aplica-se o art. 322 do Diploma Processual, correndo os prazos contra ela independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório. Descabimento de renovação de intimação para oportunizar a interposição de recurso. Apelação intempestiva. NÃO CONHECERAM DA APELAÇÃO.* (Apelação Cível Nº 70036573111, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 01/12/2011)

Assim, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito

Da evicção sobre bem arrematado em hasta pública

A evicção é compreendida como a perda do direito sobre a coisa em razão de determinação judicial, sendo a titularidade do bem atribuída a outrem por questão anterior à aquisição.

É – ao mesmo tempo – um vício de direito que recai sobre a coisa e uma garantia inerente aos contratos onerosos, cuja presunção decorre da lei – ou seja, prescinde de cláusula expressa.

São partes na evicção:

> *(i) o alienante: que é aquele que transfere onerosamente bem de titularidade de terceiro;*
>
> *(ii) o evicto, adquirente ou evencido: que é o prejudicado com a perda do bem adquirido;*
>
> *(iii) o evictor ou evecente: que é quem reivindica judicialmente o bem.*

A responsabilidade por evicção decorre, portanto, de violação da obrigação de fazer atribuída do alienante – que é de garantir a propriedade ou indenizar o evicto na sua impossibilidade.

Importa ressaltar que é indiferente a existência ou não de boa fé do alienante, conforme o entendimento do STJ.

A evicção está presente nos casos em que um alienante transfere a posse ou propriedade de determinada coisa que não lhe pertence. Isto ocorre sem o conhecimento do adquirente, que após a realização da aquisição perde o bem por existência de um direito anterior ao momento da formalização do negócio jurídico. Essa aquisição da posse ou propriedade pode ser mediante contratos comutativos onerosos ou ainda através de hasta pública.

Inclusive, o art. 447 *in fine* do CC/02 prevê que mesmo em bens adquiridos em hasta pública, subsiste a responsabilidade do alienante perante os riscos da evicção.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte julgado do STJ:

> *PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONTRADIÇÃO INEXISTENTE – LITISPENDÊNCIA INOCORRENTE – DIREITO CIVIL – EVICÇÃO SOBRE BEM ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA – CÓDIGO CIVIL DE 1916 – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS – POSSIBILIDADE. 1. A litispendência se caracteriza quando há identidade de partes, causa de pedir e pedido. Sendo inocorrente é descabida a sustentação de negativa de*

prestação jurisdicional, sobretudo quando o Tribunal de origem aprecia a questão e decide com fundamentos diversos. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC 2. Apesar de o CC/1916 não prever a evicção sobre bem arrematado em hasta pública, tanto a doutrina e a jurisprudência do STF já se preocupavam há muito tempo com a peculiar situação e admitiam sua possibilidade, a qual foi confirmada no art. 447 do CC/2002. 3. Se o Tribunal de origem admite evicção sobre bem arrematado em hasta pública e ressalva o direito de regresso do arrematante contra o credor que recebeu o preço da arrematação, inexiste interesse recursal do evicto para afastar a própria evicção. 4. Havendo sucumbência recíproca, devem-se compensar os honorários advocatícios. Inteligência do art. 21 do CPC c/c a Súmula 306/STJ. 5. Recurso parcialmente provido apenas para reconhecer a possibilidade de compensação de honorários advocatícios. (Recurso Especial Nº 1.237.703 - MG - Relatora Ministra Nancy Andrighi -23/4/20111)

Assim, não há dúvidas de que o adquirente que perde o bem arrematado por evicção deve ter seus prejuízos ressarcidos.

Da responsabilidade pela evicção

E considerando que o adquirente que perde o bem arrematado por evicção deve ter seus prejuízos ressarcidos, há que se apurar aqui, quem é o responsável para tanto, se o executado, ou o exequente.

E nesse ponto cumpre adiantar que a questão é controvertida.

Inicialmente é pertinente ressaltar que a arrematação é ato processual onde é imposta ao executado a expropriação de parcela de seu patrimônio.

Não pode ser aceitar a equiparação da compra e venda com a arrematação, pois aquela edifica-se na liberdade negocial e essa simplesmente corresponde a expropriação forçada que busca satisfação de um crédito legítimo.

Em que pese a arrematação em contraposição a vontade do executado, afastando-se do requisito basilar existente nos contratos onerosos, deverá o ordenamento jurídico promover os meios necessários para reparar o decréscimo patrimonial ilegítimo amargado pelo arrematante.

Coube a Caio Mário da Silva Pereira perceber e indagar acerca de quem será o responsável por indenizar o evicto pelas perdas suportadas:

"O Código de 2002 inovou em relação ao direito anterior, ao dispor que subsiste a garantia da evicção ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública. Diante de tal regra, a pergunta cabível, não respondida pelo Código, consiste em se saber quem responde pela evicção na alienação em hasta pública, tendo em vista que nessa hipótese a venda não se dá espontaneamente pelo proprietário da coisa, mas sim pelo Estado, a fim de que terceiro seja favorecido. Imagine-se a hipótese de um bem ser alienado em hasta pública após ter sido penhorado para a garantia de uma execução contra o proprietário. Em ocorrendo a evicção, o adquirente de bem deve exigir a indenização pela sua perda do antigo proprietário, ou do credor que obteve o proveito com a venda que veio a ser prejudicada em razão de um direito anterior? Na primeira hipótese, as chances de o adquirente vir a obter a sua indenização são diminutas, tendo em vista o provável esta de insolvência do proprietário que teve bem da sua propriedade levado a hasta pública. Na segunda hipótese, se estará transferindo a responsabilidade pela evicção a quem nunca foi proprietário da coisa evencida."[1]

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 117, v. 3

A possibilidade de evicção em bens arrematados em hasta pública levantou algumas questões omissas na redação do Código Civil, devendo-se analisar sistematicamente a legislação na busca de correta solução ao caso concreto.

Observando as dificuldades abordadas, em consonância com os problemas apontados por Caio Mário da Silva Pereira, Humberto Theodoro Júnior, baseado na doutrina de Frederico Marques conclui:

> *"A solução mais plausível é, sem dúvida, a oferecida por Frederico Marques, apoiada em Micheli e Liebman; embora não haja compra e venda na arrematação, o executado responde pela evicção, porque se o seu patrimônio é garantia comum de todos os credores, seria injusto, caso o bem arrematado não lhe pertencesse, fosse o arrematante obrigado a arcar com todo o peso da execução, beneficiando os credores com um enriquecimento injustificado porque obtido à custa de algo que não era devido."*[2]

De fato o executado possuidor da dívida que originou a arrematação tira proveito de locupletamento ilegítimo, na medida que quita dívidas através de valor pago levantado da arrematação de bens dos quais não é o legítimo proprietário ou possuidor.

A doutrina processualista e civilista repudia a possibilidade de enriquecimento ilícito, considerando preponderante a observância da boa fé objetiva do arrematante e os princípios da segurança jurídica e função social do contrato.

Desta forma, Humberto Theodoro Júnior sintetiza preciosa lição de Enrico Tullio Liebman, concernente a reparação devida ao arrematante, evicto da coisa litigiosa:

> *"Daí a conclusão de Liebman, de que o primeiro responsável pela reparação do prejuízo do arrematante é o executado e, subsidiariamente o credor. Para o notável mestre peninsular, embora não se possa falar da garantia da evicção propriamente dita, porque o executado não vendeu, é inegável o direito do arrematante de reaver o que pagou sem causa. Quem se enriqueceu indevidamente foi o executado que se livrou das dívidas à custa de bens alheios; é ele obrigado a indenizar o arrematante. Mas, às vezes, ele é insolvente; o arrematante poderá, então, repetir dos credores o que receberam, porque, embora tivessem direito ao pagamento, não o tinha a ser pagos pela alienação de bens de terceiros."*[3]

Observa-se que *a priori* caberia ao executado responder pelos danos causados, contudo sua situação econômica delicada certamente o impossibilitará de suportar a obrigação.

A partir dessa reflexão, fácil notar que caberá ao exequente suportar a responsabilidade, na medida que usufruiu do acréscimo patrimonial advindo de terceiro não integrante da relacional obrigacional que originou a execução.

No caso em tela, o arrematante ingressou com a ação de evicção apenas em face do Município de Bandeirantes, que figura como exequente no processo que deu origem à arrematação dos bens em questão, não havendo que se falar, portanto, em inexistência de responsabilidade, como quer fazer crer o apelante.

Da verba indenizatória

O magistrado de piso, ao julgar a lide, condenou o município requerido a pagar, em favor do requerente, do valor dos imóveis que são objeto das Matrículas de nº 9.691, 9.692, 9.695, 9.696, 9.697, 9.698, 9.699, 9.701 e 9.702 do CRI desta comarca, valor esse que deverá ser calculado, em liquidação por

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 388

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 388

arbitramento (CPC, art. 475-C), com base no valor dos bens na data da averbação do cancelamento do registro de arrematação.

Como cediço, na hipótese de evicção, é de sabença geral que o evicto deve ser ressarcido pelo valor correspondente ao do momento em que se evenceu, haja vista que a reparação dever ser a mais favorável, permitindo-lhe, desta feita a restituição integral.

Neste sentido, extrai-se da lição de Silvio de Salvo Venosa:

> *"Questão importante é saber se o preço a ser devolvido é o da época do negócio ou da época em que ocorreu a evicção. O bem provavelmente terá tido uma oscilação de seu valor entre os dois tempos, independentemente da desvalorização da moeda. Caio Mário da Silva Pereira (1986, v. 3:92) entende que o alienante responde pelo plus valia da coisa. Sustenta, ao nosso ver com razão, que a lei de 1916 mandava que a indenização englobasse os prejuízos sofridos pelo adquirente (art. 1.109, II), lembrando, também, como temos feito com insistência, que o art. 1.059 inseria, na indenização, não apenas o que se perdeu, mas também o que razoavelmente se deixou de ganhar. Na evicção, a ideia é de que o patrimônio seja recomposto integralmente. Assim também se posiciona Washigton de Barros Monteiro (1980, v. 5:64), lembrando que na evicção parcial o art. 1.115 do Código Civil de 1916 determinava que se indenizasse o valor da coisa com base em seu valor no momento em que se evenceu. Não poderia o Código ter adotado outro peso e outra medida para a evicção integral. Acrescenta ainda esse autor que essa era a posição tradicional em nosso Direito e seguia a orientação adotada pelas leis estrangeiras. Doutro lado, a simples correção monetária do valor do preço pago normalmente não se equiparará ao valor atual da coisa, mormente em se tratando de imóveis.*
>
> *É computado no valor da evicção tudo o que o evicto perdeu, referindo-se a lei aos frutos que teve de restituir e às custas judiciais. Evidentemente, também a verba a que foi condenado, relativa a honorários de advogado, deve ser incluída, inserindo-se nos prejuízos advindos da perda da coisa.*
>
> *O parágrafo único do art. 450 do novo Código pretendeu solucionar a quesilha a propósito do valor:*
>
> *O preço, seja a evicção total ou parcial, será o valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial.'*
>
> *Acolhe-se, portanto, o que a doutrina já sufragava"* (**Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** São Paulo: Atlas, 2003, p. 571).

Desta forma, de acordo com a evolução da doutrina, o valor a ser indenizado deve ser aquele correspondente ao tempo em que o autor perdeu o imóvel por força da sentença exarada nos Autos da Ação Anulatória nº 025.04.550008-2, ou seja, a data da averbação do cancelamento do registro de arrematação, acrescido de juros de mora a contar da citação e de correção monetária.

Acerca dos direitos do evicto, extrai-se do magistério de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*:

> *"A fim de evitar-se o enriquecimento sem causa do alienante, o adquirente evicto tem direito de ressarcir-se de tudo aquilo que despendeu em razão do negócio jurídico do qual se originou a evicção. O valor do preço a ser restituído é o da coisa, no momento em que se deu a evicção, acrescido de juros legais e correção monetária, valor esse que pode ser total ou parcial, conforme a natureza da evicção (total ou parcial)."*(**Código Civil Comentado.** 8. ed. São Paulo: RT, SP, 2011, p. 574).

Desta feita, como ficou comprovada a existência de prejuízo sofrido pelo autor, mas não há certeza no tocante ao valor devido, procede o pedido de indenização, postergando-se a apreciação do valor do quantum para a fase de liquidação, por arbitramento, como fez o magistrado de piso.

Dessa forma, nesse ponto também não merece reparos a sentença.

Das despesas com o pagamento de IPTU dos imóveis

Por fim, acerca da condenação ao ressarcimento dos valores despendidos pelo autor a título de IPTU dos imóveis em questão, também verifica-se o acerto da sentença apelada.

Isso porque, ao demandante como evicto, asseguram-se os direitos previstos no artigo 450 do Código Civil: a) restituição integral do preço ou das quantias que pagou; b) indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; c) indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção; d) custas judiciais e honorários ao advogado por ele constituído.

Compulsando os autos, verifica-se que o demandante despendeu valores para a quitação do IPTU dos imóveis, razão pela qual, deve ser ressarcido, na forma como determinou o magistrado de piso.

Dos juros e correção monetária

De outro lado, merece reparos a sentença com relação aos juros e correção monetária.

É que no caso, devem ser aplicados os consectários incidentes contra a Fazenda Pública, conforme aresto a seguir:

> *APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – FAZENDA PÚBLICA – CORREÇÃO MONETÁRIA. Tratando-se de Fazenda Pública, a atualização da condenação deve obedecer ao art. 1º-F da Lei 9.494/97 (índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança), até 25.03.2015, a partir de quando haverá a incidência do IPCA, mais juros de mora de 6% ao ano. Apelo Provido – Unânime.* (Apelação Cível Nº 70075279315, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 19/04/2018)

Assim, deve ser adotado o IPCA-E, desde a data do ajuizamento da ação e juros de mora, da caderneta de poupança a partir de da citação.

Dos honorários advocatícios

Pelo que se percebe dos autos, o juízo singular condenou o Município de Bandeirantes ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrando-os em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Neste ponto, entretanto, impõe-se retificar a sentença em reexame.

Como ressabido, o Código de Processo Civil/2015 estabelece regramento específico quando a parte demandada é a Fazenda Pública, prescrevendo em seu art. 85, §§ 3º a 6º, *in verbis*:

> *Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...)*
>
> *§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:*

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

É perceptível, então, que se a sentença é de natureza condenatória e apresenta-se ilíquida, o arbitramento dos honorários deve dar-se em liquidação de sentença, oportunidade em que caberá ao Juízo da fase de liquidação definir os percentuais estabelecidos no CPC.

Assim, no caso, considerando-se que a condenação na origem é ilíquida, impõe-se retificar esta parcela da sentença em reexame, para remeter a fixação da honorária para a fase de liquidação nos termos do art. 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015.

Sucumbência recursal

Por fim, cumpre consignar acerca da sucumbência recursal, que é um dos novos institutos concebidos pelo vigente CPC, que, expressamente, dispõe:

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

Em razão do quanto consignado no tópico anterior, caberá ao juízo da liquidação majorar a verba honorária, considerando-se o trabalho adicional do advogado da parte autor neste Juízo recursal.

Dispositivo final

Ante o exposto, afasto as preliminares de nulidade de citação e cerceamento de defesa, conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Bandeirantes, mas nego-lhe provimento.

Por outro lado, conheço de ofício do reexame necessário e dou parcial provimento para: 1) remeter a fixação da honorária para a fase de liquidação nos termos do art. 85, § 4º, inciso II, do CPC/2015; 2) determinar que a correção monetária observe o IPCA-E e os juros de mora de acordo com a remuneração oficial da caderneta de poupança à luz do recurso especial repetitivo nº 1495146/MG – Tema 905.

Para fins de majoração dos honorários, em razão da sucumbência recursal, deverá incidir a regra do art. 85, § 4º, II, do CPC/2015, cabendo ao Juízo da liquidação a majoração da verba honorária devida ao procurador do requerente, em razão do trabalho adicional por ele realizado neste Juízo recursal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares, negaram provimento ao recurso voluntário e, de ofício, em sede de remessa necessária, reformaram parcialmente a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 11 de setembro de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1412443-95.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIZAÇÃO DE BENS – CABIMENTO – DANO MORAL COLETIVO E MULTA CIVIL – DESCABIMENTO – INDISPONIBILIDADE DE FORMA ISOLADA – AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Uma vez que se vislumbrou os requisitos para concessão do pedido liminar de indisponibilidade dos bens, é de se mantida a decisão objurgada.

A Lei nº 8.429/92 não autoriza a indisponibilidade de bens para assegurar o pagamento de multa civil e de indenização por dano moral coletivo, mas tão somente visa garantir o ressarcimento do dano causado ao erário ou para impedir que o agente venha a enriquecer ilicitamente.

Embora solidária a responsabilidade dos envolvidos até a instrução final do processo, a indisponibilidade de bens não pode ser ilimitada, dividida ou multiplicada pelo número de agentes de forma a resultar em excesso de garantia.

Ainda que devida a indisponibilidade de bens, esta não pode recair sobre bens absolutamente impenhoráveis, na forma do art. 833, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal que negava provimento, contra o parecer.

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Semy Alves Ferraz, nos aAutos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa de nº 0900511-67.2017.8.12.0001 em que contende com Ministério Público Estadual, oferece agravo de instrumento.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Foi Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação, assinado, nessa condição, aditivos relativos ao serviço de tapa-buracos de Campo Grande e sequer é acusado de ter recebido qualquer

valor, mas sim as empreiteiras que executaram o serviço de tapa-buracos, não sendo justo, pois, ter bens bloqueados, até porque sequer poderá ser condenado a ressarcir algo que não recebeu do Município;

A indisponibilidade é nitidamente é excessiva, desatendendo, a um só tempo, os direitos constitucionais de propriedade e da dignidade do ser humano, além do próprio dispositivo legal que impõe limite à indisponibilidade (LF 8.429/92, parágrafo único do art. 7º), porquanto foram tornados indisponíveis todos os bens do agravante, bem como de todos os demais réus na ação de improbidade; e,

Presentes os requisitos, merecido o deferimento do efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a decisão atacada, considerando descabida a indisponibilidade total de bens do agravante ou, pelo menos, reduzida ao valor do suposto prejuízo apurado pelo recorrido para todos os réus conjuntamente.

Foi deferida a tutela antecipada recursal, esta somente para adequar a quantia do bloqueio de bens ao equivalente ao dano material, ou seja, R$ 28.398.815,43, afastando-se, neste momento, o dano moral coletivo e multa.

O reclamo foi respondido, batendo-se o recorrido pelo improvimento do mesmo.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência da súplica.

VOTO (EM20/06/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, o recorrente insurge-se contra a decisão que determinou o bloqueio de seus bens nos autos da ação civil pública em que figura como requerido, juntamente com outros réus:

> *"(...)*
>
> *De início – conforme já consignado nas demais ações civis públicas que também foram motivadas pelas investigações levadas a efeito através, inicialmente, do Inquérito Civil nº 010/2015 (do qual se desmembrou outros inquéritos, inclusive o objeto da presente demanda) –, urge registrar que, conforme entendimentos doutrinário e jurisprudencial majoritários – na ação civil pública por improbidade administrativa* ***é admitida a decretação de indisponibilidade de bens antes do recebimento da petição inicial, sem a oitiva dos requeridos*** *(STJ: A gRg no AREsp 20.853/SP).*
>
> *Somado a isso, impende consignar que a decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por improbidade administrativa prescinde da comprovação de que os requeridos estão dilapidando ou tentando dilapidar os seus patrimônios para a configuração do periculum in mora.* Isso porque, conforme jurisprudência pátria, **este é presumido, sendo necessário, portanto, apenas a demonstração do *fumus boni juris***, isto é, demonstrar a existência de fundados indícios da prática do ato de improbidade administrativa.
>
> *A propósito:*
>
> *ACP por improbidade administrativa. (...). 1.* ***Esta Corte Superior, em interpretação ao art. 7º da Lei 8.429/92, firmou o entendimento de que a decretação de indisponibilidade de bens em ACP por Improbidade Administrativa dispensa a demonstração de dilapidação ou a tentativa de dilapidação do patrimônio para a***

configuração do periculum in mora, o qual está implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, bastando a demonstração do fumus boni juris, que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp. 1.366.721/BA, Rel. p/Acórdão Minº Og Fernandes, DJe 19.9.2014). *2. Na presente demanda, a parte agravante aduz, em seu recurso dirigido ao Colegiado, que não houve a imprescindível demonstração, de qualquer ato ou tentativa de ato, por parte do recorrente, de dilapidar o seu patrimônio ou parte dele, sendo certo que essa demonstração é juridicamente indescartável para o deferimento judicial de medida cautelar de indisponibilidade de bens (f. 447). 3.* ***Ao argumentar que o bloqueio patrimonial somente poderia ser determinado caso fossem comprovados os requisitos das medidas cautelares, sobretudo o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação (f. 435), a parte agravante litiga frontalmente contra entendimento consolidado desta Corte Superior no tema firmado em recurso repetitivo, que dispensa a prova do perigo da demora para a conformação da indisponibilidade de bens de réu acionado por improbidade administrativa****; a pretensão não merece guarida, portanto. 4. Agravo Regimental do implicado desprovido.* (STJ AgRg no AREsp 733.681/MT, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017). (grifou-se).

Além dos parâmetros acima pontuados, revela-se importante anotar que pelo sistema adotado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), além do agente público que pratica o ato ímprobo (art. 2º), responsabiliza-se igualmente aquele que, sendo ou não agente público, tenha induzido, concorrido ou se beneficiado do ato, de forma direta ou indireta (art. 3º).

Pois bem. À luz dessas premissas, dessome-se dos autos que as razões fático-jurídicas assentadas na inicial e os documentos informativo-probatórios que a instruíram demonstram suficientemente a existência de fundados indícios da prática de atos de improbidade administrativa por parte dos requeridos Nelson Trad Filho, Gilmar Antunes Olarte, Semy Alves Ferraz, André Luiz Scaff, Arnaldo Angel Zelada Cafure, Asfaltec Tecnologia Em Asfalto Ltda., Bertholdo Figueiró Filho, Cleber de Oliveira, Elias Lino da Silva, Equipe Engenharia Ltda., Fátima Rosa Cota Moral de Oliveira, Gilmar Antunes Olarte, Ivane Vanzella, João Antônio de Marco, João Parron Maria, Ld Construções Ltda, Lucas Potrich Dolzan, Luciano Potrich Dolzan, Neli Hatsuco Oshiro, Marcela Lima Cunha, Michel Issa Filho, Múcio José Ramos Teixeira, Paulo Roberto Álvares Ferreira, Sylvio Darilson Cesco, Unipav Engenharia Ltda., Usimix Ltda, Valtemir Alves de Brito, Therezinha Azambuja Ferreira, Almir Antônio Diniz de Figueiredo e João Carlos de Almeida.

Nesse sentido, examinando à primeira vista o Inquérito Civil nº 111/2015 (acostado aos autos), depreende-se substanciais elementos informativos que revelam fortes indícios sobre a existência de um esquema de desvio de recursos públicos municipais por meio do serviço de "tapaburacos", com a participação de agentes públicos municipais, empresas e empresários (ora requeridos) desta capital.

Conforme narrado pelo Ministério Público, após o recebimento de várias notícias apontando graves irregularidades, foi instaurado o Inquérito Civil nº 010/2015, através do qual foi possível apurar que entre os anos de 2010 e 2012 – durante a administração do então prefeito Nelson Trad Filho – o Município de Campo Grande celebrou cerca de 30 contratos administrativos para execução do serviço de "tapa-buracos", os quais (até o mês de janeiro de 2.015) custaram aos cofres públicos municipais mais de R$ 372.000.000,00 (trezentos e setenta e dois milhões de reais), todavia sem que o resultado dessa vultosa despesa fosse sentido nas vias públicas, que, em geral, apresentam-se em péssimo estado de trafegabilidade, evidenciando a malversação de recursos públicos e prejuízos ao erário.

Do Inquérito Civil nº 010/2015 originaram-se vários outros, dentre os quais o de nº 111/2015, que teve como escopo investigar a contratação da requerida LD Construções

Ltda. para prestação de serviços de "tapa-buracos" na microrregião do Prosa (Chácara Cachoeira I, II e III, Santa fé, Vivendas do Bosque, Coophabanco, Coophafé, Jardim Autonomista I, II e III, Giocondo Orsi e Vila Rica), subscrita pelo requerido João Antonio de Marco – sendo este objeto da presente ação civil pública.

Pelos elementos informativos acostados aos autos, essa contratação foi provocada pelo requerido João Antonio de Marco, não sendo precedida da elaboração de qualquer projeto contendo informações acerca do detalhamento do serviço a ser prestado pela empresa.

Neste ponto, oportuno registrar que a similitude dos fundamentos expendidos nas várias ações coletivas motivadas por essas investigações se deve ao fato de que o modus operandi apresentado pelo *Parquet* é praticamente o mesmo.

Pois bem. Em relação à contratação da requerida LD Construções Ltda., verifica-se que os elementos informativos coligidos através do Inquérito Civil nº 111/2015 sinalizam várias e graves infrações às normas de regência, especialmente à Lei de Licitações, à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Acesso à Informação.

Nessa esteira, verifica-se, em juízo perfunctório, que o autor delineou suficientemente a suposta participação de cada um dos requeridos na empreitada intitulada de ilícita, valendo ser destacado alguns pontos.

De acordo com o relatado pelo autor, bem assim do que aparentemente se vê dos documentos colacionados aos autos – especialmente dos Procedimentos nº 27523/10-11, nº 64425/11-82, nº 1766/12-18, nº 1768/12-35 e nº 1791/12-57, os quais culminaram na celebração dos contratos administrativos nº 211-A/2010, nº 329/2011, nº 63/2012, nº 64/2012 e nº 65/2012 – evidencia-se que o ***Município de Campo Grande****, por provocação do requerido* ***João Antonio de Marco****, deflagrou licitações que culminaram na contratação da requerida* ***LD Construções LTDA*** *- empresa que é de propriedade dos requeridos* ***Luciano Potrich Dolzan*** *e* ***Lucas Potrich Dolzan***

Essas contratações, pelo que se verifica perfunctoriamente dos autos, não foi precedida da elaboração de qualquer projeto básico contendo informações acerca do detalhamento do serviço a ser prestado pela empresa.

O que se vê – de acordo com os documentos até o momento juntado aos autos – é que nos referidos procedimentos administrativos existiram apenas autorização de realização de despesa para contratação de obras (subscrita pelo requerido ***João Antonio de Marco****); "Reserva Orçamentária", onde há discriminação do cronograma de desembolso de valores, sem nenhum critério técnico; "planilhas de orçamento", subscritas pelo requerido* ***Sylvio Darilson Cesco****, onde é mencionado somente o local onde os serviços de tapa buraco haveriam de ser prestados e os quantitativos, tanto em metragem quadrada, como em tonelada de CBUQ – sem evidenciar qualquer forma de cálculo, fornecimento de dados concretos e justificativa dos quantitativos ali considerados, e tampouco demonstrando que a contratação do serviço de tapa buraco seria a opção mais vantajosa para a Administração Pública, seja sob o ponto de vista orçamentário, seja sob o ponto de vista da eficiência do serviço.*

Em cognição sumária, infere-se que tem razão o MP ao afirmar, em outras palavras, que ***Sylvio Darilson Cesco*** *(Chefe da Divisão de Manutenção de Vias Pavimentadas) e os requeridos* ***João Antônio de Marco*** *(Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação) e* ***João Parron Maria*** *(Diretor de Manutenção de Vias) – que eram os servidores responsáveis pelo serviço que seria licitado – tinham o dever de ter providenciado a elaboração do projeto básico para o levantamento e a quantificação das ruas danificadas,*

possibilitando analisar qual a técnica mais indicada e eficiente, entre reparo pontual ou recapeamento total da via.

A propósito, colhe-se da exordial que, ao ser questionado se havia estudo preliminar para definir, por exemplo, o montante, em m², de reparos a serem executados, o ***requerido Sylvio Darilson Cesco*** *afirmou que os quantitativos dos serviços de tapa-buraco que seriam licitados em cada região eram definidos por ele com base em sua "experiência", sem sequer se deslocar ao local, método utilizado com ciência e anuência dos requeridos* ***João Parron Maria*** *(Diretor de Manutenção de Vias),* ***João Antonio de Marco (Secretário*** *Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação) e* ***Nelson Trad Filho*** *(Prefeito Municipal à época), ou seja, a definição era feita sem qualquer metodologia científica, por meio de "chute".*

Consta da inicial e documentos colacionados ao caderno processual, ainda, fortes indícios de que os requeridos ***João Antônio de Marco***, ***Bertholdo Figueiró Filho*** *e* ***Silvio Darylson Cesco*** *formataram o certame licitatório em questão (Concorrência nº 010/2010 - Processo Administrativo nº 27523/10-11, Tomada de Preço nº 57/2011 – Processo Administrativo nº 64425/11/82, Concorrência nº 007/2012 – Processo Administrativo nº 17766/12-18, Concorrência nº 008/2012 – Processo Administrativo 1768/12-35 e Concorrência nº 026/2012 – Processo Administrativo nº 1791/12-57), valendo-se de artifícios que comprometeram, restringiram e frustraram a competitividade dos procedimentos licitatório-contratuais.*

*Com relação aos agentes públicos que compuseram a comissão de licitação (****Elias Lino da Silva***, ***Fátima Rosa Cota Moral de Oliveira, Ivane Vanzella***, ***Neli Hatsuco Oshiro***, ***Múcio José Ramos Teixeira***, ***Therezinha Azambuja Ferreira*** *e* ***Marcela Lima Cunha****), denota-se, em juízo perfunctório, que, no mínimo, eles foram coniventes e anuíram às ilegalidades – tanto que apresentaram o parecer técnico/jurídico conclusivo que ignorando várias ilegalidades, afirmando que o procedimento licitatório cumpriu na íntegra as normas legais.*

No tocante à requerida ***Usimix Ltda.*** *(de propriedade* ***Michel Issa Filho***, ***Carlos Gilberto Recalde*** *(até 2.011) e de* ***Paulo Roberto Álvares Ferreira****), extrai-se dos autos as informações de que – além de ter firmado os Contratos nº 226/2011 e 330/2011, que totalizaram R$ 4.847.934,39 – esta empresa destacou-se no esquema por ser a usina responsável pela emissão da declaração de fornecimento de CBUQ para a imensa maioria das empresas licitantes, o que lhe teria garantido benefícios financeiros com a execução dos contratos celebrados.*

Associado a isso, restou sinalizado que Michel Issa Filho e Carlos Gilberto Recalde têm estreita e questionável relação com Edson Giroto e André Puccinelli, que também são investigados na Operação Lama Asfáltica por integrarem organização criminosa, operação esta que tem como pivô João Alberto Krampe Amorim dos Santos. Além disso, o requerido Michel Issa Filho é sócio da CGR Engenharia Ltda., junto com Carlos Gilberto Recalde, a qual possui diversos contratos com o governo do Estado. Soma-se, ainda, que – segundo se apurou na Operação Uragano – há indícios de que Carlos Gilberto Recalde seria "laranja" de André Puccinelli.

Portanto, diferentemente do alegado em defesa prévia pelos requeridos Usimix Ltda, Paulo Roberto Álvares Ferreira e Michel Issa Filho, existem fortes indícios de que estes também estão diretamente envolvidos na empreitada apontada como ilícita – de modo que a medida cautelar de indisponibilidade de bens igualmente deve alcançá-los.

Depreende-se, também em cognição sumária, a informação de que, já na administração de Alcides Bernal, ***Semy Alves Ferraz*** *(então Secretário Municipal de*

Infraestrutura, Transporte e Habitação), manteve os serviços prestados da mesma forma, ou seja, sem fiscalização e com as medições continuando a ser fraudadas – viabilizando, assim, pagamentos indevidos às empresas, bem assim providenciando acréscimos contratuais e prorrogações ilícitas daqueles contratos que continuaram a viger, como também consentiu para que a fiscalização ou, na verdade, sua completa ausência, continuasse.

*Em relação ao requerido **Valtemir Alves de Brito**, extrai-se dos autos a informação de que – com a saída de **Semy Alves Ferraz** da SEINTRHA – ele assumiu a pasta e, em princípio, manteve o esquema ilícito de desvio de recursos públicos por meio dos contratos de tapa-buraco.*

*Por sua vez, a requerida **Asfaltec Tecnologia em Asfalto Ltda.** (Contratos nº 291/2012 e 303/2012 – R$ 5.632.019,00), que atualmente é composta pelas empresas **Equipe Engenharia Ltda.** e **Unipav Engenharia Ltda.**, ambas de **Almir Antônio Diniz de Figueiredo** e **João Carlos de Almeida**, foi constituída com a participação da empresa AS Construções Assessoria e Planejamento Ltda., de Sandro Beal, irmão de João Alberto Krampe Amorim dos Santos, o qual integrou o quadro societário de 2.001 a 2.005. Na ocasião em que Sandro Beal retirou sua empresa da Asfaltec Tecnologia em Asfalto Ltda., **deu lugar à empresa GERPAV Engenharia Ltda., de Arnaldo Angel Zelada Cafure** e Gerardo Ruben Zelada Cafure, que também eram donos da Socenge Construções Ltda., **a qual foi adquirida pelo genro de João Alberto Krampe Amorim dos Santos e originou a requerida LD Construções Ltda**.*

*Destaca-se evidenciado que nos contratos da requerida LD Construções Ltda. com o Município de Campo Grande, para prestação de serviços de tapa-buraco, **Arnaldo Angel Zelada Cafure**, proprietário da empresa GERPAV Engenharia Ltda. **figura como responsável técnico**.*

*Outro ponto que chamou atenção foi o fato de que a empresa **Equipe Engenharia Ltda.**, sócia da empresa requerida **Asfaltec Tecnologia em Asfalto Ltda.**, doou para o Comitê do PMDB, então partido do requerido **Nelson Trad Filho**, na campanha eleitoral de 2.012, ano da assinatura dos contratos, R$ 340.000,00.*

*Extrai-se dos autos, ainda, fortes indícios de que – após a cassação do então prefeito Alcides Bernal – os requeridos **Gilmar Antunes Olarte**, agora Prefeito Municipal, **Semy Alves Ferraz**, Secretário de Infraestrutura, Transporte e Habitação, **Sylvio Darilson Cesco**, **João Parron Maria**, **André Luiz Scaff** (agora Secretário de Finanças do município) e **Cleber de Oliveira**, Chefe da Divisão Administrativa e Financeira da SEINTRHA, teriam providenciado a retomada da execução dos Contratos nº 211-A/2010, nº 329/2011, nº 63/2011, nº 64/2011 e nº 65/2011 pela requerida LD Construções Ltda., conquanto não existisse prévio empenho para fazer frente às despesas decorrentes dos atos.*

Conforme destacado pelo Parquet:

*(...) interceptações telefônicas produzidas pela Polícia Federal, mediante autorização judicial e compartilhadas com o Ministério Público Estadual (f. 548), **revelam a cumplicidade existente entre João Alberto Krampe Amorim dos Santos com os requeridos Semy Alves Ferraz, André Luiz Scaff**, **Cleber de Oliveira**, **Sylvio Darilson Cesco e João Parron Maria**, bem como demonstram a união desses agentes públicos para, ultrapassando os limites da lei, satisfazer os interesses da requerida LD Construções Ltda.*

*No mês de março de 2.014, mês em que o requerido **Gilmar Olarte** assumiu o comando da Prefeitura de Campo Grande, levando consigo o requerido **André Luiz Scaff** para a Secretaria de Finanças (...). extraem-se diversas conversas deste com o João Alberto Krampe Amorim dos Santos, a quem o requerido **André Scaff** chama de chefe.*

(...). Vale mencionar, ainda, ligação do mês de abril de 2014, em que João Alberto Krampe Amorim dos Santos questiona ao requerido André Luiz Scaff a liberação relativa à Solurb, consórcio do qual faz parte o genro daquele (requerido Luciano Potrich Dolzan, sócio da requerida LD Construções Ltda.), ressaltando de forma concreta o comprometimento do então Secretário de Finanças com esse empresário (...).

Da análise dos Processos Administrativos nº 27523/10-11, nº 64425/11-82, nº 17766/12-18, nº 1768/12-35 e nº 1791/12-57, constata-se que, em 1º de abril de 2014, foram remetidos para a Divisão Administrativa e Financeira, cujo chefe era o requerido ***Cleber de Oliveira****, para providências quanto ao empenho do saldo contratual, o que corrobora as interceptações, pois coincide com o período em que João Alberto Krampe Amorim dos Santos manteve diversos encontros e contatos com o requerido Semy Alves Ferraz e demais agentes públicos (final de março, abril e maio). (...).*

Em seguida, em 2 de junho de 2014, os requeridos ***Cleber de Oliveira, Sylvio Darilson Cesco e Semy Alves Ferraz****, todos na mesma data, indicando que tratativas já estavam previamente acertadas,* ***apresentaram justificativa e autorização para o reinício dos serviços****, bem como autorização para realização de despesa relativa aos Contratos nº 329/2011, nº 63/2012, nº 64/2012 e nº 65/2012, a exceção do Contrato nº 211-A/2010 cujo reinício e demais atos ocorreram em 2 de maio de 2014. Porém, consoante se constata, a autorização baseou-se em recursos de fonte diversa da prevista nos instrumentos contratuais, pois a cláusula sétima estabeleceu que "as despesas decorrentes da execução das obras e serviços a que se refere o presente contrato correrão à conta da verba" (...). No entanto, as autorizações de despesas emitidas pelos requeridos* ***Cleber de Oliveira e Semy Alves Ferraz****, com data em 2 de maio e 2 de junho de 2.014, tiveram como amparo verba diversa, qual seja, a 0101 26 782 58 2233 44905199 – FR 01 – Recursos do Tesouro em todos os processos administrativos (...). (grifou-se).*

*Por fim, denota-se perfunctoriamente que a prática das improbidades narradas nos autos – acaso comprovadas – de fato não seria possível sem a participação dos membros da comissão de licitação (****Elias Lino da Silva****,* ***Fátima Rosa Cota Moral de Oliveira, Ivane Vanzella****,* ***Neli Hatsuco Oshiro****,* ***Múcio José Ramos Teixeira****,* ***Therezinha Azambuja Ferreira*** *e* ***Marcela Lima Cunha****) que levou a efeito todo o processo licitatório ilícito, que, ao final, foi homologado e adjudicado pelo então Prefeito Municipal* ***Nelson Trad Filho*** *à* ***Ld Construções Ltda****. e, indiretamente, à* ***Usimix Ltda.*** *Nesse sentido, inclusive, vê-se que, ao ser ouvido pela 29ª Promotoria de Justiça, o requerido* ***Sylvio Darilson Cesco*** *afirmou que nada era feito sem a autorização do Secretário e do Prefeito Municipal.*

Da análise sumária dessas circunstâncias e de tudo que dos autos constam, é possível extrair fortes indícios da existência de várias ilegalidades na contratação da empresa ***Ld Construções Ltda****., dentre as quais podem ser destacadas: 1) ausência de projeto básico para a licitação; 2) inexistência de fiscalização da execução do serviço, inclusive pela falta de projeto básico; 3) licitação realizada sem "orçamento detalhado em planilhas que expressassem a composição de todos os seus custos unitários"; 4) várias restrições à competitividade, especialmente as exigências de: 4.1) taxas ou emolumentos para a habilitação; 4.2) propriedade de usina de CBUQ ou a anuência de terceiro em fornecer CBUQ, bem como a comprovação da operação da usina, mediante alvará de funcionamento, licença ambiental e projeto de CBUQ, limitando a sua localização geográfica à distância de 50 km da obra; 4.3) atestado de visita técnica, emitido pela Secretaria Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação (****João Antônio de Marco****) para habilitação das empresas nos certames; 4.4) depósito, até data anterior à apresentação das propostas, de 1% do valor estimado do objeto licitado, a título de garantia de proposta; 5) sobreposição de áreas, isso é, duplicidade de objeto – Contrato nº 126/2012, de 17 de abril de 2012 (Gradual Engenharia e Consultoria Ltda.) e Contrato 65/2012, de 5 de março de 2012 (LD Construções Ltda.) – Aero Rancho e Guanandi; 6) elevado superfaturamento; 7) após*

a contratação, verificou-se prestação deficiente do serviço; 8) ausência de fiscalização e falsificação de medições pelos agentes públicos responsáveis; 9) pagamentos indevidos; e, 10) reiterados e indevidos acréscimos de quantitativos e prorrogações dos contratos.

Aparentemente, portanto, evidenciam-se a probabilidade de que houve flagrante violação a princípios constitucionais, bem assim, em especial, aos arts. 4º; 7º, § 2º, incisos I, II e III; 21, § 2º; 30, § 6º; 31, inciso III; 32, § 5º; 40, incisos I e II; 43, inciso I; todos da Lei 8.666/93; além de à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Acesso à Informação –, que têm o condão de configurar atos de improbidade administrativa, subsumindo-se aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

Presentes, por essas razões, os requisitos imprescindíveis para a concessão da tutela provisória pretendida.

Da indisponibilidade dos bens dos requeridos

Diante dos fortes indícios evidenciadores da prática de atos de improbidade – sinalizados em prejuízos ao erário, enriquecimentos ilícitos e violação aos princípios constitucionais da administração pública –, dessome-se que a decretação da indisponibilidade dos bens dos requeridos, em quantidade suficiente para assegurar o integral ressarcimento dos danos material e moral coletivo e o pagamento da multa civil, é medida que se impõe.

Sob esse prisma, infere-se que no tocante aos danos materiais deve ser decretada a indisponibilidade de bens dos requeridos no valor referente ao total pago pelo contrato à ***LD Construções LTDA****, ou seja, no montante de R$ 28.398.815,43 – porquanto as evidências demonstram que, no mínimo, o serviço ou não foi executado ou foi executado em quantitativo inferior, haja vista que o Município de Campo Grande já havia contratado a empresa* ***Gradual Engenharia e Consultoria LTDA*** *(Contrato nº 126/2012) para a execução de serviços de "tapa-buracos" nos bairros Aero Rancho e Guanandi (idêntico a um dos contrato daquela empresa); além da notória péssima prestação do serviço contratado.*

No que tange às multas civis, extrai-se do art. 12 da Lei nº 8.429/92 que o arbitramento máximo permitido é de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial; ou de até 2 (duas) vezes o valor do dano; ou até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente. Analisado perfunctoriamente o caso em testilha, parece que a multa mais elevada possível será a correspondente a até 2 (duas) vezes o valor do dano, ou seja, a de duas vezes o valor recebido pela empresa ***LD Construções LTDA*** *em decorrência do contrato.*

Diante disso, infere-se que para assegurar o futuro pagamento de multa civil, todavia, o mais razoável é tornar indisponível bens e valores correspondentes a 1 (uma) vez o valor pago pelo contrato à ***LD Construções LTDA****, isto é, R$ 28.398.815,43 – e não o valor pretendido pelo Parquet.*

Com relação ao dano moral coletivo, revela-se oportuno registrar que, com efeito, a jurisprudência dos nossos tribunais – inclusive superiores – assevera que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa, seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio causado à entidade pública que prejudique a ação estatal (STJ, REsp 960.926/MG citado no REsp 1666454/RJ, julgado em 27/06/2017).

Obviamente, os atos ímprobos narrados pelo autor são gravíssimos e, se comprovados, poderão revelar graves danos morais à coletividade, traduzidos especialmente

pela revolta social diante da situação calamitosa a que chegou a malha viária de Campo Grande, em especial pelos elevados valores pagos pelos serviços, inclusive sendo taxada de "a cidade dos buracos" em rede nacional de jornalismo.

Conforme bem apontado pelo autor, "é certo que tais práticas geram descrédito nas instituições municipais, que passa a ter vossas imagens atreladas à corrupção, implicando em desânimo nos agentes públicos ainda honestos e em descrença total da população, bem como estremecem possíveis relações com organismos internacionais, investidores nacionais e estrangeiros, iniciativa privada, demais pessoas jurídicas de direito público etc.". Além disso, não há dúvida de que as quantias, em tese, desviadas "acarretam, ainda que indiretamente, prejuízos ao atendimento de necessidades primárias da sociedade, que clama por melhores condições de educação, saúde, segurança e estrutura de higiene sanitária."

Coerente, portanto, a necessidade de se acautelar valores suficientes para o pagamento de indenização a título de dano moral coletivo.

O valor estimado e pretendido pelo autor a título de dano moral coletivo, entretanto, revela-se exorbitante, pelo menos nesse momento processual. Especialmente porque a sua fixação não foi lastreada em nenhum parâmetro legal, doutrinário ou jurisprudencial.

Diante disso, empregando-se analogicamente essa regra prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92, infere-se que – para assegurar o pagamento de eventual indenização por dano moral coletivo – é razoável a decretação de indisponibilidade de bens e valores quantia equivalente a 1 (uma) vez o valor pago pelo contrato à LD Construções LTDA, ou seja, no montante de R$ 28.398.815,43 – e não o valor pretendido pelo autor.

Em conclusão, revela-se imperativa e prudente a decretação de indisponibilidade de bens e/ou valores dos requeridos no valor total de R$ 85.196.446,29 (oitenta e cinco milhões, cento e noventa e seis mil e quatrocentos e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos) a fim de – em caso de condenação – assegurar o integral ressarcimento dos danos material e moral, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio deles e o pagamento de eventuais multas civis (STJ, REsp 1.195.828/MA).

Importante salientar que este magistrado perfilha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que no caso sob análise:

***(...) a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito, em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento**. Precedentes: REsp 1637831/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 698.259/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 04/12/2015; EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/10/2015 Precedentes: MC 15.207/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/02/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/08/2011). Com efeito, se a responsabilidade é solidária em relação à obrigação principal, não pode deixar de ser no que tange à obrigação acessória. 5. No caso, **não foi ainda apurado o grau de participação de cada agente nas condutas tidas por ímprobas, razão pela qual é inviável, no presente momento, permitir a limitação da indisponibilidade dos bens ao resultado da divisão de tal valor com os demais réus da ação**. A propósito: REsp 1.438.344/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 09/10/2014; MC 9.675/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/08/2011. Recurso Especial de Marcelo de Oliveira Guimarães 6. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 1.036 do Novo Código de Processo Civil), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em Ação Civil*

Pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o periculum in mora está implícito no art. 7º da Lei 8.429/1992 (LIA). 7. Ademais, a análise das pretensões do recorrente, com o objetivo de que o Superior Tribunal de Justiça reveja a ótica do Tribunal a quo, demanda e reexame fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. Conclusão 8. Recurso Especial da União provido. Recurso Especial do particular não provido. (STJ REsp 1610169/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 12/05/2017). (grifou-se).

Nesse prisma, tem-se que a indisponibilização do valor total de R$ 85.196.446,29 deve ser decretada para cada um dos requeridos.

Repise-se, por oportuno, que a presente indisponibilidade de bens não tem natureza de sanção, e sim de medida de garantia destinada a assegurar a base patrimonial para futura efetivação de eventual sentença condenatória de reparação dos danos, de perdimento dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos requeridos e da execução de multa civil. Por corolário lógico, não se tratando de sanção, tal medida cautelar pode atingir os bens adquiridos pelos requeridos anteriormente à prática dos supostos atos de improbidade.

Nesse sentido:

*(...) Com efeito, "**o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil**" (...).". (**STJ** AgInt no AREsp 913.481/MT, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016). (grifou-se).*

Ressalva-se, todavia, que – por serem impenhoráveis – as verbas salariais recebidas pelos requeridos, não poderão ser objeto da medida de indisponibilidade, haja vista que, sendo impenhoráveis, não poderão assegurar uma futura execução (STJ REsp 1164037/RS).

Entretanto, incumbir-se-á aos requeridos a comprovação de que os valores bloqueados em suas respectivas contas são provenientes de verba alimentar.

Dispositivo

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido liminar formulado pelo Ministério Público e decreto a indisponibilidade de bens dos requeridos Nelson Trad Filho, Gilmar Antunes Olarte, Semy Alves Ferraz, André Luiz Scaff, Arnaldo Angel Zelada Cafure, Asfaltec Tecnologia Em Asfalto Ltda., Bertholdo Figueiró Filho, Cleber de Oliveira, Elias Lino da Silva, Equipe Engenharia Ltda., Fátima Rosa Cota Moral de Oliveira, Gilmar Antunes Olarte, Ivane Vanzella, João Antônio de Marco, João Parron Maria, Ld Construções Ltda, Lucas Potrich Dolzan, Luciano Potrich Dolzan, Neli Hatsuco Oshiro, Marcela Lima Cunha, Michel Issa Filho, Múcio José Ramos Teixeira, Paulo Roberto Álvares Ferreira, Sylvio Darilson Cesco, Unipav Engenharia Ltda., Usimix Ltda, Valtemir Alves de Brito, Therezinha Azambuja Ferreira, Almir Antônio Diniz de Figueiredo e João Carlos de Almeida, todos qualificados nos autos (f. 1-6), até o valor total de R$ 85.196.446,29 (oitenta e cinco milhões, cento e noventa e seis mil e quatrocentos e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos) para cada requerido – não podendo recair sobre verbas de natureza salarial.

Por consequência, determino o cadastro dessa medida na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), criada e regulamentada pelo Provimento de nº 39/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça, que tem por objetivo dar eficácia às decisões de indisponibilidade de bens, divulgando-as para Serviços de Notas e Registros de Imóveis de todo território nacional.

Outrossim, proceda-se à consulta ao sistema Renajud a fim de verificar a existência de veículos automotores registrados em nome dos requeridos, efetivando-se o bloqueio judicial de indisponibilidade. Em caso positivo, certifique-se, se for caso, eventual restrição já existente sobre veículos.

Sem prejuízo das medidas supra determinadas e objetivando implementar a efetividade da atividade jurisdicional, proceda-se, também, à indisponibilidade de ativos financeiros pelo sistema Bacenjud – excetuando-se, dessa medida, as verbas que forem de natureza salarial, as quais deverão ser comprovadas pelo respectivo interessado.

Após a execução da indisponibilidade, em sendo verificado eventual excesso em relação ao limite fixado, voltem os autos conclusos para análise e liberação do excedente, sem prejuízo disso ser alegado pelos requeridos, que poderão, até mesmo, solicitar eventual substituição dos bens tornados indisponíveis, se for o caso.

Oportunamente, defiro o requerimento formulado às f. 14535-14537.

Nos termos do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, notifiquem-se os requeridos para, querendo, apresentarem manifestações preliminares, que poderão ser instruídas com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 (quinze dias).

Notifique-se, também, o Município de Campo Grande (MS) para que, querendo, venham integrar a lide, desde que isso se afigure útil ao interesse público, nos termos do art. 17, § 3º, da Lei 8.429/92.

Às providências." (sic, p. 32-44)

Inicialmente, destaco que a numeração das páginas que serão mencionadas adiante nesta decisão referem-se ao feito de origem.

Pois bem. Relativamente ao recorrente, consta da inicial da ação civil pública:

"A partir de ampla divulgação pela imprensa acerca de irregularidades na forma em que estava sendo executado o serviço de 'tapa-buracos' nas vias de Campo Grande/MS, tais como o conserto de buracos inexistentes1 (f. 6-28, do Anexo I), o Ministério Público instaurou o Inquérito Civil nº 010/2015, com o objetivo de apurar eventuais irregularidades na má-prestação de serviço público por parte das empresas contratadas para realização das operações de recapeamento e 'tapa-buracos' de vias públicas do município de Campo Grande/MS, bem como a eventual omissão da fiscalização por parte da Prefeitura Municipal de Campo Grande e atos de improbidade daí decorrentes.

Como essas notícias tiveram grande repercussão, houve várias denúncias ao Ministério Público e a outros órgãos de fiscalização (algumas aparentemente realizadas por servidores da própria Secretaria Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação - SEINTRHA, consoante se infere dos dados e documentos que as instruem), as quais narraram a existência de um esquema de desvio de recursos públicos municipais por meio do serviço de 'tapa-buracos', com a participação de servidores públicos municipais e empresários (f. 31-173 - Anexo I).

No bojo do Inquérito Civil nº 010/2015 apurou-se que, entre os anos de 2.010 e 2.012, cerca de 30 contratos administrativos foram celebrados pelo Município de Campo Grande para execução desse serviço, os quais custaram aos cofres públicos municipais mais de R$ 372.000.000,00 (trezentos e setenta e dois milhões de reais) até o mês de janeiro de 2.015 (f. 169, do Anexo I), todavia sem que o resultado dessa vultosa despesa fosse sentido nas vias públicas, que, em geral, apresentam-se em péssimo estado de trafegabilidade, evidenciando a malversação de recursos públicos e prejuízos ao erário.

(...)

Finda a administração dos requeridos Nelson Trad Filho e João Antônio de Marco, a administração de Alcides Bernal, Prefeito Municipal e Semy Alves Ferraz, Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação, suspendeu a execução de alguns desses contratos, a fim de revisar as contratações realizadas.

Contudo, outros contratos permaneceram vigendo e, com os requeridos Sylvio Darilson Cesco e João Parron Maria nas mesmas funções, o esquema perdurou e, a partir de então, com a participação do requerido Semy Alves Ferraz, os serviços permaneceram sendo prestados da mesma forma, ou seja, sem fiscalização, as medições continuaram a ser fraudadas, viabilizando pagamentos indevidos às empresas.

A perpetuação do esquema somente foi possível na gestão que sucedeu o requerido Nelson Trad Filho porquanto o requerido Semy Alves Ferraz, agora ocupando o cargo antes exercido pelo requerido João Antonio de Marco, providenciou acréscimos contratuais e prorrogações ilícitas daqueles contratos que continuaram a viger, como também consentiu para que a fiscalização ou, na verdade, sua completa ausência, continuasse. As medições continuaram a ser feitas exatamente da mesma forma: fraudulentamente com o fim precípuo de escoamento do dinheiro público.

Com a saída do requerido Semy Alves Ferraz da SEINTRHA, o requerido Valtemir Alves de Brito assumiu a pasta e manteve o esquema de desvio de recursos públicos por meio dos contratos de tapa-buraco.

Calha destacar que, em fiscalização na Secretaria de Infraestrutura, Transporte e Habitação, servidores do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul entrevistaram o requerido Sylvio Darilson Cesco, o qual lhes afirmou que 'os pagamentos eram preestabelecidos entre as empreiteiras e o Secretário Municipal de Infraestrutura, desconsiderando a demanda fática dos serviços' (f. 189).

Logo, conclui-se que os requeridos Semy Alves Ferraz e Valtemir Alves de Brito, na ocasião em que comandaram a Secretaria Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação, permitiram que o esquema de desvio de recursos públicos fosse mantido.

(...)

Mais de um ano depois, com a cassação de Alcides Bernal, Gilmar Antunes Olarte, agora Prefeito Municipal, Semy Alves Ferraz, Secretário de Infraestrutura, Transporte e Habitação, Sylvio Darilson Cesco, João Parron Maria, André Luiz Scaff (agora Secretário de Finanças do município), e o requerido Cleber de Oliveira, Chefe da Divisão Administrativa e Financeira da SEINTRHA, providenciaram a retomada da execução dos Contratos nº 211-A/2010, nº 329/2011, nº 63/2011, nº 64/2011 e nº 65/2011 pela requerida LD Construções Ltda., a despeito de não existir prévio empenho para fazer frente às despesas decorrentes do ato, em flagrante ofensa ao artigo 60, da Lei nº 4.320/64, que é categórica ao vedar a realização de despesa sem prévio empenho:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Neste ponto em particular, merece destaque que, interceptações telefônicas produzidas pela Polícia Federal, mediante autorização judicial e compartilhadas com o Ministério Público Estadual (f. 548), revelam a cumplicidade existente entre João Alberto Krampe Amorim dos Santos com os requeridos Semy Alves Ferraz, André Luiz Scaff, Cleber de Oliveira, Sylvio Darilson Cesco e João Parron Maria, bem como demonstram a união desses agentes públicos para, ultrapassando os limites da lei, satisfazer os interesses da requerida LD Construções Ltda.

(...)

Vale mencionar, ainda, ligação do mês de abril de 2014, em que João Alberto Krampe Amorim dos Santos questiona ao requerido André Luiz Scaff a liberação relativa à Solurb, consórcio do qual faz parte o genro daquele (requerido Luciano Potrich Dolzan, sócio da requerida LD Construções Ltda.), ressaltando de forma concreta o comprometimento do então Secretário de Finanças com esse empresário:

(...)

De igual modo, ligações telefônicas revelam que o requerido Semy Alves Ferraz pede encontro com João Alberto Krampe Amorim dos Santos, como também diálogos demonstram estar esse agente público dedicado aos interesses do empreiteiro.

(...)

Da análise dos Processos Administrativos nº 27523/10-11, nº 64425/11-82, nº 17766/12-18, nº 1768/12-35 e nº 1791/12-57, constata-se que, em 1º de abril de 2014, foram remetidos para a Divisão Administrativa e Financeira, cujo chefe era o requerido Cleber de Oliveira, para providências quanto ao empenho do saldo contratual, o que corrobora as interceptações, pois coincide com o período em que João Alberto Krampe Amorim dos Santos manteve diversos encontros e contatos com o requerido Semy Alves Ferraz e demais agentes públicos (final de março, abril e maio), conforme exemplo abaixo:

(...)

Em seguida, em 2 de junho de 2014, os requeridos Cleber de Oliveira, Sylvio Darilson Cesco e Semy Alves Ferraz, todos na mesma data, indicando que tratativas já estavam previamente acertadas, apresentaram justificativa e autorização para o reinício dos serviços, bem como autorização para realização de despesa relativa aos Contratos nº 329/2011, nº 63/2012, nº 64/2012 e nº 65/2012, a exceção do Contrato nº 211-A/2010 cujo reinício e demais atos ocorreram em 2 de maio de 2014.

Porém, consoante se constata, a autorização baseou-se em recursos de fonte diversa da prevista nos instrumentos contratuais, pois a cláusula sétima estabeleceu que 'as despesas decorrentes da execução das obras e serviços a que se refere o presente contrato correrão à conta da verba':

(...)

No entanto, as autorizações de despesas emitidas pelos requeridos Cleber de Oliveira e Semy Alves Ferraz, com data em 2 de maio e 2 de junho de 2.014, tiveram como amparo verba diversa, qual seja, a 0101 26 782 58 2233 44905199 - FR 01 - Recursos do Tesouro em todos os processos administrativos, veja-se:

(...)

Esclarece-se que as sequências '0101 26 782 62 2028' e '0101 26 782 58 2233' referem-se ao programa de trabalho, enquanto as sequências '44905182'e '44905199' dizem respeito ao elemento de despesa, ficando nítido que a alteração da dotação orçamentária deu-se para beneficiar a requerida LD Construções Ltda.

Na ocasião, emitiram-se empenhos em valores suficiente para pagar o resto do saldo de serviços dos Contratos nº 211-A/2010, nº 329/2011, nº 63/2012, nº 64/2012 e nº 65/2012, conforme se constata das medições padronizadas juntadas aos processos administrativos (juntados em formato digital à f. 165).

Ato seguinte, os requeridos Sylvio Darilson Cesco, Semy Alves Ferraz e Valtermir Alves de Brito, na medida em que se aproximavam dos respectivos termos finais, apresentaram justificativa técnica genérica para prorrogação de todos os contratos, especificamente os referentes aos Processos Administrativos nº 27523/10-11, nº 64425/11-82, nº 17766/12-18, nº 1768/12-35 e nº 1791/12-57 (juntados em mídia digital à f. 165).

(...)

Ademais, o artigo 60, da Lei n° 4.320/64, é categórico ao vedar a realização de despesa sem prévio empenho, não havendo, neste caso, margem para interpretação ou flexibilização da regra.

De acordo com o artigo 58, da Lei n° 4.320/64, o empenho de despesa é ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição, sendo condição essencial para o início da execução de qualquer termo contratual.

Portanto, a prorrogação dos Contratos nº 211-A/2010, nº 329/2011, nº 63/2012, nº 64/2012 e nº 65/2012, em regra, justificada pelo requeridos Semy Alves Ferraz e executada pelo requerido Valtemir Alves de Brito infringiram as normas orçamentárias, eis que não foram apresentados demonstrativos capazes de comprovar a realização de estimativa do impacto orçamentário-financeiro, não houve comprovação de existência de dotação específica e suficiente ou de crédito genérico, capaz de suportar o somatório das despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, prevista no programa de trabalho.

Além disso, não constitui peça dos Autos dos Processos Licitatórios nº 27523/10-11, nº 64425/11-82, nº 17766/12-18, nº 1768/12-35 e nº 1791/12-57 a declaração do ordenador da despesa, ou seja, dos requeridos Semy Alves Ferraz e Valtermir Alves de Brito, ambos ocupantes do cargo de Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação à época da apresentação dos pedidos de prorrogações, sobre a existência de dotação suficiente para a realização das despesas advindas da prorrogação.

Dessa forma, ao colaborar para que no Município de Campo Grande se instalasse um sistema esquematizado de desvio de dinheiro público por meio da contratação e execução de contratos fraudulentos de serviço de tapa-burado, os requeridos Sylvio Darilson Cesco, João Parron Maria puderam adquirir para si e terceiros patrimônio completamente incompatíveis com as respectivas rendas, incidindo assim no art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa.

Por outro lado, os requeridos André Luiz Scaff, Bertholdo Figueiró Filho, Cleber de Oliveira, Elias Lino da Silva, Fátima Rosa Cota Moral de Oliveira, Gilmar Antunes Olarte, Ivane Vanzella, João Antônio de Marco, João Parron Maria, Neli Hatsuco Oshiro, Marcela Lima Cunha, Múcio José Ramos, Nelson Trad Filho, Semy Alvez Ferraz, Sylvio Darilson Cesco, Valtemir Alves de Brito e Therezinha Azambuja Ferreira praticaram atos de improbidade administrativa, tanto na modalidade que causa prejuízo ao erário

quanto na hipótese que atenta contra os princípios da Administração Pública e, assim, beneficiaram a requerida LD Construções Ltda. e seus sócios, ora requeridos Luciano Potrich Dolzan e Lucas Potrich Dolzan, bem como as requeridas Usimix Ltda., ASFALTEC Ltda. e seus sócios, respectivamente, Paulo Roberto Álvares Ferreira e Michel Issa Filho e Equipe Engenharia Ltda., Almir Antonio Diniz de Figueiredo e Unipav Engenharia Ltda.

(...)

Logo, os requeridos João Antônio de Marco, Semy Alves Ferraz e Valtemir Alves de Brito incorreram no inciso IX, do artigo 10, da Lei nº 8.429/92, pois na qualidade de Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação, caberia a eles, quando da contratação e das prorrogações, estimar o impacto orçamentário das despesas.

(...)

Por seu turno, o então prefeito Gilmar Antunes Olarte e os titulares da Secretaria de Infraestrutura, Transporte e Habitação, João Antonio de Marco, Semy Alves Ferraz e Valtemir Alves de Brito, não obstante as evidentes irregularidades, contribuíram e permitiram que a prática ilícita se perpetuasse, em detrimento do erário (Art. 10, incisos XI e XII, da Lei nº 8.429/92).

(...)

Posto isso, os requeridos André Luiz Scaff, Bertholdo Figueiró Filho, Cleber de Oliveira, Elias Lino da Silva, Fátima Rosa Cota Moral de Oliveira, Gilmar Antunes Olarte, Ivane Vanzella, João Antônio de Marco, João Parron Maria, Neli Hatsuco Oshiro, Marcela Lima Cunha, Múcio José Ramos, Nelson Trad Filho, Semy Alvez Ferraz, Sylvio Darilson Cesco, Valtemir Alves de Brito e Therezinha Azambuja Ferreira, incorreram em ato ilícito qualificado como improbidade administrativa, que implica nas sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e no artigo 12, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92.

(...)

Posto isso, o Ministério Público requer seja(m):

a) liminarmente, decretada a indisponibilidade de bens dos requeridos, em quantidade que assegure a integral reparação do prejuízo material e do dano moral coletivo, bem como o pagamento da multa a ser imposta como sanção pelo ato ímprobo (quantia apontada como sendo de R$ 369.011.600,59), e que sejam adotadas as providências para efetivação da medida, em especial bloqueio de valores em suas contas bancárias, a constrição de veículos junto ao Renajud e a indisponibilidade de imóveis junto aos Cartórios de Registro de Imóveis desta Comarca;

(...)

d.2) condenar os requeridos Almir Antônio Diniz de Figueiredo, André Luiz Scaff, Arnaldo Angel Zelada Cafure, Asfaltec Tecnologia em Asfalto Ltda., Bertholdo Figueiró Filho, Cleber de Oliveira, Elias Lino da Silva, Equipe Engenharia Ltda., Fátima Rosa Cota Moral de Oliveira, Gilmar Antunes Olarte, Ivane Vanzella, João Antônio de Marco, João Parron Maria, LD Construções Ltda., Lucas Potrich Dolzan, Luciano Potrich Dolzan, Neli Hatsuco Oshiro, Marcela Lima Cunha, Michel Issa Filho, Múcio José Ramos, Nelson Trad Filho, Paulo Roberto Álvares Ferreira, Semy Alvez Ferraz, Sylvio Darilson Cesco, Unipav Engenharia Ltda., Usimix Ltda., Valtemir Alves de Brito e Therezinha Azambuja Ferreira pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10 e 11, todos da Lei nº 8.429/92, às sanções estabelecidas no artigo 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/92, e à obrigação de ressarcir os prejuízos causados ao Município de Campo Grande

no montante de R$ 369.001.600,59, ou subsidiariamente, R$ 345.495.981,61 acrescido de correção monetária e de juros de 1% ao mês.

e) a comunicação da condenação ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para inclusão do nome dos ímprobos no Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial o depoimento pessoal dos requeridos e aquelas constantes no bojo do Inquérito Civil nº 111/2015-29ªPJCG, que instrui a presente, bem como as demais provas documentais e periciais, caso se façam necessárias.

Por derradeiro, tendo em vista o volume de documentos e a existência de mídias audiovisuais no referido inquérito civil, inviabilizando a apresentação na ocasião do peticionamento, requer-se que, após distribuição e autuação da petição inicial, seja concedida vista dos autos para juntada do inquérito civil, com as respectivas mídias audiovisuais, via SAJ/TJ, com fulcro no artigo 14 do Provimento nº 305, de 16 de janeiro de 2014.

Finalmente, observando-se que o autor está isento recolher custas processuais, nos termos do artigo 18 da Lei Federal nº 7.347/85, atribui à causa o valor de R$ 369.001.600,59." (sic, p. 07– 246 de origem).

Verifico, no presente caso, que relativamente aos argumentos da ausência dos requisitos da liminar quanto ao agravante, entendo que o pleito recursal não procede, destacando que a demanda ainda não foi recebida pelo magistrado singular.

Como bem considerado na decisão guerreada, é dispensável a comprovação de que o requerido na discutida ação civil pública esteja dilapidando ou tentando dilapidar os seus patrimônios para que reste evidenciado o perigo da demora.

A respeito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO – DECRETAÇÃO – REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO – MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira,

> *Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se 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'.* ***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 nº 8.429/92. Assim, 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".*** *4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.* ***5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.*** *6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos. 7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução nº 8/2008/STJ.* (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014). Destacado

Ocorre, que faz-se necessária a demonstração da fumaça do bom direito, obviamente amparada em início de provas, que, no caso, vejo demonstradas quanto ao suplicante, pois, malgrado tenha ele apenas arrazoado que não recebeu qualquer valor quanto ao que serviços de tapa buracos, necessário ressaltar na inicial da ação e na decisão agravada, consta que o mesmo providenciou acréscimos contratuais e prorrogações ilícitas daqueles contratos que continuaram a viger, como também consentiu para que a fiscalização ou, na verdade, sua completa ausência, continuasse, ou seja, as medições continuaram a ser feitas exatamente da mesma forma: fraudulentamente com o fim precípuo de escoamento do dinheiro público. Outrossim, passados mais de um ano depois, com a cassação de Alcides Bernal, Gilmar Antunes Olarte, agora Prefeito Municipal, Semy Alves Ferraz, Secretário de Infraestrutura, Transporte e Habitação, Sylvio Darilson Cesco, João Parron Maria, André Luiz Scaff (agora Secretário de Finanças do município), e o requerido Cleber de Oliveira, Chefe da Divisão Administrativa e Financeira da SEINTRHA, providenciaram a retomada da Execução dos Contratos nº 211-A/2010, nº 329/2011, nº 63/2011, nº 64/2011 e nº 65/2011 pela requerida LD Construções Ltda., a despeito de não existir prévio empenho para fazer frente às despesas decorrentes do ato, em flagrante ofensa ao artigo 60, da Lei nº 4.320/64, que é categórica ao vedar a realização de despesa sem prévio empenho.

Entretanto, relativamente à medida liminar, desacompanhada de parâmetro real para a imposição de bloqueio de bens do suplicante até o total de R$ 85.196.446,29 (oitenta e cinco milhões, cento e noventa e seis mil e quatrocentos e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos), há de ser revista, conforme reclamado, deferindo a tutela antecipada recursal para adequar a quantia do bloqueio para equivalente ao dano material, ou seja, R$ 28.398.815,43 (correspondente a uma vez o valor pago pelo contrato à LD Construções LTDA), afastando-se, neste momento, o relativo ao dano moral coletivo e multa.

Ora, a Lei nº 8.429/92, em seu art. 7º, não autoriza a indisponibilidade de bens para assegurar o pagamento do dano moral coletivo e da multa civil, mas tão somente visa garantir o ressarcimento do dano causado ao erário ou para impedir que o agente venha a enriquecer ilicitamente.

Nesse sentido:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DECISÃO QUE DETERMINOU O BLOQUEIO DOS BENS DOS AGRAVANTES – ADMISSIBILIDADE – DESNECESSÁRIA PROVA OU INDÍCIO DE DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO PESSOAL PARA QUE SEJA DETERMINADA A INDISPONIBILIDADE – LIMITAÇÃO AO VALOR DO ALEGADO DANO – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS À CONCESSÃO DA MEDIDA –* ***O VALOR ENVOLVENDO EVENTUAL MULTA OU CONDENAÇÃO POR DANO MORAL, CONTUDO, NÃO PODE SER ACEITO, POR NÃO REPRESENTAR O VALOR DO DANO AO ERÁRIO*** *– PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS À CONCESSÃO DA MEDIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2239563-90.2017.8.26.0000; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Peruíbe - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/04/2018; Data de Registro: 13/04/2018). Destacado
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO E FRAUDE DE DOCUMENTOS FISCAIS – CONDUTA QUE CAUSA LESÃO AO ERÁRIO – ART. 10, INCISOS I, VIII, IX E XII, DA LEI Nº 8.429/92 – PRESENÇA DOS REQUISITOS PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI JURIS – FORTES INDÍCIOS DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA PELA LEI Nº 8.429/92 – INDISPONIBILIDADE DE VALORES, CONTUDO, QUE DEVE FICAR ADSTRITA AOS VALORES DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO – DECISÃO PARCIALMENTE REVOGADA – RECURSO PROVIDO, EM PARTE. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "(...) tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de periculum in mora concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de fumus boni iuris, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade. No mesmo sentido: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012."* (AgRg no REsp 1414569 / BA, rel. Ministro Humberto Martins, j. 6.5.2014) ***O entendimento sufragado por esta Segunda Câmara de Direito Público, segue no sentido de que "(...) a Lei nº 8.429/92 não autoriza a indisponibilidade de bens para assegurar o pagamento de multa civil e de indenização por dano moral coletivo, cujos valores foram apontados unilateralmente pelo autor da ação de improbidade".*** (TJSC, Agravo de Instrumento nº 2008.027158-6, de Itapema, rel. Des. Cid Goulart, j. 5.4.2011)" (AG 20130782250 SC 2013.078225-0, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, julg. 24/11/2014) Destacado
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO CONHECIMENTO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – MÉRITO – INDISPONIBILIDADE DE BENS DO REQUERIDO –ART. 7ª DA LEI Nº 8.429/92 – FUMUS BONI IURIS DEMONSTRADO – NÃO INCLUSÃO DO DANO MORAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO*

> *CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...).* ***A Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, não autoriza a indisponibilidade do agente público ímprobo para assegurar o pagamento da multa civil ou dano moral, mas tão somente visa garantir o ressarcimento do dano causado ao erário ou para impedir que venha a enriquecer ilicitamente.*** (TJMS. Agravo Regimental nº 1401260-64.2016.8.12.0000, Bela Vista, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 26/04/2016, p: 26/05/2016). Destacado

Nesse contexto, considerando que o magistrado singular determinou o bloqueio no montante de R$ 85.196.446,29 (dano material de R$ 28.398.815,43 + dano moral coletivo de R$ 28.398.815,43 + multa civil de R$ 28.398.815,43), tenho que a súplica prospera relativamente a se afastar o valor referente à multa civil e ao dano moral, devendo a indisponibilidade dos bens ficar restrita ao quantitativo referente aos danos materiais (R$ 28.398.815,43).

Ressalta-se, ainda, que o valor indisponibilizado deve ser considerado de forma conjunta e, não individualmente, eis que, ainda que seja uma responsabilidade solidária, não se pode a pretexto de garantir o ressarcimento do erário, indisponibilizar o valor total do dano de cada um dos requeridos, porquanto tal medida incorreria em excesso de cautela.

Por oportuno:

> *CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS E JURÍDICOS – INDISPONIBILIDADE DE BENS – DANO MATERIAL AO ERÁRIO. 1. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Decisão que considerou necessárias maiores digressões e a formação do contraditório para verificação da extensão da participação de alguns litisconsortes. Fundamentos não infirmados. Decisão mantida.* ***2. Embora solidária a responsabilidade dos envolvidos até a instrução final do processo, a indisponibilidade de bens não pode ser ilimitada, dividida ou multiplicada pelo número de agentes de forma a resultar em falta ou excesso de garantia.*** *Recurso provido, em parte.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2131989-08.2017.8.26.0000; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Lençóis Paulista - 2ª Vara; Data do Julgamento: 29/11/2017; Data de Registro: 29/11/2017). Destacado

> *RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – LIMITE DA CONSTRIÇÃO – QUANTUM SUFICIENTE AO INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO. 1. No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, a responsabilidade dos agentes em concurso é solidaria. 2.* ***É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos co-obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela.*** *(...).2. Recurso especial improvido – destaques nossos* (REsp nº 1.119.458-RO, Primeira Turma, Rel. Minº Hamilton Carvalhido, j. 13/04/10, DJe 29/04/10). Destacado

Destaca-se, por fim, que os bens constritos não podem recair sobre aqueles absolutamente impenhoráveis, na forma do art. 833, do CPC (antigo art. 649, do CPC/73).

Em sentido semelhante:

> ***AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA –*** *DECISÃO QUE, EM SEDE DE AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR, FORMULADO COM VISTAS À DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO RÉU, DIANTE DA SUSPEITA DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA, A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA LIMINAR – PRECEDENTE DO C. STJ –* ***IMPENHORABILIDADE DE CONTA-SALÁRIO E DE VALORES DEPOSITADOS EM CADERNETA DE***

> ***POUPANÇA ATÉ O LIMITE DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 833, IV E X, DO CPC*** *– RECURSO PROVIDO.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2078334-24.2017.8.26.0000; Relator (a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/03/2018; Data de Registro: 03/04/2018). Destacado
>
> ***AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*** *– EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS ÍMPROBOS RELACIONADOS À CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS MÉDICOS – DECISÃO QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS RÉUS – ADMISSIBILIDADE – (...)****- IMPENHORABILIDADE DE CONTA SALÁRIO - CRÉDITO DE NATUREZA SALARIAL – BLOQUEIO – VEDAÇÃO – OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 649, INCISOS IV E X, DO CPC*** *– IMPENHORABILIDADE ASSEGURADA – R. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2171626-34.2015.8.26.0000; Relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Pinhalzinho - Vara Única; Data do Julgamento: 11/11/2015; Data de Registro: 12/11/2015). Destacado

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe parcial provimento, a fim de reduzir o valor dos bens indisponibilizados para o montante concernente ao dano material (R$ 28.398.815,43), bem como determinar que a indisponibilidade ocorra de forma conjunta e que não recaia sobre bens absolutamente impenhoráveis, nos termos da fundamentação acima exposta.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (1º vogal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Semy Alves Ferraz contra decisão interlocutória do Juízo da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos Comarca de Campo Grande/MS, que deferiu medida cautelar de indisponibilidade de bens dos réu-agravantes em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º, da Lei 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

De início, registro a complexidade e a relevância social da ação em análise, a qual aborda fatos extremamente graves ocorridos na Administração do Município de Campo Grande-MS ao longo de vários anos, os quais, inclusive, aparentemente explicam o deplorável e revoltante estado de *calamidade* e de *perplexidade* vivido pela comunidade local no que concerne às condições da malha asfáltica urbana da capital, a qual alcançou estado tão crítico de debilidade que atingiu níveis significativos de periclitância, a ponto de se registrarem, à época, inúmeros acidentes automobilísticos, alguns, inclusive, com vítimas fatais, causados exclusivamente por avarias graves nas vias de tráfego, como é de conhecimento público e notório, constituindo tal situação motivo de vergonha para qualquer cidade, que fará para uma capital, o que bem reflete o nível da política local, evidenciando o extremo absurdo de uma maléfica e nefasta Administração Pública.

Registro, todavia, que, a par da gravidade dos fatos, a análise das responsabilidades eventualmente aplicáveis deve se pautar sempre pela aplicação indistinta da lei, à luz da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, garantindo-se, assim, a incidência isonômica das regras jurídicas inerentes, de modo a se proporcionar segurança e estabilidade jurídica, a partir das decisões do Poder Judiciário.

Deste modo, registro, desde logo, que a análise preliminar da responsabilidade dos réus-agravantes, para efeito da decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens, será feita com o cuidado e a parcimônia que são ordinariamente aplicados e dispensados em hipóteses símeis, velando-se sempre pela convivência harmônica dos interesses – privados e públicos – envolvidos e discutidos na lide.

Nesse compasso, destaco, de início, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se, após o julgamento de recurso representativo de controvérsia repetitiva, no sentido de que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes "*fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade*", estando implícito o *periculum in mora*, na medida em que este "*milita em favor da sociedade*", a qual é "*representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens*" (REsp 1.366.721/BA, Rel. Minº Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/09/2014).

Na oportunidade em que julgado referido recurso, enfatizou-se o cuidado da Lei 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), em dar efetividade à norma constitucional que prevê a necessidade de ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º, CF/88), sobretudo diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornam irreversível o ressarcimento e a devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, afastando a lei, por isso, a necessidade de demonstração do *periculum in mora*, intrínseco a toda medida cautelar sumária, e admitindo-se, portanto, que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio público, da coletividade, bem assim, do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

Assim, concluiu-se, na ocasião, que a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista, repito, que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa (REsp 1.366.721/BA, Rel. Minº Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Minº Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/09/2014).

Basta, portanto, para a decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens, a presença de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao erário, dispensando-se a comprovação de dilapidação patrimonial, iminente ou não.

Consoante lúcida ponderação do Min. Herman Benjamin, ao relatar o REsp nº 1.115.452/MA, a indisponibilidade dos bens visa, justamente, a "*evitar que ocorra a dilapidação patrimonial*", não sendo razoável:

> *"(...) aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação", mesmo porque "exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da Medida Cautelar em foco e, muitas vezes, inócua"* (Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 20/04/2010).

Necessário se pontuar, ainda, que, mesmo nas hipóteses em que a imputação se limita à eventual prática de atos violadores dos princípios da Administração Pública (art. 11, LIA) – sem considerar, portanto, a ocorrência de dano ao erário –, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que subsiste a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens, para fins de assegurar o pagamento de eventuais outros encargos pecuniários decorrentes da condenação, tal como a multa civil (*v.g.*, REsp 1.161.049/PA, Rel. Minº Sérgio Kukina, 1ª turma, DJe 29/09/2014; REsp 1.256.232/MG, Rel. Minº Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 26/09/2013; REsp 1.161.631/SE, Rel. Minº Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 24/08/2010); a qual fora, de fato, requerida na inicial da presente ação, assim como a condenação por dano moral coletivo (f. 231, na origem).

Em suma, está consolidado no Superior Tribunal de Justiça que a indisponibilidade de bens não é sanção, mas providência cautelar destinada a garantir o resultado útil do processo e a futura recomposição do patrimônio público lesado, bem como a execução de eventual sanção pecuniária a ser imposta e qualquer outro encargo financeiro decorrente da condenação.

Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES, SEM CONCURSO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE E DE OUTROS INTEGRANTES DA CÂMARA DE VEREADORES – LEGITIMIDADE PASSIVA – CAUSA PETENDI NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ENQUADRAMENTO LEGAL EQUIVOCADO NA PETIÇÃO INICIAL – NATUREZA E EXTENSÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS.*
>
> *[...]*
>
> *11. A indisponibilidade dos bens não é sanção, mas providência cautelar destinada a garantir o resultado útil do processo e a futura recomposição do patrimônio público lesado, bem como a execução de eventual sanção pecuniária a ser imposta e qualquer outro encargo financeiro decorrente da condenação.*
>
> *12. A totalidade do patrimônio do réu garante "o integral ressarcimento do dano" (art. 7°, parágrafo único, da Lei da Improbidade Administrativa). Por isso, o bloqueio judicial pode recair sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. [...]."* (REsp 817.557/ES, Rel. Minº Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/02/2010)

Portanto, a indisponibilidade de bens, como medida cautelar que é, se presta a garantir a eficácia integral de eventual sentença de procedência, de modo que a análise do *quantum* a ser tornado indisponível deve observar a completa extensão econômica de hipotética condenação dos requeridos, ressalvada, evidentemente, a possibilidade de controle de eventual pedido abusivo da multa civil ou de eventual dano moral coletivo; cuidado este, aliás, tomado pela decisão agravada, ao limitar a constrição a valores mais condizentes com a realidade, na hipótese de uma possível condenação.

Na hipótese dos autos, a insurgência dos agravante reside no questionamento acerca da presença efetiva de fortes indícios acerca da prática de ato de improbidade, residindo, portanto, a discussão sob o único requisito exigido pela lei para a decretação da indisponibilidade.

Quanto a este ponto, como bem observou o voto do relator, existem indícios fortes, e suficientes para a decretação da indisponibilidade, no sentido de que o réu-agravante

> *"(...) providenciou acréscimos contratuais e prorrogações ilícitas daqueles contratos que continuaram a viger, como também consentiu para que a fiscalização ou, na verdade, sua completa ausência, continuasse, ou seja, as medições continuaram a ser feitas exatamente da mesma forma: fraudulentamente com o fim precípuo de escoamento do dinheiro público. Outrossim, passados mais de um ano depois, com a cassação de Alcides Bernal, Gilmar Antunes Olarte, agora Prefeito Municipal, Semy Alves Ferraz, Secretário de Infraestrutura, Transporte e Habitação, Sylvio Darilson Cesco, João Parron Maria, André Luiz Scaff (agora Secretário de Finanças do município), e o requerido Cleber de Oliveira, Chefe da Divisão Administrativa e Financeira da SEINTRHA, providenciaram a retomada da execução dos Contratos nº 211-A/2010, nº 329/2011, nº 63/2011, nº 64/2011 e nº 65/2011 pela requerida LD Construções Ltda., a despeito de não existir prévio empenho para fazer frente às despesas decorrentes do ato, em flagrante ofensa ao artigo 60, da Lei nº 4.320/64, que é categórica ao vedar a realização de despesa sem prévio empenho."*

Portanto, no que diz respeito à decretação da indisponibilidade, acompanho o relator, no sentido de manter a medida cautelar contra o agravante.

Contudo, no que diz respeito à extensão do bloqueio, ressalto que esta 2ª Câmara Cível registra precedentes recentes em contrariedade ao posicionamento adotado pelo relator (*v.g.*, Agravo de Instrumento

nº 1415406-47.2015.8.12.0000 – caso da Proteco Ltda), tanto no que concerne à inclusão da multa civil e do dano moral coletivo, bem como no que pertine ao bloqueio dos valores de forma individualizada, e não de maneira global.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – BLOQUEIO INDIVIDUALIZADO – INCLUSÃO DA MULTA CIVIL E DOS DANOS MORAIS COLETIVOS.*
>
> *1. A indisponibilidade, como medida cautelar que é, se presta a garantir a eficácia de eventual sentença de procedência, de modo que a análise do quantum a ser tornado indisponível, deve observar a extensão do que possa vir a ser imposto em hipotética condenação dos requeridos.*
>
> *2. Nesse sentido, o simples rateio da indisponibilidade no limite da fração ideal da responsabilidade de cada réu, embora possa parecer, num primeiro momento, mais razoável e suficiente à proteção da reparação integral, revela-se, em verdade, pouco acautelador, pois basta se considerar a possibilidade de absolvição de um ou mais dos réus para restar prejudicada a medida cautelar, que fora deferida para assegurar a condenação.*
>
> *3. É comum ser deveras dificultoso, no momento inicial, delimitarem-se as frações ideais de possíveis responsabilidades, na medida em que ainda não se tem um quadro preliminar acerca do grau de participação de cada envolvido, cujo delineamento via de regra se dá no decorrer da instrução.*
>
> *4. Por isso, nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do processo, ocasião em que se poderá então adotar a providência de se delimitar a quota de responsabilidade de cada agente. Precedentes do STJ.*
>
> *5. Assim, se é solidária possível condenação por ato ilícito (art. 942, CC/02), eventual medida constritiva, dotada de caráter acautelador da própria condenação, deve observar, tanto quanto possível e à luz do art. 7º, parágrafo único, da LIA, o disposto no art. 275, do Código Civil/2002, segundo o qual "o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto".*
>
> *6. A indisponibilidade de bens a que refere o art. 7º, da Lei 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil e também dos danos morais coletivos.*
>
> *7. Na espécie, considerando que o pedido inicial quantificou um valor certo para a multa civil e para o dano moral coletivo, deve a indisponibilidade ser decretada à luz do valor total dos pedidos formulados pelo Ministério Público para a condenação final, englobando, portanto, tanto o valor do dano ao erário, como também a multa civil e o dano moral coletivo.*
>
> *8. Agravo de Instrumento conhecido e provido."* (Agravo de Instrumento nº 1410900-57.2017.8.12.0000, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Alberto de Oliveira, DJe 09/03/2018)

Assim, neste ponto, divirjo do relator, para manter a constrição, na forma determinada pela decisão agravada.

Diante do exposto, divergindo em parte do voto do relator, conheço o recurso interposto por Semy Alves Ferraz mas nego-lhe provimento.

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

VOTO (EM25/07/2018)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (2º vogal)

É mister salientar como introito que o caso versa sobre ação civil pública por suposto ato de improbidade administrativa em litisconsorte passivo multitudinário (22 requeridos) e que tem como causa de pedir central a 'operação tapa buraco' da capital deste Estado durantes sucessivas administrações, cuja análise começa na administração da contratação e seguem com as administrações que aditivaram referido contrato.

Perante o juízo recorrido ocorreu concessão da tutela de evidência para a indisponibilidade até o valor de R$ 85.196.446,29 (dano material de R$ 28.398.815,43 + dano moral de R$ 28.398.815,43 + multa civil de R$ 28.398.815,43).

Cada qual dos litisconsortes passivos interpuseram seus recursos e de forma zelosa, o relator vem colocando-os em pauta por tiras, ou seja, analisando caso a caso de forma detalhada e pormenorizada.

Já pedi vista do agravo de instrumento anterior e interposto por outro litisconsorte passivo, mais precisamente, Almir Antônio Diniz de Figueiredo e outros e com recurso com o seguinte número de protocolo: 1412287-10.2017.8.12.0000 e, neste recurso votei pelo provimento do recurso para afastar a indisponibilidade de bens.

E assim decidi em razão de um ponto central que me chamou a atenção, mais precisamente, porque a indisponibilidade das agravantes/requeridas decorreu do fato de terem prestado declaração de que poderiam garantir o fornecimento de material betuminoso usinado em relação à empresa LD Construções Ltda., em dois ajustes (Contrato de nº 211-A/2010 e 329/2011).

Entendi como desproporcional e desarrazoado em bloquear quase cem milhões de reais para empresas que sequer foram contratadas, ou seja, somente pelo fato de terem se comprometido com as empresas contratante a lhes fornecer material para prestação de serviço de tapa buraco se acaso precisassem.

Anoto ainda que no referido agravo de instrumento deixei consignado que a relação jurídica posta na ação civil pública é complexa, uma vez que composta por fase e atos sucessivos e independentes entre si e de onde deverá o judiciário analisar caso a caso, e fim de separar o 'joio do trigo'.

Assim escrevi:

> *"(...)*
>
> *Não posso deixar sem registro as preocupações que me acolhem nessas situações, e que decorrem da inclusão de todo e qualquer réu no polo passivo das ACP's, que tenham participação periférica com o <u>núcleo</u> da tese sustentada, como parece ser o presente, com responsabilização tal e qual com os atores diretos dos atos tido por ímprobos.*
>
> *Essa generalização, sem o devido apontamento das condutas e das pretensões punitivas proporcionais à participação de cada agente nas supostas ilegalidades, abrem espaços para prejuízos processuais incontornáveis, muitas das vezes conferindo*

aos verdadeiros responsáveis pelos abusos contra o erário argumentos processuais afetos às nulidades, que, ao fim e ao cabo, acabam por comprometer todo sistema de responsabilização necessários a proteção do patrimônio público.

E aponto tal risco neste mesmo caso posto a apreciação.

Veja que a inicial da ACP traduz trabalho hercúleo dos membros do MP que, com dificuldades inegáveis para conceber tão bem elaborada tese de cometimento das ilegalidades apontadas.

Contudo, a opção de, pelo signo da responsabilidade solidária quanto a reparação do erário, fizeram incluir no polo passivo grupos heterogêneos segundo os critérios que o próprio parquet elegeu para sustentar sua tese.

E aqui, apesar de estarmos num juízo ainda precário de cognição, já que a ACP sequer foi recebida, arrisco anotar tais nuances.

De todo arrazoado da inicial, pode-se perceber claramente que a suposta organização política-empresarial concebida para obter vantagens econômicas diante do Município de Campo Grande, um fatiamento de responsabilidades salta aos olhos.

Primeiro, teríamos os empresários, que, independente da anuência ou não de agentes políticos e servidores, uniram-se para burlar regras editalícias e normas contratuais com o fim de lucros ilícitos ás custas dos cofres públicos.

Segundo, teríamos agentes políticos que, a fim de sustentar suas pretensões políticas eleitorais, e também por vantagens econômicas indevidas, teriam favorecido, pelas atribuições de seus cargos públicos, aos empresários referidos.

Terceiro, aparecem os servidores públicos que, com interesse econômico ou não, por ação omissiva e irresponsável na atuação de suas funções, deixaram de observar regras cogentes, permitiram celebração de atos, fraudaram documentos públicos que, por uma forma ou outra, beneficiaram o referido grupo político-econômico.

Estas três vertentes de responsabilização calcada na "qualidade" de cada envolvido, revela aspectos singulares e de concretude palpável para delineamento de responsabilização no âmbito da Lei de Improbidade.

Também poderia eleger como elemento de responsabilização, o momento em que o ato administrativo ocorreu.

Isso porque é nítido que existem indícios de fraudes em três fases de nítida individualidade: na fase da "pré-licitação" (ajustes empresariais), no próprio processo licitatório, e na execução dos contratos.

Ora, é inegável que no âmbito da Administração Pública, todo ato é necessariamente vinculado (os discricionários não se desamarram do interesse público), toda despesa é decorrente de tal ou qual contrato.

Portanto, perfeitamente possível a indicação de condutas próprias e singulares de cada agente envolvido, e em cada fase da ocorrência das supostas ilicitudes.

Abro um parêntese para dizer aqui que, por exemplo, existem figuras típicas de responsabilização penal e administrativa cingidas apenas a fase licitatória, sendo possível condenar por atos ímprobos aqueles que nesta fase tenham responsabilidade autônoma, ainda que nem contratados pela administração tenham sidos.

Disso decorre a necessidade de apontamento de conduta singular na teia de responsabilização, de onde nasceria também a probabilidade do direito que autorizaria a concessão de tutela de evidencia com link indissociável com o sucesso meritório da causa.

(...)"

Anoto novamente em fazendo questão de ser pleonástico, que no agravo de instrumento anterior que votei pelo desbloqueio dos valores, o recorrente não era empresa contratada, agente político e nem servidor público, mas sim, com assunção de compromisso com as contratantes de reservar material para a prestação de serviço se assim precisassem, portanto, atuação não era intestina, mas sim, periférica à relação contratada.

Pois bem, para este caso posto à apreciação há distinção e consiste no recurso de requerido com atuação intestina, onde atuou como agente político, uma vez que foi secretário municipal e, portanto, administrador da pasta administrativa de onde ocorreu a causa de pedir da inicial.

E o mais relevante, como ordenador de despesa.

E, analisando o caderno processual como um todo, que remonta a mais de 15.000 (quinze mil) laudas e da petição inicial de 247 (duzentos e quarenta e sete) laudas e levando em conta que nesta primeira fase de admissibilidade da ação civil pública se contenta com simples indícios de autoria e de materialidade, o bloqueio de bens é medida a ser mantida em parte, como bem anotado pelo nobre relator, aos quais acolho como parte integrante deste voto, mormente, com gravações telefônicas.

Disse bloqueio em parte, porque tenho por acompanhar o relator em prover parte dos pedidos recursais, mais precisamente, em afastar a responsabilidade solidaria pelo bloqueio do valor cheio a cada um dos requeridos e, também, pela não incidência de bloqueio pelo valor dos danos hipotéticos (moral e multa).

O fundamento jurídico trazido no recurso consiste no bloqueio do valor integral do *'suposto'* dano ao erário de todos os requeridos, uma vez que na visão do autor e do magistrado recorrido, trata-se de responsabilidade solidária, bem como, que sejam acrescidos o valor do dano moral e o da multa.

Essa responsabilidade solidária não tem amparo legal.

Isso porque, a responsabilidade solidária somente decorre de texto expresso de lei, nos termos de lei federal neste sentido (art. 265 do Código Civil) e que o próprio MPE que exerce também a função de fiscal da lei deveria zelar pela sua aplicação, nos termos do art. 127 da Constituição Federal.

Ocorre que não há lei que atribua expressamente essa responsabilidade solidária aos atos de improbidade por suposto dano ao erário e, portanto, não há autorização legal para a tal responsabilidade solidária.

A tese da responsabilidade solidária do *Parquet,* ao interpretar a sua permissão no art. 7º da Lei nº 8.429/92 e ler uma coisa e escrever outra. Ora, o art. 7º trata da reparação integral do dano, ou seja, o dano é de 10, então, a condenação deve ser de 10.

Nada fala sobre a responsabilidade solidária, ou seja, que todos serão condenados no valor de 10 e, portanto, com condenação em 220 (2200% a mais do que o suposto dano) e levando em conta que são 22 requeridos.

Interpretação elástica esta, que acaba por legislar e, portanto, com violação ao princípio da separação de poderes do art. 2º da CF/88 e do art. 2º da Constituição Estadual.

E mais, o próprio art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa traz o limite da indisponibilidade, que consiste na reparação integral do dano, ou seja, 100% dele. O pedido de responsabilidade solidária afronta este limite porque fará bloqueio de 2.200% (22 requeridos) sobre o valor do suposto dano, o que se aproxima à pena de confisco, o que é vedado pelo sistema jurídico, mais precisamente, no art. 150, IV da Constituição Federal.

O que se está a dizer é que para a declaração de indisponibilidade deve levar em conta a proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, sobre bens suficientes para garantir a recomposição de eventual dano ao erário público. Assim, deve ser aplicado subsidiariamente o art. 8º do CPC, ao dispor que:

> *"Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".*

Em outros termos, a decretação de indisponibilidade de bens, por ser medida de caráter grave e excepcional, deve se restringir à extensão dos danos causados, de modo que a contrição judicial não ultrapasse a quantia necessária à reparação dos prejuízos alegados, o que revela contrária ao texto da lei, que a indisponibilidade recaia sobre valores hipotéticos e genéricos, mais precisamente, dano moral coletivo e multa.

Eis pelo STJ:

> *"A decretação de indisponibilidade de bens em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa deve observar o teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, limitando-se a constrição aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade"* (REsp 439.918/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 03/11/2005, DJ 12/12/2005, p. 270).

> *"A medida constritiva em questão deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Precedentes do STJ"* (REsp 1347947/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013).

Assim sendo e acrescido deste fundamento aqui lançado, acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, 25 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1405938-54.2018.8.12.0000 - Cassilândia
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – ISENÇÃO DE ITCD – NÃO OCORRÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A Lei nº 1.810/97 disciplina em seu artigo 126 que a ocorrência de isenção do ITCD de imóvel urbano ocorre quando se apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizada como habitação dos herdeiros. Não foi comprovado nos autos que o imóvel estaria sendo utilizado como residência por qualquer dos herdeiros, por isso, não se aplica a referida norma.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Marcos Antônio da Silva, Ricardo Sander Borges da Silva, Ana Paula Souza Borges da Silva, Maria Ângela da Silva, Luiz Carlos Pereira Nunes, Antônia Rodrigues da Silva, Angela Rodrigues da Silva Bento, Juraci Rodrigues da Silva Repres. P/ Marcos Antônio da Silva, Sebastião Rodrigues da Silva Repres. P/ Antônia Rodrigues da Silva, Benedito Caetano da Silva, Maria Divina da Silva Espólio, nos Autos do Inventário de nº 0801864-53.2016.8.12.0007 em que contende Estado de Mato Grosso do Sul, oferece recurso de apelação.

Os recorrentes, em síntese, aduzem que:

Estão inconformados com a decisão que indeferiu o pedido de isenção do ITCD considerando que o imóvel não é destinado à moradia de herdeiro;

Foi concedido o benefício da justiça gratuita às páginas 151 e os recorrentes possuem condição de miserabilidade, além da existência entre eles de dois absolutamente incapazes, sendo um deficiente físico e um deficiente mental;

Não podem arcar com as depesas de ITCD;

O imóvel se encontra dentro dos padrões de isenção do ITCD previstos no artigo 126 da Lei nº 1.810, de 22/12/1.997;

Houve constatação às páginas 162 do processo de origem e que se houvesse dúvidas sobre a moradia do herdeiro deveria ser determinado à parte a comprovação da residência com contas de consumo e etc;

Reside neste único imóvel a ser inventariado o herdeiro Marco Antônio da Silva e que, muito embora as fotografias apresentem falta de higiene no local não há motivos para não acreditar que o imóvel estaria desocupado;

O herdeiro Marco Antônio da Silva possui certo desarranjo com hábitos de higiene porque sua mãe falecera há muito tempo e o pai abandonara a família, todavia, o mesmo reside no local.

Por derradeiro, afirmam que as declarações de hipossuficiência e o auto de constatação comprovam a dispensa de recolhimento do ITCD aos agravantes.

Houve pedido de efeito suspensivo da decisão (f. 01-03).

Intimado para se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, inicialmente, se posicionou pela necessidade de oportunizar resposta ao agravado Estado de Mato Grosso do Sul (f. 290-292).

Sobreveio decisão monocrática recebendo o recurso apenas em seu efeito devolutivo (f. 294-298).

O agravado apresentou contraminuta batendo-se pelo não provimento do recurso e manutenção da decisão objurgada (f. 305-311).

De igual modo a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 317-323).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marcos Antônio da Silva, Ricardo Sander Borges da Silva, Ana Paula Souza Borges da Silva, Maria Ângela da Silva, Luiz Carlos Pereira Nunes, Antônia Rodrigues da Silva, Angela Rodrigues da Silva Bento, Juraci Rodrigues da Silva Repres. P/ Marcos Antônio da Silva, Sebastião Rodrigues da Silva Repres. P/ Antônia Rodrigues da Silva, Benedito Caetano da Silva, Maria Divina da Silva Espólio, nos Autos do Inventário de nº 801864-53.2016.8.12.0007 em que contende com Estado de Mato Grosso do Sul.

Conforme relatado, trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de isenção de ITCD nos seguintes termos, (f. 273):

> *"(...) Com razão a Fazenda Pública Estadual em sua manifestação de f.189-190, pois as fotografias de f. 163-174 deixam claro que nenhuma pessoa mora no local, seja pela falta de móveis na residência, seja pela sujeira e entulhos constantes no local.*
>
> *Portanto, considerando que o imóvel não é destinado à moradia de herdeiro, indefiro o pedido de isenção de ITCD.*
>
> *Portanto, concedo nova oportunidade ao inventariante para que, em 30 dias, comprove o recolhimento do ITCD.*
>
> *Após, comprovado o recolhimento, dê-se nova vista à Fazenda Pública para manifestação, em 10 dias. Intimem-se. Às providências. Cassilândia-MS, 24 de maio de 2018. Flávia Simone Cavalcante Juiz(a) de Direito".*

Pois bem, faremos referência a legislação em apreço e às provas e manifestações contidas nos autos para avaliarmos os requisitos necessários à concessão da decisão de suspensão da decisão agravada.

Trata-se de agravo de instrumento em processo de inventário em que foi deferida a justiça gratuita (p. 36), todavia, o magistrado de primeiro grau entendeu que o único imóvel objeto do processo não é destinado à moradia de herdeiro e, por isso, indeferiu o pedido de isenção de ITCD.

O ITCD possui a seguinte estrutura jurídica: regra de competência no artigo 155, I da CF, Constituição stadual no artigo 150, I e Lei Ordinária nº 1.810 de 22 de dezembro de 1997.

Para a aplicação da norma tributária, conforme a doutrina de Geraldo Ataliba, deve haver a correta subsunção do fato imponível à hipótese de incidência tributária.

O caso apresentado no processo de origem indica a subsunção dos fatos à incidência do ITCD, por ocasião da transmissão causa mortis.

Dispõe a Lei nº 1.810/97, sobre os tributos de competência do Estado:

"TÍTULO III

DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS - ITCD

CAPÍTULO I

DO FATO GERADOR E DA INCIDÊNCIA DO ITCD

Art. 121. O Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação de quaisquer bens ou direitos - ITCD incide sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos.

§ 1º Considera-se doação qualquer ato ou fato em que o doador, por liberalidade, transmite bens, vantagens ou direitos de seu patrimônio, ao donatário que os aceita, expressa, tácita ou presumidamente, incluindo-se as doações efetuadas com encargos ou ônus.

§ 2º Entende-se como quaisquer bens ou direitos, os bens imóveis e os direitos a ele relativos, os móveis, tais como, os semoventes, mercadorias e qualquer parcela do patrimônio que for passível de mercancia ou de transmissão, mesmo que representados por títulos, ações, quotas. Certificados, registros ou qualquer outro bem ou documento, assim como dinheiro, haver monetário em moeda nacional ou estrangeira e título que o represente, depósito bancário e crédito em conta corrente, deposito em caderneta de poupança e a prazo fixo, quota ou participação em fundo mútuo de ações, de renda fixa, de curto prazo, e qualquer outra aplicação financeira e de risco, seja qual for o prazo e a forma de garantia.

§ 3º A transmissão de propriedade ou domínio útil de bem imóvel e direito a ele relativo, situado no Estado, sujeita-se ao imposto, ainda que o respectivo processo de transmissão ocorra fora do território do Estado de Mato Grosso do Sul, e, no caso de doação, ainda que o doador, donatário ou ambos tenham domicílio ou residência em outro Estado da Federação ou no exterior.

§ 4º As legítimas dos herdeiros, ainda que gravadas, sujeitam-se ao ITCD como se não o fossem.

§ 5º O ITCD é exigível também no caso de sucessão provisória.

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 pela renúncia ou falecimento do usufrutuário; (redação dada pela Lei nº 5.153, de 28 de dezembro de 2017)

V - na desigualdade de valores da partilha, como a decorrente de inventário, arrolamento, separação ou divórcio.

Art. 123. Considera-se ocorrido o fato gerador:

I - nas transmissões causa mortis e na instituição do fideicomisso, no último dia do mês posterior ao do óbito;

II - nas doações, na substituição do fideicomisso e nas demais hipóteses do artigo anterior, na data do recebimento do bem ou direito.

Parágrafo único. Havendo impossibilidade de se estabelecer a data exata para a fixação da ocorrência do fato gerador, deve-se tomar como válida aquela que:

I - nas transmissões causa mortis, corresponder à abertura sucessória;

II - nas doações, corresponder ao primeiro dia do ano civil em que o donatário recebeu a posse ou o direito sobre a coisa doada.

Art. 124. Ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários, mesmo que o bem ou direito, objeto da tributação, seja indivisível.

(...)

Art. 126. São isentas do ITCD:

I - as doações de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), observado, no caso de doações sucessivas, o disposto nos §§ 1º ao 3º deste artigo;

II - as transmissões causa mortis de bem imóvel:

a) sendo rural, sua área não ultrapasse o módulo da região e seja destinado aos herdeiros;

b) sendo urbano, apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizada como habitação dos herdeiros;

III - as transmissões causa mortis de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

§ 1º No caso de doações sucessivas, a isenção prevista no inciso I do caput deste artigo não se aplica àquelas que ocorrerem após os valores das doações anteriores, que, somados, atingirem o limite nele estabelecido, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo.

> *§ 2º Para efeito do § 1º deste artigo:*
>
> *I - são sucessivas, quando mais de uma, as doações entre o mesmo doador e o mesmo donatário, realizadas no período de doze meses;*
>
> *II - o período de doze meses a que se refere o inciso I deste parágrafo inicia-se, conforme o caso:*
>
> *a) na data da ocorrência de primeira doação, em valor inferior ao limite; ou*
>
> *b) na data da primeira doação, em valor inferior ao limite, que ocorrer após o encerramento de período anterior em que tenham sido feitas doações sucessivas.*
>
> *§ 3º Nos casos em que, nas doações sucessivas, para atingir o limite previsto no caput deste artigo, depender de parcela do valor da doação subsequente, o imposto relativo a essa doação será devido sobre o valor que exceder essa parcela.*
>
> *§ 4º O limite previsto nos incisos I e III do caput deste artigo aplica-se em relação a cada doação ou transmissão causa mortis, independentemente de quantos forem os herdeiros, os legatários ou os donatários". Com destaque.*

Os fatos e documentos constantes nos autos apontam para a incidência do ITCD e não ocorrência da norma de isenção porque ao contrário do que alega o agravante, não ficou comprovado que qualquer dos herdeiros reside no local.

A aplicação da norma de isenção para o imóvel urbano exige que o imóvel apresente construção popular e seja utilizada como habitação dos herdeiros, o que não restou provado nos autos.

Os agravantes alegam que o imóvel é utilizado como residência do herdeiro Marco Antonio da Silva, alegando que este assim se apresentou na ocasião da diligência do Sr. Oficial de Justiça (f. 244).

Não houve a juntada de qualquer outro tipo de documento que comprovasse que o Sr. Marco Antonio da Silva esteja residindo no imóvel.

Diante do Auto de Constatação (f. 244-256) a Procuradoria-Geral do Estado se manifestou (f. 271-272) concluindo que não havia sinais de ocupação do imóvel e o ITCD seria devido.

Os agravantes informam que o herdeiro Marco Antonio da Silva reside no referido imóvel mas que padece de desarranjo quanto à higiene e organização do local e que tal fato poderia ser de outra forma provado nos autos, todavia, não houve tal comprovação.

Destaque-se que o agravante Marco Antonio da Silva apresenta em sua qualificação a qualidade de agente público, entretanto sem especificar o seu respectivo ofício. Não houve qualquer outro documento juntado aos autos que possa assegurar as argumentações dos recorrentes.

Enfim, os documentos juntados pelo agravante não corroboram com as suas alegações e com os demais documentos e provas acostados aos autos.

Diante do exposto, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a decisão objurgada.

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1406508-40.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE – PROTEÇÃO AOS DIREITOS URBANÍSTICOS, AMBIENTAIS E CONSUMERISTAS – INDISPONIBILIDADE DE BENS – POSSIBILIDADE – APOSENTADORIA – NATUREZA ALIMENTÍCIA – DECISÃO REFORMADA EM PARTE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Ação de tutela provisória objetivando a proteção de direitos urbanísticos, ambientais e consumeristas podem ser objeto de tutela provisória a fim de indisponibilizar bens para assegurar a reparação dos danos evidenciados nos autos.

Os proventos de aposentadoria constituem bens absolutamente impenhoráveis, de natureza alimentar, que devem ficar fora da abrangência da indisponibilidade de bens decretada pela medida cautelar antecessora de ação civil pública.

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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Mauro Melinsck e Claudelina Vicente Melinsck, nos Autos da Tutela Cautelar Antecedente de nº 0900245-46.2018.8.12.0001 em que contende Ministério Público Estadual.

Os recorrentes, em síntese, aduzem que:

São casados, possuem apenas os rendimentos de aposentadoria, sofreram bloqueio total dos bens por conta da ação de origem, inclusive dos proventos mensais para a manutenção da família, por isso, requerem o diferimento do pagamento das despesas e custas processuais para o final do processo;

Eram proprietários do imóvel rural de Matrícula 174.941 encerrada em 20/09/2017 com 19ha 0,24m2 desde 16/02/2001;

No final do ano de 2016 realizaram a venda de parte da propriedade referenciada, restando em seu poder a gleba maior denominada Área - 01;

Foram vendidas por contrato particular em 08/11/2016 cinco glebas, medindo aproximadamente 2ha600m2 cada, a saber: Área- 01-A para I. Oshita Empreendimentos Imobiliários (Matrícula 258.982); Área- 01-B para P&G Construções (Matrícula 258.983); Área- 01-C para Pedro Germano Abreu da Silva & Cia (Matrícula 258.984); Área- 01-D para Pedro Germano Abreu da Silva & Cia (Matrícula 258.985); e Área- 01-E para I. Oshita Empreendimentos Imobiliários e Pedro Germano Abreu da Silva & Cia (Matrícula 258.986);

O incidente de queimada relatado pelo Ministério Público ocorreu em 04/01/2018 na gleba Área-01-C para Pedro Germano Abreu da Silva & Cia (Matrícula 258.984);

O objeto do Inquérito Civil do Ministério Público apura os fatos ocorridos nas glebas Área- 01-C, Área- 01-D e Área- 01-E, que não se relacionam com os agravantes;

Constituíram sociedade com os empresários sócios da Pedro Germano Abreu da Silva & Cia para exploração imobiliária da Área 01 de Matrícula 258.981;

Os sócios da empresa constituída para a exploração da Área 01 decidiram suspender todo e qualquer ato social até a prestação de contas dos sócios administradores;

Sobreveio-lhes decisão em sede de tutela antecipada indisponibilizando os seus bens mesmo antes da individualização das condutas;

O objeto de investigação do Ministério Público são os imóveis 1-C, 1-D e 1-E de Pedro Germano Abreu da Silva & Cia. LTDA e I. Oshita Empreendimentos Imobiliários LTDA;

O MP destacou que a Polícia Militar Ambiental esteve no local em 12/01/2018 e constatou o loteamento clandestino nas áreas 1-C, 1-D e 1-E;

Não existe relação jurídica dos agravantes e as empresas adquirentes dos referidos lotes sob investigação;

Houve bloqueio indevido dos valores nas contas bancárias dos agravantes, alcançando até mesmo os proventos de aposentadoria;

Cumpriram a parte que lhes cabia da decisão agravada, contratando o outdoor, notificando o sócio para a prestação de contas e afirmando que na área de sua propriedade (Área – 01) não foi iniciada qualquer tipo de construção;

Não podem ser responsabilizadas pelos eventos realizados por terceiros em outras propriedades.

Por derradeiro, requerem o efeito suspensivo com o desbloqueio dos gravames que afetam as contas particulares e seus bens (f. 01-16).

Sobreveio decisão monocrática em 10/07/2018 (f. 197-206) recebendo o recurso em seu duplo efeito e, em especial, para determinar a suspensão da medida de indisponibilidade de bens sobre os proventos oriundos de aposentadoria dos agravados.

Houve pedido de reconsideração dos agravantes requerendo a liberação de outros bens (f. 212-499).

O agravado apresentou manifestação pugnando pelo parcial provimento do recurso para possibilitar apenas o desbloqueio, mês a mês, do valor à aposentadoria dos agravantes (f. 505-519).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Mauro Melinsck e Claudelina Vicente Melinsck, nos Autos da Tutela Cautelar Antecedente de nº 0900245-46.2018.8.12.0001 em que contende Ministério Público Estadual.

Conforme relatado, trata-se de recurso interposto contra a decisão em sede de tutela provisória que determinou, entre outros, a indisponibilidade dos bens dos agravantes.

A fim de melhor elucidar a questão controvertida, colaciono excerto da decisão atacada (f. 199-206 de origem):

> *"(...) Como visto, os fatos são robustos e os documentos juntados pelo Ministério Público revelam a provável ilegalidade dos loteamentos, gerando prejuízos ao meio ambiente e principalmente aos consumidores, adquirentes dos 80 lotes já comercializados, segundo dados na petição inicial às fls.4.*
>
> *Lembre-se que todo loteamento irregular causa gigantesco transtorno aos futuros moradores porque não há qualquer garantia de que naquele local existirá escola, creche, posto de saúde, transporte público, coleta de lixo, saneamento básico, obras que garantam o correto escoamento de águas pluviais, serviço de correios, adequado dimensionamento de vias públicas, áreas verdes, tudo isso para falar apenas dos transtornos individuais que cada um provavelmente sofrerá. Some-se a estes elementos, os danos ao meio ambiente propriamente dito. Repita-se, consta da inicial que uma das áreas é de preservação permanente.*
>
> *Se nada for feito, os danos possíveis tendem apenas a aumentar, pois os adquirentes dos imóveis poderão construir lá suas residências sem qualquer regulamentação, consolidando uma situação extremamente indesejada e contrária aos interesses públicos.*
>
> *Dito isto, é importante consignar que nem todos os pedidos do Ministério Público serão acolhidos neste momento inicial do processo, porque alguns atos específicos de publicidade lá requeridos serão desnecessários. A publicidade reclamada nos itens c.2 até o c.2.4 pode ser substituída pela colocação de outdoores nos dois loteamentos clandestinos, alertando da proibição judicial de negociação ou construção no local até a conclusão deste processo.*
>
> *Da mesma forma, a remoção imediata de moradores da área é ato muito contundente, que afeta terceiros sem que se saiba, exatamente qual é a situação de fato de cada um. Com efeito, nesta parte, o pedido do Ministério Público não merece acolhimento em sede de liminar.*
>
> *Por estes motivos, defiro parcialmente os pedidos liminares para:*
>
> *- determinar a averbação desta ação nas matrículas dos imóveis;*
>
> *- determinar que os requeridos interrompam imediatamente qualquer comercialização dos imóveis em questão, sob pena de multa de R$ 20.000,00 para cada imóvel negociado, em favor do adquirente do terreno;*
>
> *- determinar a retirada do material publicitário relativo ao loteamento clandestino, sob pena de multa de R$ 20.000,00 em favor do Fundo Estadual de Direitos Difusos;*

- determinar que se informe ao juízo a relação dos lotes já negociados, com os respectivos valores pagos e a receber, identificação dos imóveis e dos adquirentes, com a qualificação completa, juntando cópia dos respectivos contratos e demais documentos que o instruam, sob pena de multa de R$ 20.000,00 em favor do fundo estadual de direitos difusos. Prazo: 15 dias úteis;

- determinar que os requeridos paralisem qualquer benfeitoria que esteja sendo construída no local, sob pena de multa de R$ 50.000,00 em favor do fundo estadual de direitos difusos e de apreensão dos maquinários que estiverem sendo usados no momento da constatação por oficial de justiça, até decisão em contrário no processo;

- determinar que os terceiros, ocupantes, que eventualmente estejam construindo no local interrompam imediatamente suas obras, sob pena de apreensão dos maquinários e equipamentos que estiverem sendo usados no momento da constatação por oficial de justiça, até decisão em contrário no processo;

- determinar que os requeridos, sob pena de multa de R$ 20.000,00, coloquem pelo menos dois outdoores nos loteamentos alertando terceiros com seguintes dizeres: "Cuidado! Este loteamento é objeto de ação na justiça e está proibida qualquer construção no local. Processo nº 0900245-46.2018." Prazo: 15 dias.

- determinar ao Município que continue fiscalizando o local, informando nos autos sempre que encontrar qualquer ato de descumprimento à presente decisão judicial;

- determinar ao Município que não expeça qualquer alvará de construção ou habite-se enquanto o loteamento não for regularizado;

- decretar a indisponibilidade de bens dos requeridos, como garantia de indenização de eventuais prejudicados e de recomposição dos danos causados ao meio ambiente até o valor de R$ 500.000,00. Deverá o cartório proceder a indisponibilidade via Renajud,

Cadastro Nacional de Indisponibilidade de Bens Imóveis. A determinação ao Bacenjud foi feita nesta data, concedendo o prazo de 5 dias para o bloqueio. O cartório deverá retornar os autos ao gabinete após este prazo para conferência dos valores bloqueados;

- determinar que seja expedido mandado de constatação, para que seja feito o levantamento da situação atual do local, inclusive com a identificação fotográfica de obras construídas ou em construção e dos respectivos ocupantes. Estas pessoas que forem encontradas no local deverão ser cientificadas da presente decisão;

- determinar que seja oficiado à Águas Guarirobas e a Energisa para que não procedam a novas ligações nos imóveis que se encontrem nos loteamentos em questão. As ligações que eventualmente já existam não serão afetadas por esta decisão;

- determinar a publicação do edital prevista no artigo 94 do CDC. 2) Defiro a ampliação do prazo para aditamento da inicial (artigo 303, §1º, I do CPC) até o dia 08 de agosto de 2018. 3) Designo audiência de conciliação para o dia 12 de setembro de 2018, às 14h. Cite-se os requeridos para esta audiência. Se não houver autocomposição, o prazo da resposta será contado desta data (15 dias). Do mandado de citação deverá constar a advertência do artigo 304 do CPC (...)". Com destaque.

Conforme relatado, inicialmente houve o pedido e a consequente ordem de indisponibilidade dos agravados, juntamente com outros, na ação de origem em razão de indícios de loteamento clandestino.

Em verdade, verificou-se no início do processo de origem que as irregularidades, possíveis ilícitos urbanísticos, ambientais e consumerisatas estariam ocorrendo nas áreas 1-C, 1-D e 1-E.

Entretanto, considerando que o próprio agravado revelou que constituiu empresa (JP-MI Empreendimentos Imobiliários Ltda.) e realizou a venda de 15 lotes (f. 156-169 e 278-279) caracterizada está a exploração imobiliária pelos agravados em seu lote também, ao contrário do que alegara inicialmente.

Destaque-se que o bem jurídico tutelado nos autos de origem abrangem elementos urbanísticos, ambientais e consumeristas, sendo que os agravados esquiva-se inicialmente apenas de uma possível queimada irregular apurada pela Polícia Militar Ambiental.

Todavia, nos autos, existem elementos que apontam outras irregularidades ambientais e ilícitos civis e urbanísticos nos lotes Área 01; 1-A; 1-B; 1-C; 1-D e 1-E devendo, sob o crivo do devido processo legal, os responsáveis, responder com os bens indisponíveis até uma melhor conclusão do juiz de primeiro grau.

O que existe até o momento são indícios de ilícitos ambientais, urbanísticos e consumeristas apontados pelas respectivas autoridades administrativas (f. 278-370).

Destaca-se os compromissos de compra e venda como por exemplo o que fora juntado às páginas 280-285 onde os agravados transferem a posse a seus compradores, mesmo se tratando de empreendimento irregular perante a municipalidade.

Ocorrência lavrada pela autoridade policial (f. 296-297). Auto de infração e multa pela Prefeitura Municipal de Campo Grande (f. 339-351). Descaracterização da vegetação nativa da área de preservação permanente conforme constatação da Secretaria Municipal do Meio Ambiente (f. 352-368).

Em síntese, a área de propriedade dos agravados área 01 (Matrícula 258.981, com 09ha0, 264, f. 70-73) também constituí objeto de investigação de irregularidades.

Ainda que não tenha ocorrido nenhum ato de dilapidação dos bens, os elementos necessários à concessão de liminar ao pedido ministerial encontram-se presentes.

Neste sentido:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – FUMUS BONI IURIS PRESENTE – PERICULUM IN MORA IMPLÍCITO – RECURSO NÃO PROVIDO. Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, "a decretação de indisponibilidade de bens em Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa dispensa a demonstração de dilapidação ou a tentativa de dilapidação do patrimônio para a configuração do periculum in mora, o qual está implícito ao comando normativo do art. 7º. da Lei 8.429/92, bastando a demonstração do fumus boni juris, que consiste em indícios de atos ímprobo", que se verificou no caso em tela.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1404909-37.2016.8.12.0000, Amambai, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 24/10/2017, p: 27/10/2017)

Destaco também que, de igual forma, foi mantida a indisponibilidade dos outros envolvidos em recurso semelhante:

> *EMENTA – PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES – AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DAS PARTES – DESNECESSIDADE EM VISTA DA EXISTÊNCIA NA INICIAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE QUANTO AO PEDIDO DE AFASTAMENTO AGRAVO*

> *DE INSTRUMENTO DO DEVER DE RECOMPOSIÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE – ACOLHIDO – TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE – BLOQUEIO DE BENS – MANTIDO – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO. A tese de não conhecimento pela falta de qualificação das partes improcede, porquanto, embora o artigo 1.010, do Código de Processo Civil estabeleça que "A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá: I - os nomes e a qualificação das partes; (...)", faz-se necessário reconhecer que ambas as partes foram qualificadas na inicial, não se fazendo obrigatória a reprodução. Relativamente a ofensa ao princípio da dialeticidade, o recorrido afirma que o recorrente insurge-se contra o bloqueio de bens, mas seus fundamentos não atacam a determinação da decisão de "recomposição dos danos causados ao meio ambiente até o valor de R$ 500.000,00" (sic, f. 292), não obstante o seu pedido recursal seja também a alteração desta parte da conclusão de primeiro grau. Em atenção ao feito, verifico que efetivamente as razões trazidas no agravo de instrumento não se voltam contra a mencionada parte da decisão, deixando, assim, de apresentar razões que poderiam levar a alteração do entendimento proferido em primeira instância, em manifesta ofensa ao princípio da dialeticidade. Em um juízo de cognição sumária, tal como concluído em primeiro grau, também verifico que as razões e documentos acostados no feito de origem e neste, possibilitam a concessão da tutela antecipada, o que impede o acolhimento da pretensão dos recorrentes quanto ao desbloqueio dos bens pertencentes. Ressalvadas as circunstâncias do caso em exame, cabe a análise do recurso tão somente quanto ao argumento dos agravantes de que o bloqueio de conta corrente, através do sistema BacenJud, não apresenta urgência ou perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, porquanto ausente qualquer elemento probatório a demonstrar as suas situações financeiras beirando a insolvência, bem como de que os valores irão lhes fazer falta para desenvolvimento das suas atividades empresariais. Para acolhimento das teses de: necessidade das quantias para desenvolvimento das suas atividades empresariais; e, que inexiste qualquer elemento probatório a demonstrar as suas situações financeiras beirando a insolvência, faz-se obrigatória a comprovação dos recorrentes de que possuem outras atividades além da que se encontra imobilizada por determinação judicial, a depender das referidas quantias, além de que o montante do seu poder econômico é suficiente para garantir eventuais ressarcimentos pelo não desfecho do empreendimento imobiliário. Entretanto, na presente fase em que se encontra feito e os documentos trazidos nesta súplica, não possibilitam tais conclusões, tanto que deixam os requeridos de tratar sobre os mesmos. Outrossim, destaco que a decisão guerreada restou sem imediata alteração, mesmo quando da interposição do Agravo de Instrumento nº 1405434-48.2018.8.12.0000, perante este relator, pelo Ministério Público Estado, quanto ao seu pleito não atendido pelo Juízo de primeiro grau.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1405576-52.2018.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 08/08/2018, p: 10/08/2018)

Por isso, a manutenção da medida de indisponibilidade dos bens dos agravados deve ser mantida, com exceção à aposentadoria, tendo em vista o caráter alimentar conforme decisão monocrática que passa a ser ratificada em seus próprios termos (f. 197-206).

Outrossim, considerando os dispositivos legais, bastante prequestionados às f. 407-408, deve ser mantida a decisão de tutela de urgência de indisponibilidade dos bens dos agravados até que o processo permita ao magistrado de primeiro grau uma reavaliação dos fatos e das possíveis soluções.

Diante do exposto e, com o Parecer, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento, apenas para retirar da indisponibilidade de bens os valores percebidos como aposentadoria pelos agravados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial 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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1405565-23.2018.8.12.0000 - Coxim
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO ANUAL – RECONHECIDA – ARTIGO 206, § 1º, INCISO II, "B", DO CC – TERMO INICIAL – PAGAMENTO ADMINISTRATIVO DA INDENIZAÇÃO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ – OCORRIDA EM 2009 – ALTA MÉDICA DEFINITIVA – RECURSO PROVIDO.

O artigo 206, § 1º, inciso II, "b", do Código Civil, preconiza que o prazo prescricional da ação de cobrança de seguro em grupo é de um ano, o que é corroborado pela Súmula 101, do STJ. Conjugando as Súmulas 278 e 229 do STJ, tem-se que a contagem do prazo prescricional tem início a partir da ciência inequívoca da incapacidade laboral, sendo que o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.

No caso, a seguradora efetuou o pagamento de quantia indenizatória em 14.01.2010, data a partir da qual iniciou-se a contagem do prazo prescricional, findo em 14.01.2011. A ação, porém, ingressou apenas em 1º.10.2015, estando fulminada pela prescrição. A alegação de que a consolidação da incapacidade só ocorreu posteriormente não se sustenta, pois consta parecer médico de alta definitiva em 2009, sem qualquer documento que comprove tratamento posterior.

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, 7 de agosto de 2018.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Bradesco Vida e Previdência S.A. interpõe o presente agravo de instrumento, com efeito suspensivo, em face de Carlos Rocha de Arruda, irresignado com a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Coxim, que não acolheu a preliminar de prescrição arguida, dando prosseguimento à Ação de Cobrança de Indenização Securitária nº 0802001-57.2015.8.12.0011.

O agravado ajuizou a ação de origem a fim de obter o pagamento da indenização securitária prevista para invalidez permanente por acidente, tendo em vista o seguro contratado junto à agravante, por via da estipulante Fundação Habitacional do Exército – FHE.

Afirmou que sofreu dois acidentes, primeiro em 18 de julho de 2008, quando lesionou o tornozelo e o segundo, em 04 de outubro de 2008, quando andava de moto e se envolveu em um acidente de trânsito, fraturando o punho direito. Diante disso, diz estar inválido para o exercício da atividade castrense e quer o pagamento da indenização securitária que entende fazer jus.

Contudo, a seguradora agravante suscita prejudicial de mérito de prescrição do direito do agravado com relação ao segundo acidente, ocorrido em 04 de outubro de 2008, haja vista que efetuado o pagamento administrativo referente à lesão do punho direito do agravado, nos termos da apólice, em 14 de janeiro de 2010. Assim, constatada à época a invalidez, ter-se-ia operado a prescrição, uma vez decorrido o prazo de um ano entre o pagamento administrativo e o ajuizamento da ação. Assim, requer o provimento do recurso, para reconhecimento da ocorrência de prescrição.

O Recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 55-57).

Em contraminuta (f. 59-67), o agravado argui, preliminarmente, inadmissibilidade recursal, pois o agravo não se enquadraria em qualquer das hipóteses do artigo 1.015, do Código de Processo Civil. No mérito, rechaça as alegações recursais, sustentando que realizou longo tratamento médico, conforme faria prova o laudo médico juntado nos autos, datado de 02.10.2014. Assim, como a ciência inequívoca da invalidez ter-se-ia dado apenas posteriormente, não haveria falar-se em prescrição, razão pela qual pugna pelo desprovimento do Recurso.

A agravante manifestou-se quanto à preliminar arguida (f. 71-76), requerendo seu afastamento.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

A preliminar arguida pelo agravado não merece prosperar.

De efeito, o recurso subsume-se ao disposto no artigo 1.015, inciso II, do Código de Processo Civil, que dispõe caber agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre mérito do processo.

Nesse sentido, o artigo 487, inciso II, do mesmo diploma legal, assenta claramente que se trata de pronunciamento atinente ao mérito aquele por meio do qual o juiz decide, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição.

Ademais, evidente que constituiria afronta aos princípios da economia e celeridade processual, bem como da razoável duração do processo, postergar a apreciação quanto a ocorrência de prescrição para eventual recurso de apelação, após toda a instrução probatória, que restaria inócua e infrutífera caso acolhida a arguição.

Por essas razões, rejeito a preliminar arguida.

Do mérito recursal

Diante dos argumentos esposados pelo agravante, entendo que possuem o condão de suplantar os fundamentos lançados na origem, tendo em vista que efetivamente caracterizada a prescrição da pretensão.

De efeito. Consoante dispõe o artigo 206, § 1º, inciso II, “b”, do Código Civil, o prazo prescricional da ação de cobrança de seguro em grupo é de um ano, o que é corroborado pela Súmula 101, do Superior

Tribunal de Justiça, ao dispor que *"A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano"*.

Conjugando as Súmulas 278 e 229 do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que a contagem do prazo prescricional tem início a partir da ciência inequívoca da incapacidade laboral, sendo que o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.

Assim, a questão é que, ao efetuar o pedido administrativo de pagamento de seguro em razão de invalidez parcial e permanente, obviamente o segurado está ciente da invalidez, de forma que, a partir da resposta da seguradora – de negativa de cobertura ou de concessão parcial da indenização securitária – é que começa a correr o prazo prescricional ânuo.

Nesse sentido, observa-se pelo comprovante de f. 50 que a seguradora efetuou o pagamento de quantia indenizatória em 14 de janeiro de 2010, data a partir da qual iniciou-se a contagem do prazo prescricional, findo em 14 de janeiro de 2011. A ação, porém, ingressou apenas em 1º de outubro de 2015, estando fulminada pela prescrição.

A alegação de que a consolidação da incapacidade só ocorreu posteriormente não se sustenta, tendo em vista que consta registro de alta definitiva em 28 de setembro de 2009 (f. 48). Além disso, os laudos médicos de f. 31-32, a despeito de serem de 2014, apenas relatam a entorse de tornozelo esquerdo e a fratura intra-articular cominutiva de punho direito sofridos pelo autor, bem como os tratamentos a que foi submetido, porém em momento algum registram a época em que ditos tratamento foram realizados e concluídos.

Há de prevalecer, portanto, a data dos respectivos prontuários, tendo em vista que, ressalto, não há documento médico que comprove a continuação de tratamento até outubro de 2014, que justificasse o ajuizamento da ação apenas em outubro de 2015, sendo que os documentos juntados pelo autor não tem o condão de demonstrar que a data da finalização do tratamento tenha sido diversa daquela descrita como de alta definitiva.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça corrobora o quanto esposado acima:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRAZO PRESCRICIONAL – SÚMULA 101/STJ – TERMO INICIAL – SÚMULA 229/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *Com a edição da Súmula 101/STJ, ficou pacificado que a ação do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano, a contar da data em que o segurado teve ciência inequívoca de sua incapacidade, e que o pedido administrativo do pagamento de indenização à seguradora apenas suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão (Incidência da Súmula 229/STJ) (...) (*STJ - AgRg no AREsp 511.560/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 05/03/2015).

Também esta Câmara Cível já esposou recentemente o mesmo entendimento em caso semelhante, *in verbis*:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – PRESCRIÇÃO ANUAL – ART. 206, § 1.º, INCISO II, ALÍNEA "B", DO CC – TERMO INICIAL – PAGAMENTO ADMINISTRATIVO DA INDENIZAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

> *Nos termos do artigo 206, § 1º, inciso II, alínea "b", do Código Civil, a pretensão de cobrança de indenização de seguro de vida em grupo prescreve em 01 ano (Súmula 101, STJ), iniciando a sua contagem da data em que o beneficiário teve ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula 278, STJ), ficando suspenso o prazo até a recusa da cobertura feita administrativamente (Súmula 229, STJ). O termo inicial da prescrição, no caso, é a data do pagamento administrativo da indenização por invalidez permanente e parcial, momento que o segurado teve ciência de sua incapacidade. Comprovado que o pagamento na esfera administrativa ocorreu em 14/03/2007 e sendo a ação proposta em 04/07/2017, impõe-se o acolhimento da prescrição, porquanto transcorrido lapso superior a 01 ano.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1401423-73.2018.8.12.0000, Corumbá, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 27/03/2018, p: 28/03/2018)

Ora, por quaisquer ângulos que se observe a questão posta e diante da jurisprudência consolidada acima transcrita, impõe-se acolher a pretensão recursal e reconhecer a ocorrência de prescrição do feito.

Ante o exposto, dou provimento ao presente agravo de instrumento, para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão originária. Por conseguinte, com fundamento no artigo 487, II, do Código de Processo Civil, julgo extinta, com resolução de mérito, a ação de cobrança de indenização securitária em tela. Custas pelo autor. Condeno-o, ainda, com fundamento no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, no pagamento de honorários advocatícios em favor do advogado do requerido, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa. O pagamento de referidas verbas fica suspenso, nos termos do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

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. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0829416-45.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL – MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA – DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRINCIPAL – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DEVER DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR – EXIBIÇÃO DE CONTRATO E OU DECLARAÇÃO É DEVIDA – EM TENDO O RÉU DADO CAUSA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DEVE SUPORTAR OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – AUSÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – MULTA PROCESSUAL NÃO DEVIDA – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS – PEDIDO NÃO CONHECIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 28 de agosto de 2018.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S.A. contra a sentença proferida pelo Juízo da 18ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de medida cautelar de exibição de documentos movida por Cleomar Soares Rodrigues, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de determinar ao ora apelante, que "apresente, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, o item 03, do documento de f. 16 – cópia da autorização para desconto do valor de R$ 280,83 em conta do autor", bem como condenou a instituição financeira no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios no importe de R$ 500,00.

Em suas razões, o apelante aduz que a inicial é inepta, uma vez que o apelado, ao manejar a medida cautelar de origem, não apontou qual a ação principal a ser proposta no prazo de 30 dias, consoante determinaria o artigo 806, do Código de Processo Civil. Aduz que não praticou qualquer ato ilícito, pois teria agido em exercício regular de direito. Assevera que, como não deu causa ao ajuizamento da ação, não pode ser condenado no pagamento das custas processuais. Afirma que, por não ter se recusado a fornecer os documentos solicitados pela parte adversa, não pode ser condenado no pagamento dos honorários advocatícios ao patrono do apelado.

Em contrarrazões de f. 211-219, o apelado requer:

> *"(...) seja reformada a r. sentença para determinar a imediata apresentação dos documentos requeridos às f. 16 e 156 haja vista o autor ser parte contratual a teor do art. 399 III do NCPC, bem como se tratar de um direito garantido constitucionalmente (direito à informação)" (sic – f. 219).*

No mais, pugna pelo desprovimento do recurso e também pela majoração dos honorários advocatícios e condenação da parte adversa em multa processual por litigância de má-fé.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Primeiramente, o apelante aduz que a inicial é inepta, uma vez que o apelado, ao manejar a medida cautelar de origem, não apontou qual seria a ação principal a ser proposta no prazo de 30 dias, conforme dispunha o artigo 806, do CPC/1973.

Referida questão preliminar não merece prosperar.

Analisando-se a petição inicial é possível concluir-se que não se trata de ação cautelar antecedente, mas sim de medida cautelar com vistas à exibição de documentos que, em tese, deveriam estar em poder da instituição financeira.

Trata-se, portanto, de medida cautelar satisfativa, que independe de ajuizamento de ação principal. No mesmo sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR INOMINADA – PLANO DE SAÚDE – INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DE URGÊNCIA – MEDIDA SATISFATIVA – DISPENSABILIDADE DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*
>
> *Mantém-se a sentença que confirmou a liminar e julgou procedente a cautelar, extinguindo o processo, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil. É admissível, de forma excepcional, ação cautelar satisfativa, como no caso da presente demanda em que se pretende a garantia da saúde e/ou da vida, com deferimento de liminar de cunho satisfativo, que dispensa o ajuizamento de outra demanda (ação principal). A ausência de ajuizamento de ação principal adequada não deve levar à extinção da ação cautelar, quando esta, por si só, esgota a prestação jurisdicional que se buscaria com a propositura daquela.* (TJMS. Apelação nº 0807003-12.2014.8.12.0021. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins. Julgamento: 04.07.2017).

Assim, não vislumbro a ocorrência da alegada inépcia da inicial, razão pela qual afasto a preliminar arguida.

No mérito, tenho que o recurso não merece provimento.

Isso porque, ao contrário do aduzido na apelação, o apelante não agiu em exercício regular de direito, pois, em se tratando de documento comum às partes (art. 844 do CPC/1973 e 399 do CPC/2015) e por versar a lide sobre relação consumerista, a instituição financeira tem o dever de fornecer as informações requeridas pelo consumidor, nos termos dos dispositivos legais supracitados e do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Em igual sentido é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – PRELIMINARES – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, ESTA ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS À EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – DOCUMENTO COMUM ÀS PARTES – DEVER DO RÉU EM APRESENTÁ-LO – PRETENSÃO RESISTIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *I – Descabe falar em falta de interesse processual quando a parte é cliente do agente financeiro e pretende ter acesso aos contratos com este firmados, assim como aos demais documentos correlatos às negociatas em comento.*
>
> *II – Se o apelante combate os principais fundamentos da sentença, não há ofensa ao princípio da dialeticidade.*
>
> *III – Por ser o documento, cuja exibição se pretende, comum às partes, é dever do réu exibi-lo.*
>
> *IV – A existência de prévia solicitação administrativa, não atendida, constitui resistência à pretensão deduzida, devendo suportar os ônus da sucumbência aquele que deu causa à propositura da demanda, consoante o princípio da causalidade.* (TJMS. Apelação nº 0818056-21.2012.8.12.0001. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento: 10.07.2018).

Assim, no mérito, o apelo é desprovido de fundamento, pelo que deve ser desprovido.

Os pedidos alternativos do recorrente, de não ser condenado no pagamento de custas recursais, por supostamente não ter dado causa ao ajuizamento da ação; e de não ser compelido ao pagamento de honorários advocatícios, por ter fornecido os documentos solicitados pela parte adversa, não merecem provimento.

É evidente que o apelante deu causa à propositura da lide, pois, mesmo instado, administrativamente, a fornecer o(s) documento(s) objeto(s) da demanda (f. 16), quedou-se inerte, o que deu ensejo à lide ora julgada.

Mais, ao menos o documento relativo à autorização dos descontos em sua conta bancária ainda não fora exibido pelo banco, o que ensejou, inclusive, a procedência parcial do pedido, conforme consta na sentença. Assim, diversamente do alegado, o apelante não forneceu todos os documentos pleiteados na inicial, sendo que deve, portanto, suportar os ônus sucumbenciais, nos termos em que dispostos na sentença recorrida. Assim vem decidindo este E. Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – PRETENSÃO RESISTIDA – ENCARGO ATRIBUÍDO AO RÉU – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*
>
> *Evidenciado nos autos que a apresentação dos documentos solicitados pelo réu ocorreu somente na contestação e, ainda, de forma parcial, resta caracterizada a pretensão resistida, mormente comprovado nos autos que o autor requereu administrativamente a exibição destes documentos e não foi atendido em seu pedido, de modo que a requerida sucumbente deverá arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.* (TJMS. Apelação nº 0802116-71.2016.8.12.0002. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Julgamento: 25.07.2018).

Dessa feita, o recurso da instituição financeira deve ser integralmente desprovido.

Por sua vez, em contrarrazões recursais, o apelado requer:

> *"(...) seja reformada a r. sentença para determinar a imediata apresentação dos documentos requeridos às f. 16 e 156 haja vista o autor ser parte contratual a teor do art. 399 III do NCPC, bem como se tratar de um direito garantido constitucionalmente (direito à informação)" (sic – f. 219).*

Referido "pedido", por óbvio, não deve sequer ser conhecido, posto que descabido, tendo em vista que foi formulado em sede de contrarrazões ao recurso ofertado pela parte adversa. Se há ou havia irresignação do autor (ora apelado) com o decidido na sentença, deveria ter manejado o recurso próprio, no prazo legal. Como não o fez, não há sequer como analisar referido pedido.

Assim, não conheço do requerimento do apelado, quanto ao mérito da apelação, feito em sede de contrarrazões recursais.

O apelado requer, ainda, a condenação da parte adversa em multa processual por litigância de má-fé.

Referido pedido deve ser indeferido.

Não há comprovação de que a instituição financeira tenha agido de má-fé, ou seja, não há qualquer evidência de que sua conduta se enquadre em quaisquer dos comportamentos descritos nos incisos do artigo 80, do Código de Processo Civil.

Ademais, também não vislumbro ser o presente recurso protelatório, eis que a parte, ao manejar a apelação, nada mais fez que se valer de seu direito ao duplo grau de jurisdição, garantido constitucionalmente.

Assim, indefiro o pedido de condenação da instituição financeira por litigância de má-fé.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Banco do Brasil S.A. para o fim de rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida em seus termos.

Nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, condeno o apelante no pagamento de honorários recursais no importe de R$ 200,00, a serem pagos aos patronos do apelado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram 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. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 28 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0805097-50.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO À MANUTENÇÃO DOS OCUPANTES IRREGULARES NA POSSE DO IMÓVEL – POSSE ILÍCITA E CLANDESTINA, EM IMÓVEL PÚBLICO, NÃO SE CONVALIDA NEM AUTORIZA QUALQUER PROTEÇÃO POSSESSÓRIA – NÃO HÁ SE FALAR EM CERCEAMENTO DE DEFESA SE QUAISQUER DAS PROVAS REQUERIDAS PELOS RÉUS NÃO TÊM O CONDÃO DE ALTERAR A CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA DE OCUPAÇÃO IRREGULAR DO BEM – A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO EQUIVALE A MERA DETENÇÃO, QUE JAMAIS SE CONVALIDA EM POSSE, DO QUE DECORRE NÃO HAVER QUALQUER DIREITO À RETENÇÃO DE BENFEITORIAS OU INDENIZAÇÃO EM RELAÇÃO ÀQUELAS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de apelações interpostas por Rubens Fabricio da Silva Ferreira e Almiron Miranda Santos contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas nos autos de ação de reintegração de posse c/c demolição, ajuizada por Município de Três Lagoas, que julgou procedente o pedido inicial, para o fim de determinar a reintegração do ente público na posse do lote nº 03, da quadra nº 103, compreendido na transcrição de nº 3.149, do CRI local, bem como para deferir a demolição das edificações existentes no local, no prazo de 60 dias, contados da data do trânsito em julgado da sentença.

Os apelantes pugnam pela reforma da sentença, arguindo, primeiramente, que teria havido cerceamento de defesa, pois o juízo *a quo* prolatou sentença sem ter deferido as provas requeridas (depoimento pessoal, prova testemunhal, juntada de documentos e perícia técnica para apuração dos valores das benfeitorias); ponderam que as provas seriam necessárias para provar que eles apelantes estavam na posse do imóvel há 14 anos, e o tinham adquirido de terceiro há mais de 11 anos (portanto, não se trataria de posse nova). Arguem, ainda, a preliminar de ausência de interesse processual, ao argumento de que o Município não teria comprovado ser o proprietário do imóvel em questão, posto que o documento acostado a f. 7-8 dos

autos refere-se a uma área de 3.665 hectares, pelo qual não é possível determinar se o lote ocupado por eles recorrentes pertence mesmo ao apelado, haja vista que "*a transcrição imobiliária não individualiza o imóvel em testilha*" (*sic*).

No mérito, pugnam pelo julgamento improcedente do pedido inicial, aduzindo que estão no imóvel há 14 anos e que a pessoa de quem compraram o lote, de nome Nelson, que havia prometido a escrituração do bem, estava no imóvel há muitos anos. Assevera que não pode ser-lhes lançada a pecha de invasores de imóvel público. Afirmam que no local está edificada a residência deles recorrentes e um pequeno bar, de onde retiram o sustento. Alegam que são possuidores de boa-fé. Alternativamente, requerem seja reconhecido o direito à retenção das benfeitorias erigidas no imóvel, com o pagamento de indenização relativa às edificações que constam no lote.

O apelado pugna pelo desprovimento do recurso (f. 289-293).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Os apelantes arguem, primeiramente, a preliminar de cerceamento de defesa, pois o Juízo *a quo* prolatou sentença sem ter deferido as provas requeridas (depoimento pessoal, prova testemunhal, juntada de documentos e perícia técnica para apuração dos valores das benfeitorias); ponderam que as provas seriam necessárias para provar que eles apelantes estavam na posse do imóvel há 14 anos, e o tinham adquirido de terceiro há mais de 11 anos (portanto, não se trataria de posse nova). Arguem, ainda, a preliminar de ausência de interesse processual, aduzindo que o Município não teria comprovado ser o proprietário do imóvel em questão, posto que o documento acostado a f. 7-8 dos autos refere-se a uma área de 3.665 hectares, pelo qual não é possível determinar se o lote ocupado por eles recorrentes pertence mesmo ao apelado, haja vista que "*a transcrição imobiliária não individualiza o imóvel em testilha*" (*sic*).

Referidas preliminares confundem-se com o próprio mérito recursal, e com eles serão analisadas.

Em análise do processado, concluo que o recurso, no mérito, deve ser desprovido.

Isso porque, nada obstante os apelantes tenham dito o contrário, o fato é que tomaram posse de área de domínio público, inalienável e imprescritível, sem justo título.

No caso dos autos, é de bom alvitre ponderar que o direito de sequela é direito que socorre o proprietário, lhe conferindo a opção de ir buscar a coisa onde e em poder de quem se encontrar. Decorre daí a faculdade do proprietário recuperar a coisa. Escuda-se no direito de propriedade para reivindicar a coisa do possuidor não proprietário, que a detém indevidamente, por meio de ação real. Tal é o sentido da norma insculpida no artigo 1.210 do Código Civil, aplicável à hipótese, que dispõe:

> *Art.1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado;*

A certidão imobiliária juntada a f. 7-8, que certifica que o Município de Três Lagoas é proprietário de área de 3.665 hectares desde o ano de 1939, na qual foram edificados prédios pelos recorridos, efetivamente comprova a propriedade do Município sobre o imóvel. A planta de f. 12 demonstra a realidade física do imóvel que pertence à municipalidade; assim também as fotografias juntadas a f. 14-16, que demonstram não só a realidade física do imóvel, como também evidenciam suficientemente a invasão ocorrida. Não é necessário, logicamente, que o Município desmembre ou detalhe qual a área invadida pelos Recorridos

ou por terceiro que teria passado a posse do imóvel àqueles, se é proprietário de área maior, na qual está contido o(s) lote(s) objeto do litígio. Daí se concluir que a alegada ausência de interesse de agir, arguida como preliminar, é desprovida de fundamento.

Por tratar-se de área institucional como expressamente consta na matrícula imobiliária, ou seja, que ao menos em princípio não se destinou e não se destinava a cessão ou venda a particulares, está suficientemente demonstrado que não haveria qualquer autorização do Município, nem mesmo precária ou tácita, para que terceiros, particulares (sejam os recorridos ou outros, anteriormente), ocupassem qualquer porção do imóvel. Essa ocupação evidentemente é irregular, ilegal e clandestina.

Há demonstração suficiente de ter havido invasão de imóvel público, o que é evidentemente ilegal; os invasores, anteriores ou atuais, ofendem o direito de toda a coletividade, já que o imóvel de propriedade da municipalidade pertence, vale dizer, a todos os munícipes, a todos os que pagam os impostos, a todos os que prestigiam a lei, a ordem e o bem público.

O imóvel público não é passível de posse por terceiros. Assim, mesmo que eventualmente os ocupantes estejam no imóvel há muito tempo, e a posse lhe tenha sido passada por terceiro particular que, obviamente, não detinha o domínio do imóvel, é possível e necessária a restituição do Município apelado na posse daquele. Isso porque nem a prova de a posse dos ora recorrentes ser mansa, pacífica e de boa-fé tem o condão de convalidar tal posse, uma vez que se trata de bem público, sobre o qual não se opera a prescrição aquisitiva. Por essa razão é que se conclui que não ocorreu, na hipótese, qualquer cerceamento de defesa, pois a produção de qualquer prova que não a contida nos autos não teria o condão de provar que os apelantes detém posse legítima sobre bem público, pois esta, salvo raras exceções, não pode ser oposta ao ente público por aqueles que mantenham indevidamente referida posse, que é ilegal e clandestina.

Como já anotado, os bens públicos são insuscetíveis de posse por particular; a entrada e ocupação dos imóveis por particulares constitui esbulho, o que ofende não só a posse e propriedade do município como, repita-se, afeta negativamente o direito social de toda a comunidade de Três Lagoas.

Em verdade, os recorrentes mantinham mera detenção sobre o bem público, que jamais se convalida em posse legítima do bem, muito menos em domínio daquele.

No mesmo sentido do acima esposado é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO – DETENÇÃO – AUSÊNCIA DE POSSE – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *Embora a função social seja base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a ocupação por particular de um bem público é caso de mera detenção e não posse, sendo cabível a retomada deste a qualquer tempo.* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410128-94.2017.8.12.0000. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. Julgamento: 24.01.2018).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – FAIXA DE DOMÍNIO DE FERROVIA FEDERAL – LEI Nº 6.766/79 – ÁREA NÃO EDIFICÁVEL – SEGURANÇA DO TRÁFEGO E DAS PESSOAS – PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *O conjunto probatório produzido nos autos evidencia que o apelante edificou junto a linha férrea, exercendo a posse clandestina de bem público, não podendo ser*

considerada tal posse justa e de boa-fé, havendo mera detenção. (TJMS. Apelação nº 0001254-37.2010.8.12.0005. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relatora: Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. Julgamento: 25.04.2017).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – MERA DETENÇÃO – INDENIZAÇÃO RELATIVA ÀS BENFEITORIAS REALIZADAS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

O ente público não necessita evidenciar o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade para ser reconhecida sua posse anterior, haja vista que, em se tratando de bem público, há uma vinculação jurídica da coisa com a finalidade pública, o que se denomina de posse jurídica, a qual inviabiliza a aquisição da posse por particular. Segundo entendimento pacífico do STJ, havendo mera detenção não há como se reconhecer o direito à indenização por benfeitorias. (TJMS. Apelação nº 0800777-20.2016.8.12.0021. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva. J.: 25.04.2017).

Convém ressaltar, ainda, que não há se falar em direito de retenção pelas benfeitorias realizadas no imóvel, como requerido alternativamente pelos apelantes, eis que mera detenção não gera referido direito aos detentores. Em igual sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – MÉRITO – BEM PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – MERA DETENÇÃO – PEDIDO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – INOVAÇÃO RECURSAL – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO.

Não se configura cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de determinada prova, dada a existência nos autos de elementos suficientes para sua convicção. Em decorrência da previsão do artigo 183, § 3º, da Constituição da República, o particular jamais pode exercer poderes de propriedade em relação aos imóveis públicos, já que eles não podem ser objeto de prescrição aquisitiva (usucapião). Não se conhece de parte do recurso que trata sobre matéria não deduzida em primeiro grau, por tratar-se de inovação em sede recursal. Como se trata de ocupação irregular de bem público, deve ser ela tratada como mera detenção e não como posse, e não há que se reconhecer efeitos possessórios, nem mesmo o direito à indenização por benfeitorias. (TJMS. Apelação nº 0039017-16.2012.8.12.0001. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcelo Câmara Rasslan. Julgamento: 30.01.2018).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE POSSE – ATOS DE MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA QUE NÃO INDUZEM POSSE – INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – INDEVIDA – RECURSO PROVIDO.

Na esteira do Superior Tribunal de Justiça, a ocupação de imóvel público, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas mera detenção, assim como não gera direito à indenização por benfeitorias. (TJMS. Apelação nº 0800026-24.2016.8.12.0024. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Eduardo Machado Rocha. Julgamento: 14.11.2017).

Assim, é o caso de manutenção da sentença, do que decorre o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação aviado por Rubens Fabricio da Silva Ferreira e Almiron Miranda Santos para o fim de negar-lhe provimento, e manter a sentença recorrida em seus termos.

Com base no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, condeno a apelante no pagamento de honorários recursais no importe de 5% sobre o valor atualizado da causa. Todavia, suspendo a exigibilidade do respectivo pagamento, na forma do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Agravo Interno nº 0801717-82.2016.8.12.0021/50000 - Três Lagoas
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – MESMO ENTE PÚBLICO – POSSIBILIDADE APÓS EC 80/2014 – INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No Supremo Tribunal Federal decidiu-se, em 30.06.2017, no AgReg 1.937/DF que *"após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 90/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária"*.

Embora o julgado tenha sido relacionado à União e à Defensoria Pública da União, o mesmo raciocínio é estendido à Defensoria Pública Estadual que, de igual forma, é dotada de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, conforme prevê a Lei Complementar Estadual nº 111, de 17/10/2005.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de julho de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul interpôs agravo interno em face da decisão monocrática (f. 320-327) proferida em 15.05.2018 por este relator, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela agravante em face de Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul - AGEHAB.

Em razões recursais (f. 1-8), alega que o enunciado da Súmula nº 421 do Superior Tribunal de Justiça está superado, pois ultrapassada pelo recente da AR 1937/STF no Supremo Tribunal Federal.

Argumenta que, em razão da autonomia administrativa e orçamentária conferida à Defensoria Pública pela Constituição Federal, não pode mais ser considerada órgão da União.

Expõe que a Lei Complementar nº 80/94 prevê que a Defensoria tem direito aos honorários sucumbenciais mesmo quando devidas por quaisquer entes públicos.

Destaca que os precedentes utilizados na decisão são anteriores à ordem jurídica atual.

Requer:

> *"Seja dado regular procedimento ao presente Agravo Regimental para que o nobre relator reconsidere a r. Decisão Monocrática; ou, caso não haja retratação, o que não se acredita, que apresente o feito ao órgão colegiado para que seja reformada parte da sentença prolatada (f. 280-289) apenas no que concerne à fixação de honorários sucumbenciais, culminando na condenação da Agravada AGEHAB - Agência de habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor da Agravante que patrocinou os interesses da parte autora que obteve a total procedência dos pleitos formulados na peça inaugural da lide, em desfavor da ora agravada;*
>
> *No caso de não acatamento dos pleitos anteriores, pugna-se pelo pronunciamento expresso a respeito da ofensa direta aos artigos 134, §§ 1º, 2º, 3º e 4º e 168 da Constituição Federal; bem como sobre a negativa de vigência aos artigos 381 do Código Civil; artigo 4º, XXI da Lei Complementar Federal nº 80; e artigo 85, §§ 2º, 3º, I e 8º, do Código de Processual Civil; o que é imprescindível para o fim de abrir o trânsito de recursos às Instâncias Superiores, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF e Súmula 211/STJ".*

O agravado apresentou contrarrazões (f. 15-21), pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de agravo interno interposto por Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul em face da decisão proferida em decisão monocrática (f. 320-327) proferida em 15.05.2018 por este relator, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela agravante em face de Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul - AGEHAB.

Confira-se a ementa da decisão recorrida:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS À DEFENSORIA PÚBLICA – AGEHAB – AUTARQUIA ESTADUAL – CONFUSÃO – ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO E NA SÚMULA Nº 421 DO STJ – VERBA NÃO DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *"Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença." (Súmula 421).*
>
> *"Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública"* (REsp 1199715/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe 12/04/2011)".

Em razões recursais (f. 1-8), alega que o enunciado da Súmula nº 421 do Superior Tribunal de Justiça está superado, pois ultrapassada pelo recente da AR 1937/STF no Supremo Tribunal Federal.

Argumenta que, em razão da autonomia administrativa e orçamentária conferida à Defensoria Pública pela Constituição Federal, não pode mais ser considerada órgão da União.

Expõe que a Lei Complementar nº 80/94 prevê que a defensoria tem direito aos honorários sucumbenciais mesmo quando devidas por quaisquer entes públicos.

Destaca que os precedentes utilizados na decisão são anteriores à ordem jurídica atual.

Requer:

> *"Seja dado regular procedimento ao presente Agravo Regimental para que o nobre relator reconsidere a r. Decisão Monocrática; ou, caso não haja retratação, o que não se acredita, que apresente o feito ao órgão colegiado para que seja reformada parte da sentença prolatada (fls. 280/289) apenas no que concerne à fixação de honorários sucumbenciais, culminando na condenação da Agravada AGEHAB - Agência de habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor da Agravante que patrocinou os interesses da parte autora que obteve a total procedência dos pleitos formulados na peça inaugural da lide, em desfavor da ora agravada;*
>
> *No caso de não acatamento dos pleitos anteriores, pugna-se pelo pronunciamento expresso a respeito da ofensa direta aos artigos 134, §§ 1º, 2º, 3º e 4º e 168 da Constituição Federal; bem como sobre a negativa de vigência aos artigos 381 do Código Civil; artigo 4º, XXI da Lei Complementar Federal nº 80; e artigo 85, §§ 2º, 3º, I e 8º, do Código de Processual Civil; o que é imprescindível para o fim de abrir o trânsito de recursos às Instâncias Superiores, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF e Súmula 211/STJ".*

O agravado apresentou contrarrazões (f. 15-21), pugnando pelo desprovimento do recurso.

Pois bem.

Confira-se a fundamentação da decisão objeto do agravo interno:

> *"Na hipótese, a controvérsia cinge-se em saber se é possível condenar a AGEHAB, autarquia estadual, ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em prol da Defensoria Pública.*
>
> *Contudo, não prospera a pretensão recursal, uma vez que há confusão patrimonial pelo pagamento de honorários advocatícios pelo ente estatal à Defensoria Pública Estadual (integrante da estrutura estadual).*
>
> *A respeito, sedimentou-se o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo, de que "não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública".*
>
> *Veja-se:*
>
> *"ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA – RIOPREVIDÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PAGAMENTO EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – NÃO CABIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

1. "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" (Súmula 421/STJ).

2. Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública.

3. Recurso especial conhecido e provido, para excluir da condenação imposta ao recorrente o pagamento de honorários advocatícios". (REsp 1199715/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe 12/04/2011)

É a hipótese dos autos, pois a demanda foi proposta em face da AGEHAB, autarquia que compõe a administração indireta estadual.

O entendimento encontra-se substanciado, também, no enunciado da Súmula nº 421, do STJ:

"Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença." (Súmula 421, Corte Especial, julgado em 03/03/2010, DJe 11/03/2010)

Tanto é assim, que a verba honorária pleiteada é destinada ao Fundo da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul – FUNADEP.

A respeito, confira-se o julgado proferido recentemente na 4ª Câmara Cível:

"EMENTA – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA AJUIZADA POR PESSOA REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA AGEHAB – AGÊNCIA DE HABITAÇÃO POPULAR DE MATO GROSSO DO SUL – INDEVIDA CONDENAÇÃO DA APELANTE AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DESTINADOS À DEFENSORIA PÚBLICA – AUTARQUIA E DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAIS QUE PERTENCEM À MESMA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – CONFUSÃO ENTRE DEVEDOR E CREDOR– INCIDÊNCIA DA SÚMULA 421 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO PROVIDO. Não é devida a condenação da autarquia habitacional ao pagamento de honorários advocatícios destinados à Defensoria Pública, visto ocorrer confusão entre credor e devedor, em razão de ambos pertencerem à mesma pessoa jurídica de direito público – Estado de Mato Grosso do Sul. Hipótese em que se aplica o enunciado contido na súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual " Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" (TJMS. Apelação nº 0836167-82.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 21/02/2018, p: 22/02/2018)

Nesse sentido, ainda:

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO AFASTADA – MÉRITO – SENTENÇA CONDENANDO A FAZENDA PÚBLICA EM DEMANDA ONDE O PROVEITO ECONÔMICO SUPERA A QUANTIFICAÇÃO DA REGRA DE EXCEÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PROCEDIMENTO DE HEMODIÁLISE – SAÚDE – OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS – PEDIDOS DIVERSOS EXPOSTOS NA INICIAL – PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS – ADEQUAÇÃO POR FORÇA DA REMESSA NECESSÁRIA – IMPUGNAÇÃO ACERCA DE PEDIDOS NÃO CONTEMPLADOS NA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – NÃO CONHECIMENTO – CONDENAÇÃO DOS RÉUS

AO PROCEDIMENTO DE HEMODIÁLISE E TRATAMENTOS CONEXOS DELE DECORRENTES – GENERALIDADE ADMISSÍVEL NA REGRA DE EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 324 DO CPC – PARTE ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA – SUCUMBÊNCIA DO ESTADO – HONORÁRIOS INDEVIDOS – SÚMULA 421 DO STJ – HONORÁRIOS DEVIDOS PELO MUNICÍPIO – FLEXIBILIZAÇÃO DOS §§ 2º, 3º E 4º DO ART. 85 DO CPC – APRECIAÇÃO EQUITATIVA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – VALOR MANTIDO – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA – RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA E DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL DESPROVIDOS – RECURSO DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS PARCIALMENTE CONHECIDO; NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. I – A garantia à saúde é obrigação solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que devem promover políticas públicas que implementem este direito social, o que torna o Estado de Mato Grosso do Sul parte legítima para figurar no polo passivo da ação originária. II – Quando diversos são os pedidos e apenas alguns deles são impostos aos réus, a procedência é parcial e não integral, adequando-se a sentença neste ponto por força da remessa. III – Carece de interesse a parte que impugna a sentença em relação a pedidos não contemplados na sentença. IV – O pedido deve ser compreendido em uma perspectiva axiológica e finalística. Logo, não há se falar em equívoco do juízo singular em julgar procedente o pedido referente à condenação dos réus a arcarem com o procedimento de hemodiálise e com os tratamentos conexos dela decorrentes, haja vista tratar-se de procedimento que requer revisões periódicas pelo especialista através de exames laboratoriais, com propósito de ajustá-lo caso o adotado não atinja o desempenho esperado. V – Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. (Súmula 421 do STJ). Honorários contra o município mantidos. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0803073-78.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 27/03/2018, p: 28/03/2018)

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CIRURGIA DE JOELHO DIREITO – LESÃO EM MENISCO – DORES INCESSANTES – INSUCESSO DO TRATAMENTO MEDICAMENTOSOS – LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO VERIFICADA – INTERESSE DE AGIR PRESENTE – CIRURGIA SOLICITADA ADMINISTRATIVAMENTE – DEMORA DE MAIS DE UM ANO SEM REALIZAÇÃO – PARECER DA CATES FAVORÁVEL – PESSOA DOENTE E CARENTE – PREVALÊNCIA DA PRESCRIÇÃO MÉDICA – ESTADO ISENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS – AUTORA ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA – MUNICÍPIO ISENTO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO MUNICÍPIO À DEFENSORIA PÚBLICA – QUANTIA RAZOÁVEL E ADEQUADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. 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. 2. O interesse de agir da parte autora em razão da demora na realização da cirurgia, tendo em vista que está inserida no SISREG para tratamento especializado desde 04/03/2016, consoante informado no parecer da Cates, ou seja, mais de um ano na fila aguardando para realizar tratamento de sua patologia. Também restou patente o interesse da autora diante do parecer favorável da Cates. 3. 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. 4. O parecer da Cates foi favorável à realização do procedimento cirúrgico em até

> *60 dias, tendo considerado que há registro de que a autora está sendo atendida na rede pública de saúde e de estar inserida na SISREG para tratamento especializado desde 04/03/2016. 5. Deve ser custeada cirurgia no valor de R$ 60.000,00, em vista da autora ter se qualificado como "do lar" e não possuir condições de arcar com o tratamento, sendo inclusive assistida pela Defensoria Pública. Assim, correta a sentença ao confirmar os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida. 6. Está correta a sentença ao deixar de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul no pagamento das custas e honorários advocatícios em razão da confusão patrimonial, tendo em vista a autora ser assistida pela Defensoria Pública, órgão estadual. 7. Reputa-se razoável e adequada a quantia de R$ 1.000,00 de honorários advocatícios fixados para o Município de Sidrolândia arcar, dada a simplicidade da causa, tempo de tramitação do processo (menos de um ano), grau de zelo da Defensoria Pública*. (TJMS. Remessa Necessária nº 0800931-63.2016.8.12.0045, Sidrolândia, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 30/05/2017, p: 01/06/2017)".

Com efeito, a decisão está de acordo com o enunciado da Súmula nº 421 do Superior Tribunal de Justiça e com o entendimento firmado no Recurso Representativo de Controvérsia nº 1199715/RJ.

O entendimento sustentado por este relator está de acordo com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – INAPLICABILIDADE DA TESE JULGADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – MODULAÇÃO DOS EFEITOS OBSERVADA – PESSOA IDOSA PORTADORA DE DIVERSAS ENFERMIDADES – PARECER PARCIALMENTE FAVORÁVEL DO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO-NAT – CONDENAÇÃO AO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS SOLICITADOS MANTIDA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA INDEVIDA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. (...) IV – Havendo recurso unicamente do Estado, incabível a majoração dos honorários em favor da Defensoria Pública, diante da confusão entre credor e devedor"*. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0803969-67.2016.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 10/07/2018, p: 17/07/2018)

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANO MORAL COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS – MATERIAL DE HIGIENE PESSOAL – NECESSIDADE COMPROVADA – PACIENTE ATENDIDO PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS – DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE – ARTIGO 196, DA CF – PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FORNECER O INSUMO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE – HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS – INSTITUTO DA CONFUSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 381 DO CC – RECURSO DO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ – REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – DEVIDA – VERBA HONORÁRIA QUE DEVE SER ARBITRADA DE FORMA EQUITATIVA – ARTIGO 85, § 8º DO NCPC – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA PARCIAL NÃO ACOLHIDA – MUNICÍPIO CONDENADO AO PAGAMENTO DE 25% (VINTE POR CENTO) DA VERBA HONORÁRIA TOTAL – FORNECIMENTO DOS INSUMOS ACOLHIDOS E DANO MORAL NÃO CONFIGURADO RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DO MUNICÍPIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DO ESTADO NÃO PROVIDO – REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) São indevidos os honorários advocatícios pelo Estado de Mato Grosso do Sul quando a parte contrária é assistida*

pela defensoria Pública, tendo em vista o instituto da confusão (art. 381 CC). Recurso do Estado não provido. Recurso do Município de Corumbá parcialmente provido. Remessa Necessária parcialmente provida". (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0806043-90.2017.8.12.0008, Corumbá, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 10/07/2018, p: 11/07/2018)

"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECURSOS DO MUNICÍPIO E DO ESTADO – TRATAMENTO MÉDICO – HEMODIÁLISE (CID Nº 18.0) – NECESSIDADE COMPROVADA POR INDICAÇÃO DE MÉDICO – PATOLOGIA GRAVE – DIREITO À SAÚDE – SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS – SENTENÇA MANTIDA – COM O PARECER DA PGJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – INCABÍVEIS EM FACE DO ESTADO – INSTITUTO DA CONFUSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 381 DO CC – SÚMULA 421 DO STJ – MAJORAÇÃO NA CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM DESFAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL – AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 2. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. (Súmula 421 do STJ). 3.A fixação dos honorários sucumbenciais em percentual sobre o valor da causa ou proveito econômico, na espécie, extrapola os limites da proporcionalidade e razoabilidade, princípios constitucionais expressamente consagrados no diploma processual civil. Assim, lança-se mão do art. 85, § 8º, do CPC para o arbitramento, estabelecendo quantia certa para referidos honorários". (TJMS. Apelação / Remessa Necessária nº 0804912-41.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 10/07/2018, p: 11/07/2018)

"EMENTA – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA AJUIZADA POR PESSOA REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA AGEHAB – AGÊNCIA DE HABITAÇÃO POPULAR DE MATO GROSSO DO SUL – INDEVIDA CONDENAÇÃO DA APELANTE AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DESTINADOS À DEFENSORIA PÚBLICA – AUTARQUIA E DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAIS QUE PERTENCEM À MESMA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – CONFUSÃO ENTRE DEVEDOR E CREDOR– INCIDÊNCIA DA SÚMULA 421 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO PROVIDO. Não é devida a condenação da autarquia habitacional ao pagamento de honorários advocatícios destinados à Defensoria Pública, visto ocorrer confusão entre credor e devedor, em razão de ambos pertencerem à mesma pessoa jurídica de direito público – Estado de Mato Grosso do Sul. Hipótese em que se aplica o enunciado contido na súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual " Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença". (TJMS. Apelação nº 0836167-82.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 21/02/2018, p: 22/02/2018)

Entretanto, analisando o julgado invocado pela recorrente, verifica-se que, recentemente foi proferido julgado no Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, de que atualmente é possível a condenação do ente público ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, em razão das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 80/2014.

Veja-se:

> *"Agravo Regimental em Ação Rescisória. 2. Administrativo. Extensão a servidor civil do índice de 28,86%, concedido aos militares. 3. Juizado Especial Federal. Cabimento de ação rescisória. Preclusão. Competência e disciplina previstas constitucionalmente. Aplicação analógica da Lei 9.099/95. Inviabilidade. Rejeição. 4. Matéria com repercussão geral reconhecida e decidida após o julgamento da decisão rescindenda. Súmula 343 STF. Inaplicabilidade. Inovação em sede recursal. Descabimento. 5. Juros moratórios. Matéria não arguida, em sede de recurso extraordinário, no processo de origem rescindido. Limites do Juízo rescisório. 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa".* (AR 1937 AgR, Relator(a): Minº Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, Acórdão Eletrônico DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017)

Confira-se, ainda, trecho da fundamentação do acórdão:

> *"No que diz respeito aos honorários advocatícios, é importante citar a redação originária do art. 134 da CF, a saber: "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV). Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais".*
>
> *Após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, o art. 134 da CF passou à seguinte redação: "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. § 1º. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. § 3º. Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. § 4º. São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal". Antes das alterações constitucionais, o entendimento dos Tribunais pátrios estava consolidado no sentido de que não poderia a União ser condenada a pagar tais verbas sucumbenciais a favor da Defensoria Pública em demandas nas quais figurassem em polos adversos. Nesta Corte, a questão foi apreciada no RE 592.730 RG (tema 134), no qual se entendeu não haver repercussão geral da matéria. Confira-se a ementa do acórdão: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL – DEFENSORIA PÚBLICA REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA AJUIZADA CONTRA O PRÓPRIO ESTADO AO QUAL O REFERIDO ÓRGÃO ESTÁ VINCULADO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS –*

CONDENAÇÃO INCABÍVEL – AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL". (RE 592.730 RG, Rel. Minº Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 21.11.2008) Após as mencionadas alterações constitucionais, a redação do art. 4º da LC 80/94 passou a atribuir à Defensoria Pública a prerrogativa de receber verbas sucumbenciais provenientes de sua atuação, in verbis : "Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores". Percebe-se, portanto, que, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cuja constitucionalidade foi reconhecida no seguinte precedente: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – ART. 134, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 74/2013 – EXTENSÃO, ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL, DA AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA E DA INICIATIVA DE SUA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, JÁ ASSEGURADAS ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 – EMENDA CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE PROPOSTA DE INICIATIVA PARLAMENTAR – ALEGADA OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, "c", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – USURPAÇÃO DA RESERVA DE INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO – INOCORRÊNCIA – ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SEPARAÇÃO DE PODERES – INOCORRÊNCIA – FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADOS. 1. No plano federal, o poder constituinte derivado submete-se aos limites formais e materiais fixados no art. 60 da Constituição da República, a ele não extensível a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista de modo expresso no art. 61, § 1º, apenas para o poder legislativo complementar e ordinário – poderes constituídos. 2. Impertinente a aplicação, às propostas de emenda à Constituição da República, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de emendas às constituições estaduais sem observância da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, fundada na sujeição do poder constituinte estadual, enquanto poder constituído de fato, aos limites do ordenamento constitucional federal. 3. O conteúdo da Emenda Constitucional nº 74/2013 não se mostra assimilável às matérias do art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição da República, considerado o seu objeto: a posição institucional da Defensoria Pública da União, e não o regime jurídico dos respectivos integrantes. 4. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV). 5. Ao reconhecimento da legitimidade, à luz da separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, da Lei Maior), de emenda constitucional assegurando autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União não se desconsidera a natureza das suas atribuições, que não guardam vinculação direta à essência da atividade executiva. Fumus boni juris não evidenciado. 6. Alegado risco de lesão aos cofres públicos sem relação direta com a vigência da norma impugnada, e sim com atos normativos supervenientes, supostamente nela calcados, é insuficiente para demonstrar a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação,

requisito da concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Eventual exegese equivocada ou abusiva não conduz à inconstitucionalidade da emenda constitucional, somente inquinando de vício o ato do mau intérprete. Periculum in mora não demonstrado. Medida cautelar indeferida". (ADI 5296 MC, Rel. Minº Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 11.11.2016).

Analisando o acórdão, de 30.06.2017, verifica-se que, de fato, a tese firmada no recurso repetitivo nº 1199715/RJ, de 16.02.2011, está superada em razão da Emenda Constitucional nº 80/2014, que reconhece a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública.

Embora o julgado tenha sido relacionado à União e à Defensoria Pública da União, o mesmo raciocínio é estendido à Defensoria Pública Estadual que, de igual forma, é dotada de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, conforme prevê a Lei Complementar Estadual nº 111, de 17/10/2005:

"Art. 4º À Defensoria Pública é assegurada autonomia funcional, financeira e administrativa, cabendo-lhe: (...)".

"Art. 5° As decisões da Defensoria Pública, fundadas em sua autonomia funcional, financeira e administrativa, obedecidas às formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvadas as competências do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas".

Pois bem.

A agravante almeja a fixação de honorários advocatícios em seu favor.

Na hipótese, a ação de adjudicação compulsória proposta por Liobino Alves de Brito Neto e Raquel Pereira de Brito (representado processualmente pela Defensoria Pública) em desfavor de AGEHAB - Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul, foi julgada procedente.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 280-289:

"Pelo exposto, julgo procedente o pedido aduzido na presente demanda, para o fim de adjudicar aos Requerentes Liobino Alves de Brito Neto e Raquel Pereira de Brito, o imóvel designado: lote número 27, situado na quadra 09, do Loteamento Vila Piloto da Quinta Zona Urbana desta cidade, objeto da matrícula 20.832, livro 02, condicionado obviamente ao pagamento do correspondente imposto de transmissão de imóveis.

Para integral cumprimento da sentença, deverá o Cartório de Registro de Imóveis proceder à abertura da matrícula do imóvel, cumpridos os requisitos legais.

Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Isenta de custas, deixo de condenar a Requerida Agência de Habitação Popular do Estado de Mato Grosso do Sul no pagamento de honorários advocatícios, por integrar a mesma Fazenda Pública que a Defensoria Pública do Estado.

Considerando que o valor do proveito econômico é abaixo de 500 (quinhentos) salários mínimos, deixo de submeter o feito ao reexame necessário, na forma do inciso II do § 3º do artigo 496 do Novo Código de Processo Civil.

Acaso seja interposto recurso de Apelação, intime-se a parte apelada para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.010, § 1º, NCPC).

Se o apelado interpuser apelação adesiva, intime-se o apelante para apresentar contrarrazões (art. 1.010, § 2º, NCPC).

Na sequência, com ou sem contrarrazões, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Transitada em julgado, expeça-se carta de adjudicação compulsória ao Cartório de Registro de Imóveis de Três Lagoas, encaminhando-se com a mesma cópia desta sentença.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivem-se com as baixas e anotações necessárias".

A respeito da fixação de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública, o Código de Processo Civil prevê:

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

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos".

Na hipótese, os requerentes atribuíram à causa o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) (f. 8).

O valor do salário mínimo é de R$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), de modo que a fixação dos honorários advocatícios obedecerá à regra do inciso I, do § 3º, do art. 85.

Considerando o grau de zelo do Defensor Público atuante no feito, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, bem como a necessidade de majoração da verba em razão da necessidade de atuação na esfera recursal, fixo honorários advocatícios em prol da Defensoria Pública em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do agravo interno interposto por Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento para reformar a decisão monocrática de f. 320-327 e dar provimento

ao recurso de apelação interposto pela agravante, condenando a Agência de Habitação Popular de Mato Grosso do Sul - AGEHAB ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 31 de julho de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0824136-64.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS – ACIDENTE DE CONSUMO – QUEIMADURA CAUSADA EM RAZÃO DE DEFEITO DO PRODUTO – DANO MORAL – CONFIGURADO. DANOS ESTÉTICOS – NÃO DEMONSTRADOS. DANOS MATERIAIS – RESTITUIÇÃO DO VALOR DO PRODUTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, *"o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos"*.

Havendo relação de consumo, a responsabilidade civil das requeridas é objetiva.

Na hipótese, demonstrado o alegado defeito de fabricação, conclui-se pela existência do dever de indenizar das requeridas.

Está configurado o dano moral decorrente da queimadura sofrida pela consumidora em razão de defeito no produto.

Apesar de a autora ter sofrido queimadura de segundo grau, não comprovou os alegados danos estéticos.

A consumidora faz jus à restituição do valor desembolsado pela aquisição do produto que apresentou defeito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de agosto de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Izabel Hiroko Kanatsu interpôs apelação em face da sentença (f. 278-282) proferida em 27.03.2018 por Paulo Afonso de Oliveira, Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais proposta pela recorrente em desfavor de Atacadão - Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. e Sobral Invicta S/A, julgou improcedente o pedido.

Em razões recursais (f. 285-291), alega que o próprio perito constatou que o canudo responsável pela condução do líquido existente na garrafa estava mal posicionado, de modo que não apresentava condições mínimas para atender à sua finalidade.

Destaca que os recorridos não comprovaram se o produto já veio com defeito ou se outra pessoa trocou a posição do canudo.

Conclui que o produto não apresentava condições mínimas de segurança.

Ressalta que as requeridas não impugnaram a veracidade do vídeo juntado aos autos.

Expõe que as testemunhas e a informante ouvida nos autos atestaram a ocorrência do acidente.

Requer:

> *"O total conhecimento e provimento do presente recurso de apelação, requerendo no mérito, a reforma da douta sentença, passando assim a corrigi-la para condenar as empresas rés/apeladas: ao pagamento da importância de R$ 46,00 (quarenta e seis reais), que corresponde ao preço pago pela garrafa defeituosa, devidamente corrigida; ao pagamento de danos morais na importância de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e danos estéticos no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), onde sobre tal numerário deverá incidir correção monetária pelo IGP-M, a contar da data do desembolso (efetivo prejuízo) e juros de mora a contar da citação (art. 405 do CC)".*

A apelada Sobral Invicta S/A apresentou contrarrazões de apelação (f. 293-314), pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Izabel Hiroko Kanatsu, objetivando a reforma da sentença proferida em 27.03.2018 pelo Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais proposta pela recorrente em desfavor de Atacadão - Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. e Sobral Invicta S/A, julgou improcedente o pedido.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 278-282:

> *"Diante do exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados por Izabel Hiroko Kanatsu, nesta Ação de Indenização que move em face de Sobral Invicta S/A e Atacadão Distribuição Comércio e Indústria Ltda., todos qualificados.*
>
> *Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que se fixa em 15% (quinze por cento) do valor dado a causa e que serão rateados pelos advogados das rés, atendendo aos critérios do art. 85, § 2º, e art. 86, § único, do Código de Processo Civil, suspendendo a exigibilidade na forma do art. 98, § 3º, do NCPC. Sentença proferida com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do NCPC.*

> *Tanto que transite em julgado, pagas as custas ou inscritas em dívida ativa, se for o caso, arquivem-se com as baixas de estilo.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se".*

- Das razões recursais

Em razões recursais (f. 285-291), alega que o próprio perito constatou que o canudo responsável pela condução do líquido existente na garrafa estava mal posicionado, de modo que não apresentava condições mínimas para atender à sua finalidade.

Destaca que os recorridos não comprovaram se o produto já veio com defeito ou se outra pessoa trocou a posição do canudo.

Conclui que o produto não apresentava condições mínimas de segurança.

Ressalta que as requeridas não impugnaram a veracidade do vídeo juntado aos autos.

Expõe que as testemunhas e a informante ouvida nos autos atestaram a ocorrência do acidente.

Requer:

> *"O total conhecimento e provimento do presente recurso de apelação, requerendo no mérito, a reforma da douta sentença, passando assim a corrigi-la para condenar as empresas rés/apeladas: ao pagamento da importância de R$ 46,00 (quarenta e seis reais), que corresponde ao preço pago pela garrafa defeituosa, devidamente corrigida; ao pagamento de danos morais na importância de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e danos estéticos no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), onde sobre tal numerário deverá incidir correção monetária pelo IGP-M, a contar da data do desembolso (efetivo prejuízo) e juros de mora a contar da citação (art. 405 do CC)".*

A apelada Sobral Invicta S/A apresentou contrarrazões de apelação (f. 293-314), pugnando pelo desprovimento do recurso.

- Breve relato da demanda

Izabel Hiroku Kanatsu ajuizou ação de indenização por danos morais, estéticos e materiais em face de Sobral Invicta Sociedade Anônima e Atacadão Distribuição Comércio e Indústria Ltda, ao argumento de que em 14.04.2013 adquiriu, no supermercado Atacadão, uma garrafa térmica da marca Invicta, no valor de R$ 42,00 (quarenta e dois reais).

Expôs que:

> *"Ao colocar o água quente dentro da garrafa térmica, e rosqueá-la para fechar, começou a vazar o líquido(água) pelo bico de saída da garrafa, ininterruptamente e só parou o vazamento quando acabou o café que estava dentro da garrafa, conforme se vê do vídeo juntado que foi firmado em data posterior ao ocorrido, comprovando o defeito da garrafa.*
>
> *O vazamento atingiu a mão esquerda da requerente que segurava a garrafa enquanto rosqueava a tampa, causando-lhe queimadura de 2º grau de aproximadamente 5cm x 8cm, conforme se vê das fotos que acompanham esta".*

Destacou que, em razão do acidente, teve de ficar afastada do trabalho por sete dias.

Informou que a queimadura deixou cicatriz permanente, em local de fácil visibilidade.

Alegou que entrou em contato com a fabricante do produto, sem solução.

Requereu:

> *"c) Julgar procedente a presente ação condenando a requerida ao pagamento de danos morais na importância de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e danos estéticos no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), onde sobre tal numerário deverá incidir correção monetária pelo IGP-M, a contar da data do desembolso (efetivo prejuízo) e juros de mora a contar da citação (art. 405 do CC), pelos danos sofridos pela requerente, considerando todos os aspectos dispostos no corpo da presente, devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento;*
>
> *d) Condenar a requerida na devolução do valor pago pela garrafa, no valor de R$ 46,00 (quarenta e seis reais)".*

Em contestação (f. 61-81), Sobral Invicta S/A requereu a denunciação à lide da seguradora Zurich Minas Brasil Seguros S/A.

No mérito, afirmou que o vídeo produzido pela autora trata-se de prova unilateral, que não deve ser aceita nos autos.

Questionou a possibilidade de a garrafa ter sido *"intencionalmente alterada por algum mecanismo capaz de manter a parte interior da tampa pressionada sem o uso das mãos, para fazer com que o líquido acondicionado no interior do recipiente fosse expelido da forma como demonstrado em tal vídeo"* (f. 66).

Concluiu que o vazamento do líquido e a queimadura ocorreram por descuido da autora.

Sustentou a inexistência de danos morais, materiais e estéticos.

Requereu a procedência da denunciação da lide e a improcedência dos pedidos formulados pela requerente.

Em contestação (f. 104-109), Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda alegou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva.

No mérito, sustentou que não há provas do acidente e do nexo de causalidade.

Argumentou que a requerente não remeteu a garrafa para perícia administrativa.

Pleiteou o acolhimento da preliminar e, no mérito, a improcedência dos pedidos.

Impugnação à contestação à f. 131-136.

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo requerido Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda foi rejeitada (f. 149-151). Na mesma decisão, determinou-se a realização de prova pericial para apurar a dita irregularidade na garrafa térmica.

O laudo pericial foi juntado à f. 188-210 e esclarecimentos solicitados à f. 225-226.

Foram ouvidas testemunhas em audiência (f. 251-252).

Após a apresentação de alegações finais (f. 257-259 e 260-277), sobreveio a sentença recorrida.

Mérito

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/202:

> *Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva[1]. Na hipótese, há relação de consumo entre a requerente e as requeridas (comerciante e fabricante do produto).

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.*
>
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi fornecido.*
>
> *§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.*
>
> *§ 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."*

Analisando os elementos colhidos nos autos, tem-se que a requerente foi atendida na Santa Casa de Campo Grande em 17.04.2013, com diagnóstico de queimadura de segundo grau na mão esquerda (f. 25-39).

Em razão do acidente, teve de ficar sete dias afastada do trabalho, conforme atestado médico juntado à f. 31.

1 Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O vídeo juntado aos autos, comprova o defeito da garrafa, pois demonstra a ocorrência de vazamento de água quente sem que o consumidor/usuário esteja pressionando a tampa da garrafa.

Veja-se imagem capturada do vídeo (f. 15):



Diga-se de passagem que, ainda que a requerida tenha alegado que *"trata-se de um vídeo feito por pessoas da confiança da autora ou por ela própria e, obviamente, foram realizado de maneira totalmente parcial, com o intuito de favorecer as alegações contidas na inicial"* (f. 65), não comprovou a falsidade das imagens, o que poderia ter sido feito mediante perícia no arquivo de vídeo disponibilizado pela autora.

Além disso, conforme alega a recorrente nas razões recursais, o perito constatou que o canudo condutor do líquido estava mal posicionado, pois alocado na posição invertida.

Veja-se os trechos referentes aos testes efetuados na garrafa, objeto do laudo pericial de f. 188-210:

> *"Objetivo da perícia*
>
> *A presente perícia tem por objetivo averiguar se a garrafa adquirida pela autora apresenta o defeito de esguinhamento de líquido de forma voluntária e a dinâmica do suposto acidente. (...)*
>
> *Durante a análise da garrafa, não se identificou quaisquer danificação na região do bocal da garrafa ou local de fixação, tampa, que pudesse prejudicar a vedação do produto, como verifica-se nas imagens 07 e 08.*
>
> *Constatou-se também, que a ampola de vidro, parte interna da garrafa, não apresentou indício de danificação.*
>
> *Na imagem 09, percebe-se que o corte do canudo é reto, onde, de acordo com assistente técnico da requerida, deveria ser chanfrado, 45º. Notou-se então que se encontrava invertido".*
>
> *De acordo com o assistente técnico da requerida, o canudo pode ser removido da tampa para que se possa realizar limpeza de ambas partes, momento em que o canudo pode ter sido invertido. Seguem imagens 10 e 11, da tampa e canudo separados e a forma de uso indicada como correta.*
>
> *Ainda em análise à embalagem, na parte externa da garrafa, não se identificou rachaduras, batidas, amassados e afins, estando em boas condições de uso. (...)*
>
> *Tendo então constatado que a garrafa térmica adquirida pela autora não possuía qualquer tipo de danificação, procedeu-se com o teste de autobombeamento. (...)*
>
> *Discorre-se que, procedeu-se o teste com o canudo invertido, uma vez que a garrafa foi disponibilizada para análise desta forma.*

É verdade que, quando da realização da perícia, não foi constatada a ocorrência do vazamento alegado pela autora.

Confira-se:

"Como já relatado no item 04, critérios para elaboração dos trabalhos, necessita-se, após fechada a garrafa contendo a água quente, estando apoiada sobre mesa/bancada plana, aguardar 10 minutos para verificar se a mesma apresenta a capacidade de autobombeamento. Para realizar esta etapa, utilizou-se também um cronômetro, tendo-o ligado após o rosqueamento da tampa na embalagem. Seguem imagens 18 a 20, referente ao fechamento, início e término da contagem.

Durante a contagem, do tempo de 10 minutos, notou-se que a garrafa térmica não apresentou capacidade de autobombeamento, tendo realizado registros do bico da garrafa, no intervalo do tempo indicado, imagens 21 a 23. (...)

Ao fim do teste de autobombeamento, quando decorreu o tempo de 10 minutos, realizou-se a pressão sobre a tampa, para constatar se a mesma apresentava capacidade de bombeamento por pressão, tendo conferindo que funcionava normalmente, imagem 24. (...)

Na sequência, com a garrafa ainda contendo a água quente com a capacidade volumétrica total, verificou-se a eficiência de vedação/fechamento, ou seja, se apresentava vazamento, tendo-a pendido/tombado para ambos lados, conforme imagem 25. (...)

Assim, constatou-se que a garrafa não apresentou vazamento e/ou gotejamento.

Após a abertura da garrafa, que ainda continha o líquido quente, notou-se na tampa, gotículas de água, advindas do vapor, apenas na região que coincide com a abertura para preenchimento de líquido do recipiente, como se pode ver na imagem 26, constatando vedação completa do local. (...)

Por fim, mesmo a garrafa não apresentando a capacidade de autobombeamento, na tentativa de reproduzir a dinâmica do suposto acidente, retirou-se o líquido quente do seu interior e o preencheu com água em temperatura ambiente. Neste teste, o canudo foi fixado na tampa da maneira indicada pelo fabricante.

Ao preencher a garrafa térmica com água na sua capacidade volumétrica total, segurou-a com a mão esquerda e tampa com mão direita, encaixou-se a tampa no recipiente, rosqueando-a, de modo a não pressionar o local indicado para pressão, procedendo a vedação do produto.

Durante este procedimento de fechamento e logo em seguida ao seu término, momento que poderia ter ocorrido o autobombemento, não se constatou saída de água pelo bico. Seguem imagens 27 e 28 da realização do teste da dinâmica do suposto acidente".

Quesito 1

Na garrafa apresentada ao juízo, ao reproduzir a ação do vídeo juntado, enchendo a garrafa com água em ebulição (fervendo) e rosqueando-a, o produto (garrafa) começa a expelir a água pelo bico sem qualquer nova ação humana (apertar a válvula)?

Resposta 1

Não, de acordo com o teste realizado.

Quesito 2

Ao expelir água fervendo, o produto coloca em risco a integridade física do consumidor, possibilitando eventual queimadura?

Resposta 2

Ao expelir líquido quente pelo bico de saída, deve atentar-se à utilização do produto, usando-o da maneira indicada pelo fabricante, a fim de evitar acidentes.

Quesito 3

O defeito apresentado é admissível neste tipo de produto segundo as normas técnicas ou de controle de qualidade?

Resposta 3

A garrafa objeto da lide não apresentou capacidade de Autobombeamento.

07 Conclusão:

01 - Diante de todo o exposto no decorrer deste relatório técnico e dos testes realizados em 05/12/2016, na garrafa térmica objeto da lide, com capacidade nominal de 1L e do tipo pressão, esta não apresentou capacidade de autobombeamento, de acordo com teste realizado conforme Norma NBR 13282:1998 Garrafa térmica com ampola de vidro - Requisitos e métodos de ensaio;

02 - Na realização do teste para averiguar a dinâmica do suposto acidente (queimadura em parte da mão esquerda da autora), constatou-se que, a saída da água pelo bico da garrafa ocorreria somente se houvesse pressão na tampa da garrafa".

Entretanto, competia às requeridas a demonstração de que o fenômeno narrado pela autora não ocorrera.

Veja-se que os depoimentos das testemunhas arroladas pela autora confirmam a ocorrência do acidente.

Confira-se (f. 251-252):

Wilson Tokuji Nassu (informante)

[O senhor é parente da Dona Izabel?] Sou companheiro de vida, já faz uns 16, 17 anos. [Na época dos fatos o senhor já estava com ela?] Sim. [O senhor foi com a Dona Izabel comprar a garrafa térmica?] Eu acredito que não, é que eu já não tenho mais lembrança é que já faz um bom bocado. [Lembra se foi na Sobral, se foi na loja Sobral ou no Atacadão?] No Atacadão. [O senhor se recorda se embalagem veio totalmente fechada se veio a garrafa já aberta, o senhor se lembra disso?] Não lembro se veio totalmente fechada, porque acredito que as garrafas no Atacadão estão todas abertas, exposto assim, aberto. Não tenho certeza mas, acho que é assim. Eu não tenho muito costume de fazer compras, eu mesmo não compro muita coisa assim. [Quando ela chegou com a garrafa, o senhor recorda se tinha algum manual incluso, "como fazer para usar pela primeira vez a garrafa"?] Sim. [O senhor lembra se a dona Izabel leu?] Nós lemos. Geralmente eu que leio o manual. [O senhor se recorda das instruções?] Vagamente, não 100%. [Poderia colocar já a bebida que iria utilizar, tinha que colocar água antes, o senhor se recorda?] Não me recordo mas, é costume de quase todas as mulheres que cuidam da cozinha, colocar uma água para higienizar, água quente lógico, não só garrafa térmica, mas também qualquer coisa que a gente compra é hábito colocar água quente para higienizar.[Então a dona Izabel colocou água quente para higienizar?] Colocou sim. [O senhor viu se existia algum marco ali que não poderia ultrapassar?] Não vi. [O senhor viu como aconteceu o acidente?] Sim. [Como foi?] Eu vi ela colocando e quando ela fechou só ouvi o grito né,

olhei, "o que foi?" "tá saindo água!" ela tirou a mão lógico mas eu vi a água caindo na pia. [Quando ela gritou que doeu a garrafa estava em pé ou inclinada?] Estava em pé. [Então na vertical e ela estava rosqueando?] É, eu estava vendo ali e conversando com ela, só sei que ouvi um grito e vi a água escorrendo... [O senhor ou ela entrou em contato com a loja?] Eu não mas ela disse que sim. [O senhor não ouviu?] Não ouvi, não tive essa curiosidade. [Chegaram a levar essa garrafa no Atacadão para eles verem, alguma coisa assim?] Não sei, eu não lembro se ela levou ou não levou. [Na Invicta que é a fabricante, o senhor sabe se ela entrou em contato?] Ela falou que tentou várias vezes entrar em contato por telefone, mas o pessoal fazia pouco caso dela enfim, ela ficou com raiva e não ligou mais. [Depois desse dia a garrafa foi usada?] Não, foi testada mais uma duas ou três vezes na presença de outras pessoas, aí fui eu né, porque ela já estava... Aí eu coloquei água e realmente saiu, fui eu no mesmo dia testamos e inclusive filmamos, não sei se está aí no processo mas filmamos. Eu fiz, ela filmou e continuou saindo a água, quer dizer que não dava para utilizar, se não saísse dava para reutilizar. [A dona Izabel fez o tratamento das lesões, teve gasto com remédio?] Sim, pouquíssimos gastos mas teve, porque ela tem plano de saúde né, ela é minha dependente e eu sou funcionário público. [Eu gostaria que ele me explicasse se essa água saía independente de apertar, ou seja, só com o simples fato de colocar a água no recipiente,lacrar a garrafa e já vazava a água?] Sim, não precisou apertar, porque tinha um botãozinho de apertar, nós não tínhamos hábito de usar esse aí por sei lá, por ser mais barato o outro que não precisava apertar o botão, aí compramos esse de apertar. Mas não apertamos, simplesmente fechava e já começava a sair água. [Então não precisava apertar o botão para sair a água, já saía automaticamente?] Sim. [Daí foi constatado o defeito.] Sim.

Verina Maria Duarte de Alencar Bezerra

[A senhora é parente da dona Izabel?] Não. [A senhora é vizinha?] Somos vizinhas. [A senhora fequenta a casa dela?] Não com frequência. [Não sabe dizer da família dela, alguns problemas pessoais?] Não. [Não tem essa amizade íntima declarada na lei não?] Não. [A senhora vai ser ouvida como testemunha, pela lei a senhora deve dizer a verdade sobre tudo o que eu perguntar ok?] Sim. [A senhora acompanhou a dona Izabel na compra da garrafa térmica no Atacadão?] Não. [No dia que ela comprou garrafa a senhora viu a essa garrafa na casa dela, no dia?] No dia não. [A senhora não ela fazendo o primeiro teste na garrafa?] Primeiro teste não. [O que a senhora ficou sabendo, o acidente com a dona Izabel?] Eu encontrei ela no mercado, ela estava com a mão bem machucada e me falou o que aconteceu aí ela me chamou no outro dia, eu fui na casa dela e ela fez o teste e vazou a água. [Quando ela fez o teste foi depois que tinha acontecido a lesão?] É. [O que a senhora viu nesse teste, como foi?] Assim, coloca a água e só de fechar a garrafa disparou a água. [Essa quando fechava, escorria pela rosca de fechar ou por cima? Pelo bico?] É. [Quantos dias depois dela ter se machucado a senhora viu esse teste?] Quando eu encontrei ela tinha um dia que ela tinha machucado, foi uns dois dias. [A senhora sabe se ela tentou entrar em contato com as lojas?] Ela falou e que não teve retorno. [Alguma vez mais que a senhora teria a encontrado, ela disse que conseguiu usar ou não a garrafa?] Não. [Não sabe dizer?] Não. [Quando a senhora viu esse teste no outro dia, ela estava na vertical ou inclinada?] Estava normal, em pé. [A senhora chegou a ver o manual de instrução da garrafa?] Não. [Sabe se tinha, sabe dizer?] Não sei, deve ter. [Mas naquela ali a senhora não viu?] Não.

Luiza Satiko Yoshida Kanatsu

[A senhora é parente da dona Izabel?] Sou tia dela. [A senhora sabe me dizer como foi o acidente da garrafa térmica?] Então, eu não vi o acidente, quando eu cheguei na casa dela o café já estava pronto em uma outra garrafa né, só que ela mostrou o ferimento, o queimado. [A senhora também não foi acompanhar quando ela comprou a garrafa?] Não. [Chegou também depois do acontecido?] Certo. [O que ela contou? O

que aconteceu com a garrafa?] Ela falou assim, que como toda garrafa nova a gente costuma colocar água quente primeiro né, ela ia usar para por café. Disse que assim que ela colocou a água quente, nem deu tempo de fechar e ela começou a transbordar, aí pegou na mão dela né. [Essa água quente para higienizar, a senhora sabe se estava escrito no manual, se tinha algum limite de água, ela falou para a senhora?] Não sei. [Ela refez o teste para a senhora ver?] Para mim não. [A senhora sabe se ela entrou em contato com as empresas para fazer reclamação, contar o ocorrido?] Então, ela entrou com a fabricante né. [Ela falou isso para a senhora?] Falou que ligou umas cinco vezes mas que não deram muita importância. [A senhora sabe me dizer se alguém mais viu acontecer essa falha na térmica?] O esposo dela que estava presente né. [A garrafa era nova, tinha acabado de comprar?] É, era nova. [A senhora sabe se essas garrafas ela vem na embalagem ou ficam soltas no Atacadão?] Olha eu nunca comprei da Invicta né, geralmente elas estão fora, não sei se tem uma caixa, mas nunca vi caixa não. [Elas ficam como mostruário?] É. [Se a lesão da mão era bem recente?] Tinha acabado de acontecer, eu cheguei lá logo depois do almoço né, ela já tinha feito café e colocado em uma outra garrafa. Ela estava até com um pano e disse "Olha tia oó que aconteceu com a mão, fui testar a garrafa e aconteceu o acidente!"

A teor do que dispõe o § 1º do art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, é considerado defeituoso o produto quando não oferece ao consumidor a segurança que dele se espera:

> *"Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*
>
> *§ 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - sua apresentação;*
>
> *II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi colocado em circulação".*

O vídeo juntado pela autora e os depoimentos colhidos na fase instrutória, demonstram o defeito do produto e, por conseguinte, o nexo de causalidade entre o defeito apresentado pela garrafa térmica e os danos sofridos pela consumidora.

Sendo assim, está presente o dever de indenizar os danos alegados pela requerente.

Do dano moral

Segundo Maria Helena Diniz[2], os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores da mesma em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

Ora, o fato de o banco realizar descontos em folha, diretamente do benefício do INSS, baseado em contrato cuja contratação não restou comprovada, compromete a renda do requerente, causando-lhe abalo psicológico.

2 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 80, v. 7.

Constata-se que o dano exposto nos autos é daquele denominado dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre da simples privação do consumidor de serviço essencial. Desse modo, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral, o qual se opera por força da simples violação.

A respeito disso, confira-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho[3]:

> *"Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum."***.**

Na hipótese, o acidente de consumo sofrido pela consumidora, que sofreu queimadura de segundo grau em razão da falta de segurança do produto disponibilizado pelas requeridas, gerou-lhe dano moral, pois além da dor que teve de suportar, teve sua rotina alterada em consequência do acidente, ficando, inclusive, afastada do trabalho, conforme o já mencionado documento médico de f. 31.

Presente o dever de indenizar o dano moral sofrido pela autora, passo à quantificação da indenização.

Valor da indenização

A questão atinente à quantificação do dano moral é tema de diversas discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente porque o sistema jurídico não traz parâmetros legais para a determinação do quantum.

Tem prevalecido o posicionamento de se tratar de questão subjetiva que deve obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Também tem destaque o entendimento no sentido de que o valor do dano deve atender a dupla finalidade: reparar o ofendido e desestimular a conduta do ofensor. Vale registrar recentes julgados do TJMS em que referido entendimento foi externado:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DANO MORAL INCONTROVERSO – QUANTUM INDENIZATÓRIO EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *I – É incontroverso nos autos o ato ilícito praticado pela instituição de ensino que obstaculizou à autora o acesso às notas e provas em decorrência de débitos pretéritos. Entretanto, as circunstâncias que entremeiam a lide demonstram que o valor arbitrado pelo juízo de origem encontra-se em desarmonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e demais decisões em casos análogos. Precedentes desta Câmara.*
>
> *I –* ***Necessária, portanto, a adequação da verba condenatória para valor que atenda satisfatoriamente a dupla finalidade da indenização por danos morais, qual seja, confortar a vítima pelo prejuízo e punir seu causador.*** *" (TJMS - Apelação Nº 0820856-85.2013.8.12.001 - Campo Grande - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson - j. em 7 de outubro de 2014) - destacado.*
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA CONSUMIDORA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO*

3 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

– DANO MORAL IN RE IPSA CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PROPORCIONALIDADE – MANUTENÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O constrangimento e o abalo sofridos, decorrentes de registro indevido nos órgãos de restrição ao crédito, constituem causa eficiente para ensejar direito à indenização por danos morais.

Já está assentado na doutrina e na jurisprudência que o valor da indenização fixado a título de dano moral deve atender à capacidade econômico-financeira do ofensor, de modo tal a se constituir em fator de desestímulo do ato praticado e atender, por outro lado, à intensidade do sofrimento do ofendido, à gravidade, natureza e repercussão da ofensa, sem se constituir em fonte de enriquecimento indevido à vítima.*"* (TJMS - Apelação Nº 0801481-43.2014.8.12.008 - Corumbá - 4ª Câmara Cível – Rel. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte - j. em 7 de outubro de 2014) – destacado.

Considerando essa dupla finalidade e também as peculiaridades do caso, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fixo a indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Do dano estético

Embora a recorrente sustente que sofreu dano estético em razão da queimadura.

Entretanto, embora esteja comprovado nos autos que a autora sofreu a queimadura e que haja fotos do estado da lesão pouco depois do acidente, não há prova das alegadas cicatrizes.

- Do dano material

De acordo com o cupom fiscal juntado à f. 33, a requerente pagou R$ 42,00 (quarenta e dois reais) pela garrafa térmica.

O Código de Defesa do Consumidor prevê que, não sendo o vício do produto sanado no prazo de trinta dias, o consumidor poderá exigir a restituição da quantia paga.

Veja-se:

"Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos".

Portanto, a recorrente faz jus à restituição do valor pago pelo produto.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Izabel Hiroku Kanatsu, e dou-lhe parcial provimento para condenar as requeridas, solidariamente, ao pagamento de:

1) indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), sobre o qual incidirá juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da citação e correção monetária pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento;

2) indenização por danos materiais no valor de R$ 42,00 (quarenta e dois reais), sobre o qual incidirá juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo IGPM/FGV a partir do desembolso.

Em razão da sucumbência recíproca, distribuo os ônus sucumbenciais em 80% (oitenta por cento) para as requeridas e 20% (vinte por cento) para a requerente.

Majoro os honorários em favor do apelado para 18% (dezoito por cento) do valor da condenação, com fulcro nos §§ 2º e 11, do CPC[4].

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 16 de agosto de 2018.

***

4 § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
I - o grau de zelo do profissional;
II - o lugar de prestação do serviço;
III - a natureza e a importância da causa;
IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
(...)
§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0001256-54.2008.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECLUSÃO – ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/7/2008 – DESNECESSÁRIA – RECURSO DESPROVIDO.

A inversão do ônus da prova apenas na sentença ou, ainda, quando do julgamento do recurso de apelação, é medida que inviabiliza à outra parte o exercício do contraditório e da ampla defesa, porquanto ela se vê surpreendida com a assunção de ônus que não lhe cabia, sem que tenha tempo hábil para apresentar as provas que entende necessárias.

Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal.

Comprovado que o proprietário do imóvel rural procedeu à regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais e que não possui cursos d'água naturais, situação que, de acordo com os art. 61-A e 67 da Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal, bem como permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal.

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, 26 de setembro de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Ministério Público Estadual interpôs apelação em face da sentença (f. 220-226) proferida em 14 de junho de 2017 por Rodrigo Barbosa Sanches Juiz da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, que na ação civil pública ambiental proposta em desfavor de Geraldo Xavier Oliveira, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 231-243) o apelante impugna a sentença alegando:

I - O entendimento pela constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/12 Novo Código Florestal, reconhecendo a propriedade contestada como detentora de área consolidada, bem como permitindo com que o apelado possua Reserva Legal Reduzida (menor do que 20%), constituída pelo remanescente de mata nativa existente em 22 julho de 2008, especialmente porque não há qualquer remanescente, consoante atesta a certidão de inscrição do CAR juntada aos autos.

II - A impossibilidade de se delegar aos órgãos ambientais a verificação de regularidades ambientais quando se está a questionar normas que modifiquem a própria alega o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 61-A e 67, inscrição no cadastro ambiental rural.

III - A não inversão do ônus da prova, com o acolhimento das informações contidas na inscrição no CARMS apresentado pelo requerido, sem que este fosse devidamente analisado e aprovado pelo órgão ambiental competente, sem que houvesse prova do tipo de vegetação e sua quantidade em 22 de julho de 2008, bem como o e conhecimento de isolamento das áreas de preservação permanente por mera visualização de uma imagem fotográfica via satélite, com sobreposição de desenhos gráficos, sem aferir se o local encontra-se realmente degradado ou não, de forma a dispensar eventual recomposição ambiental.

Requer:

Conhecimento do presente recurso e, no mérito, pelo total provimento reformando-se a sentença proferida, julgando-se totalmente procedente a ação civil pública ambiental nos termos da inicial e, para tanto, requer-se:

a) Seja declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e

67 da Lei 12.651/2012, determinando que os apelados readéquem o CARMS0001590;

b) Caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, seja determinada a inversão do ônus da prova, reconhecendo como não provado que a propriedade em questão se trata de área consolidada e que o Apelado desenvolva atividades agrosilvipastoril, de ecoturismo ou turismo rural, não lhe sendo autorizado utilizar-se dos benefícios previsto no art. 61-A e art. 67 da Lei 12.651/12, bem como reconhecer que o Apelado não provou a existência de remanescente de mata encontrada em sua propriedade, compelindo-o a possuir área de reserva legal no importe de 20% (vinte por cento) do tamanho de sua propriedade, retificando as informações contidas no CARMS0001590

O apelado apresentou contrarrazões à f. 2246-251, pugnando pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 260-269) pelo provimento do recurso em questão.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual em face da sentença proferida em 14 de junho de 2017 pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, que na ação civil pública ambiental proposta em desfavor de Geraldo Xavier Oliveira, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 220-226):

> *Ante o exposto, resolvo o mérito - artigo 487, I, CPC – e julgo improcedentes os pedidos formulados pelo autor. Sem condenação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais ante o que dispõe o artigo 18 da Lei nº 7.347/85.*
>
> *Publique. Registre-se. Intimem-se. Certificado o trânsito em julgado, arquive-se com as devidas cautelas.*

Em razões recursais (f. 231-243) o apelante impugna a sentença alegando:

> *(1) o entendimento equivocado pela constitucionalidade dos artigos 61-A e 67, do Novo Código Florestal, reconhecendo a propriedade contestada como detentora de área consolidada, bem como permitindo com que o apelado possua Reserva Legal Reduzida (menor do que 20%), constituída pelo remanescente de mata nativa existente em 22 julho de 2008, especialmente porque não há qualquer remanescente, consoante atesta a certidão de inscrição do CAR juntada aos autos;*
>
> *(2) impossibilidade de se delegar aos órgãos ambientais a verificação de regularidades ambientais quando se está a questionar normas que modifiquem a própria inscrição no cadastro ambiental rural;*
>
> *(3) a não inversão do ônus da prova, com o acolhimento das informações contidas na inscrição no CARMS apresentado pelo requerido, sem que este fosse devidamente analisado e aprovado pelo órgão ambiental competente, sem que houvesse prova do tipo de vegetação e sua quantidade em 22 de julho de 2008, bem como o reconhecimento de isolamento das áreas de preservação permanente por mera visualização de uma imagem fotográfica via satélite, com sobreposição de desenhos gráficos, sem aferir se o local encontra-se realmente degradado ou não, de forma a dispensar eventual recomposição ambiental*
>
> *Requer:*
>
> *Conhecimento do presente recurso e, no mérito, pelo total provimento reformando-se a sentença proferida, julgando-se totalmente procedente a ação civil pública ambiental nos termos da inicial e, para tanto, requer-se:*
>
> *a) Seja declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/2012, determinando que os apelados readéquem o CARMS0001590;*
>
> *b) Caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, seja determinada a inversão do ônus da prova, reconhecendo como não provado que a propriedade em questão se trata de área consolidada e que o apelado desenvolva atividades agrosilvipastoril, de ecoturismo ou turismo rural, não lhe sendo autorizado utilizar-se dos benefícios previsto no art. 61-A e art. 67 da Lei 12.651/12, bem como reconhecer que o Apelado não provou a existência de remanescente de mata encontrada em sua propriedade, compelindo-o a possuir área de reserva legal no importe de 20% (vinte por cento) do tamanho de sua propriedade, retificando as informações contidas no CARMS0001590.*

O apelado apresentou contrarrazões à f. 2246-251, pugnando pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 260-269) pelo provimento do recurso.

Breve relato dos fatos.

O Ministério Público Estadual propôs ação civil pública para compelir o requerido Geraldo a juntar aos autos o "Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD)", protocolizado junto ao órgão ambiental

estadual e/ou federal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da citação e a cumprir a obrigação de fazer consubstanciada na recuperação da área degradada na sua propriedade, executando o projeto, com fixação de multa para seu descumprimento.

Citado, o requerido apresentou contestação (f. 66-79).

O feito foi suspenso, por convenção das partes, por quatro meses, até que fosse providenciado o protocolo do projeto junto ao órgão competente (f. 95).

O requerido informou ter ingressado no Programa Mais Ambiente (f. 98-100).

A inicial foi emendada para incluir os lotes 4 e 5 da quadra 12, da Glebra Ouro Verde (f. 105-106).

Oferecida proposta de TAC, pelo MP (f. 119), foi aceita pelo requerido (f. 123).

O feito foi suspenso por 180 dias, com a finalidade de aguardar a decisão do STF quanto as ADIN's 4901, 4902 e 4903, com afetação direta no resultado da demanda.

O Imasul informou a implantação do CAR no Estado de Mato Grosso do Sul (ofício nº 1.958/2014, f. 194).

Constatando o descumprimento do TAC, pelo requerido, o MP pugnou pelo julgamento do feito e procedência do pedido inicial (f. 199-200).

Por sua vez, o requerido comprovou a inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR, bem como a planta do imóvel inserida no CAR, aduzindo que o Sítio Nossa Senhora Aparecida, atualmente possui uma área de 50,7430 hectares, certificados pelo INCRA, objeto das matrículas 4.327 e 6.322 do CRI de Ivinhema, não atingindo área total de quatro módulos (f. 202-204) e requereu o julgamento do mérito.

Sobreveio a sentença de improcedência objeto do recurso.

Inversão do ônus da prova.

É grande a celeuna doutrinária e jurisprudencial sobre tratar-se a inversão a inversão do ônus da prova, regra de procedimento (com a decisão proferida em fase de saneamento) ou regra de julgamento (com a decisão prolatada na sentença).

Sobre o tema, confira-se os comentários de Fabrício Bolzan:

> *"Os defensores da inversão na fase de saneamento entendem que ônus da prova é regra de procedimento, sendo esse o momento mais adequado para o reconhecimento do Direito Básico ora analisado.*
>
> *Já os seguidores da corrente que entende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença fundamentam-se na tese de que ônus da prova é regra de julgamento.*
>
> *(...)*
>
> *Vejam, temos argumentos relevantes tanto para um lado como para o outro. Por isso, o próprio STJ demorou anos para pacificar a questão. Ora posicionou-se pela sentença como o melhor momento para o juiz inverter o ônus da prova, ora pela fase de saneamento*
>
> *(...)*

> *No final do ano de 2011, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema ao julgar o Recurso Especial 802.832, posicionando-se pela fase de saneamento como o momento processual mais adequado para ocorrer a inversão do ônus da prova. In verbis:*
>
> *RECURSO ESPECIAL – CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA – INVERSÃO "OPE JUDICIS" (ART. 6º, VIII, DO CDC) – MOMENTO DA INVERSÃO – PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ("ope legis"), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ("ope judicis"), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta -se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão "ope judicis" ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão "ope judicis" do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando -se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. Recurso especial desprovido* (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 21-9-2011).
>
> *Compartilhamos com o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser a fase de saneamento o momento mais adequado para o magistrado inverter o ônus da prova, pelos seguintes motivos:*
>
> *1º) É a fase mais compatível para assegurar os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inversão na sentença, data venia, frustraria o exercício de tais direitos pelo fornecedor).*
>
> *2º) Não surpreende qualquer das partes (nem o consumidor, que, diante do indeferimento do pedido da inversão, tentará comprovar seu direito por outra via, nem o fornecedor, que terá tempo suficiente para demonstrar a ausência de responsabilidade, caso a inversão ocorra até o saneamento).*
>
> *3º) É o momento temporal do processo em que estará presente a maturidade do juiz para decidir a respeito do deferimento ou não do pedido de inversão do ônus da prova (não é tão prematuro para formar sua convicção, como seria se a inversão ocorresse no momento do despacho de citação, nem tão tarde como se fosse na sentença)."* (Direito do consumidor esquematizado *– 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014* p. 237-239)

De fato, a inversão do ônus da prova apenas na sentença ou, ainda, quando do julgamento do recurso de apelação, é medida que inviabiliza à outra parte o exercício do contraditório e da ampla defesa, porquanto ela se vê surpreendida com a assunção de ônus que não lhe cabia, sem que tenha tempo hábil para apresentar as provas que entende necessárias.

No STJ, prevalece o entendimento de que o saneamento é o momento processual mais adequado para determinar a inversão do ônus da prova, podendo ser deferida durante a tramitação do processo, desde que observado o contraditório.

Confira-se:

"PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – SÚMULA 283 DO STF.

1. ***A inversão ope judicis do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Precedentes da Segunda Seção.***

2. O Tribunal a quo foi de clareza meridiana ao asseverar que, embora perfilhasse entendimento idêntico ao desta Corte Superior, no caso em julgamento há peculiaridade que aponta para solução diversa, qual seja, o fato de que, consoante o art. 333, II, do CPC, o réu não cumpriu o ônus de demonstrar eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, fundamento inatacado pelo recorrente.

3. "É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". Súmula 283 do STF.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1186171/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015) – destacado.

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSOS ESPECIAIS – PRIMEIRO RECURSO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – COISA JULGADA – ANTERIOR DEMANDA AJUIZADA PELOS AUTORES QUE JÁ ANALISOU ALGUNS DOS PEDIDOS AQUI FORMULADOS COM ROUPAGEM DIVERSA – ERRO DE JULGAMENTO NÃO CARACTERIZADO – DOCUMENTOS QUE EM NADA MODIFICARIAM O RESULTADO DA DEMANDA EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA COISA JULGADA – RELAÇÃO DE INSUMO – INAPLICABILIDADE DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REGRA DE INSTRUÇÃO – PRECEDENTE – ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO SE MOSTROU NULO.

MODIFICAÇÃO DO JULGADO QUE DECORREU DO REPARO DOS DEFEITOS NELE EXISTENTES – PLEITO DE CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

ÓBICE DA SÚMULA Nº 7, DESTA CORTE – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO – SEGUNDO RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO COL. STF. INCIDÊNCIA DO ART. 102, III, DA CF – REGIMENTO INTERNO DE TRIBUNAL ESTADUAL – NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL – RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Tendo em vista que os itens "a.1" e "a.3" já foram analisados em anterior ação que, entre outros, visava a anulação do Termo de Confissão de Dívida firmado pelos autores, deve ser reconhecido, em relação a eles, o fenômeno da coisa julgada. Incidência dos arts. 301, § 3º, e 471, ambos do CPC.

2. Erro de julgamento não caracterizado, uma vez que a não apresentação dos documentos solicitados em nada modificaria o resultado da ação, tendo em vista que os pedidos já estavam acobertados pelo manto da coisa julgada.

3. O CDC não tem aplicação em relação de insumo, como no presente caso.

4. Inversão do ônus da prova é regra de instrução e não de julgamento. Precedente.

(...)" (REsp 1476261/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014) – destacado.

Na hipótese, em nenhum momento foi requerida a inversão do ônus da prova e quando instado o Ministério Público informou que "não tem outras provas a produzir, uma vez que o feito está bem instruído com os autos do Inquérito Civil nº 105/1998" (f. 200).

Portanto, o pedido de inversão do ônus da prova em razões recursais, além de surpreender o recorrido, está precluso.

Inconstitucionalidade dos art. 61-A e 67 da L. 12.651/12.

O apelante alega a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, por ferirem os artigos 225, caput, § 1º, I, III, § 3º; e, 186, II, da Constituição Federal.

Entretanto, referidas normas foram objeto da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, em 28.2.2018 e os Ministros do STF, declararam a constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal.

Confira-se a resenha do julgamento divulgada no informativo 892:

> *O Plenário concluiu julgamento conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade em que se discute diversos dispositivos da Lei 12.651/2012 (Código Florestal) (Informativos 884 e 891).*
>
> *O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADC 42, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões "gestão de resíduos" e "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais", contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; iv) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões "demarcadas" e "tituladas", contidas no art. 3º, parágrafo único; v) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vi) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e, em parte, Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); vii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 1º; viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; ix) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xi) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art . 7º, § 3º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; xv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12. § 5º; xvi) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xvii) por maioria, reconhecer a constitucional do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson*

Fachin e Rosa Weber; xviii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; xix) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; xx) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; xxi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xxii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 44; xxiii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; xxiv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual "a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva", vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxv) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual "a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva", vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; xxvi) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; xxvii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A; xxviii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xxix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; xxx) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63; xxxi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xxxii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xxxiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º; xxxiv) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67; xxxv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68; e xxxvi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4901, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 4º; ii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 5º; iii) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 6º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; iv) por maioria, reconhecer a

constitucionalidade do art. 12, § 7º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Edson Fachin e Rosa Weber; v) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 12, § 8º, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin e Rosa Weber; vi) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; vii) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 15; viii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 28; ix) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 3º; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 5º; xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, e, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 66, § 6º; xiii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67; e xiv) por maioria, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 68.

O Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4902, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art . 7º, § 3º; ii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; iii) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual "a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva", vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; iv) por maioria, deu interpretação conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual "a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva", vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; v) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; vi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A; vii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; viii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 67; e xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 78-A.

A Corte julgou parcialmente procedente a ADI 4903, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões "gestão de resíduos" e "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais", contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, vencidos, em parte, os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello; iii) por maioria, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, e, em parte, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente), dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, XVII, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação permanente; iv) por maioria, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, que declaravam inconstitucional, por arrastamento, o art. 4º, I; v) por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, declarar a inconstitucionalidade das expressões "demarcadas" e "tituladas", contidas no art. 3º, parágrafo único; vi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, III; vii) por maioria, dar interpretação conforme ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d'água intermitentes configuram área de preservação ambiental, vencidos o Ministro Gilmar Mendes e, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente); viii) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, §1º; ix) por maioria, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 4º; x) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 5º; xi) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 4º, § 6º, e incisos; xii) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 5º; xiii) por unanimidade, reconhecer a constitucionalidade do art. 8º, § 2º; xiv) por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Cármen Lúcia (Presidente) e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 11; xv) por maioria, vencidos os Ministros Relator, Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 17, § 3º; xvi) por unanimidade, julgou constitucional o art. 62.

Por fim, o Tribunal julgou parcialmente procedente a ADI 4937, para: i) por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, declarar a inconstitucionalidade das expressões "gestão de resíduos" e "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais", contidas no art. 3º, VIII, b; ii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art . 7º, § 3º; iii) por maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 13, § 1º; iv) por unanimidade, reconhecer constitucional o art. 44; v) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes; vi) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §4º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual "a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva", vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; vii) por maioria, dar interpretação

conforme a Constituição ao art. 59, § 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual "a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva", vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes; viii) por maioria, vencidos os Ministros Luiz Fux (relator), Marco Aurélio, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 60; ix) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, e, em parte, o Ministro Edson Fachin, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-A; x) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61-B; xi) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 61- C; e xii) por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia (Presidente), Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, reconhecer a constitucionalidade do art. 63.

O Colegiado destacou que o art. 225 da Constituição Federal estabelece que "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". Sob essa perspectiva, o meio ambiente assume função dúplice no microssistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais se posicionam, paralelamente, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

Outrossim, o homem é parte indissociável do meio ambiente. Por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas.

A capacidade de os indivíduos desestabilizarem o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, as quais se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais são escassos; determinados danos são irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza; alterações climáticas tornaram-se problema real; e a poluição se alastra pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas da crise ambiental. Portanto, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto – e não proprietário – do meio ambiente.

Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores, como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (CF, art. 225), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de "retrocesso ambiental", ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. Não se deve desprezar que a mesma Constituição que protege o meio ambiente também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (CF, artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional

(CF, art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, e a reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, artigos 3º, III, e 170, VII), a proteger a propriedade (CF, artigos 5º, "caput" e XXII, e 170, II), a buscar o pleno emprego (CF, artigos 170, VIII, e 6º) e a defender o consumidor (CF, artigos 5º, XXXII, e 170, V).

O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita, assim, o duelo valorativo entre a proteção ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum e a pessoa humana, num cenário de escassez. Portanto, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsicamente antagônicas.

Nessa medida, a preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes. Meio ambiente e desenvolvimento econômico encerram conflito normativo aparente, a envolver diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam.

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, e nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo, na linha do que decidido no RE 586.224/SP.

Assim, resta superada a análise dos argumentos do apelante, uma vez que assentada a constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/12 (Código Florestal).

Mérito.

Considerando-se as premissas já analisadas e que as obrigações assumidas no TAC foram firmadas na vigência do Código Florestal de 1965, referidas obrigações devem ser readequadas, a teor do Novo Código Florestal.

Nesse sentido o Decreto nº 8235 de 5 de maio de 2014 que trata especificamente sobre a questão em seu artigo 12.

Confira-se:

Art. 12. Os termos de compromissos ou instrumentos similares para a regularização ambiental do imóvel rural referentes às Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, firmados sob a vigência da legislação anterior, deverão ser revistos para se adequarem ao disposto na Lei nº 12. 651, de 2012.

§ 1º O disposto no caput aplica-se exclusivamente aos casos em que o proprietário ou o possuidor do imóvel rural requerer a revisão.

§ 2º Realizadas as adequações requeridas pelo proprietário ou possuidor, o termo de compromisso revisto deverá ser inscrito no Sicar.

§ 3º Caso não haja pedido de revisão, os termos ou instrumentos de que trata o caput serão respeitados.

Em que pese a existência de entendimento contrário, referido decreto é expresso ao determinar que os Termos de Ajustamento de Conduta realizados na vigência do Código Florestal de 1965 deverão ser revistos para que sejam adequados aos termos do Novo Código Florestal.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – EMBARGOS EXECUÇÃO EXECUÇÃO DE TERMO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA HOMOLOGADO JUDICIALMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE DA SENTENÇA POR OMISSÃO DA APRECIAÇÃO DAS TESES DE AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO – PRELIMINARES AFASTADAS – ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE – NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/12) – APLICAÇÃO DO ARTIGO 462 DO CPC – OBRIGAÇÕES AJUSTADAS NO TAC INCOMPATÍVEIS COM A NOVA LEGISLAÇÃO – FALTA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PAGAMENTO DE CUSTAS E DE HONORÁRIOS – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO PROVIDOS. Não há óbice à execução do Termo de Ajustamento de Conduta- TAC se o Estado se obrigou ao cumprimento das obrigações estabelecidas, motivo por que não há falar em impossibilidade jurídica do pedido. O Ministério Público é parte legítima para executar o Termo de Ajustamento de Condutado qual é signatário. Não há falar em cerceamento de defesa pela não produção de prova, se essa era desnecessária para o julgamento do feito. Também não há falar em omissão da sentença na apreciação das teses do apelante de ausência de certeza e liquidez do TAC, bem como, acerca da incidência de juros e correção monetária, haja vista que a matéria foi apreciada em embargos de declaração na primeira instância.* ***O advento de legislação superveniente (novo Código Florestal) trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo****, impondo-se a extinção da execução. É possível aplicar a legislação promulgada após a prolação da sentença, eis que considerada fato novo superveniente e passível de aplicação de ofício nos termos do artigo 462 do CPC. A teor do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, aplicado por analogia, não é cabível a condenação do Ministério Público ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, salvo comprovação de má-fé.* (Apelação nº 0101425-24.2006.8.12.0043. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: São Gabriel do Oeste; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/12/2013; Data de registro: 14/01/2014). Destaquei.

Pois bem.

Na hipótese, o artigo 67 do código florestal dispensa o proprietário de até 4 módulos fiscais de qualquer recuperação da área de reserva legal, ocupada até 22.07.2008.

Confira-se:

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

Na hipótese, o imóvel rural possui área total de 50,7430ha (f. 205/209), em consulta ao site eletrônico do INCRA, infere-se que o módulo fiscal no Município de Ivinhema é de 30 hectares[1], logo, atende aos requisitos legais para dispensa recuperação da área.

Ainda, depreende-se do relatório do Imasul que em 22.7.2008 *"o imóvel não possui passivo de área de preservação permanente (APP) e "o imóvel não possui passivo de reserva legal"* (f. 208).

Dessa maneira, não há área a ser recomposta no imóvel rural objeto do processo.

Por fim, consigna-se que não há informações de curso d'água naturais a exigir a consolidação de APP's, exigência que se depreende do art. 61-A, § 4º[2], da Lei nº 12.651/2012.

Assim, tenho que o recorrido comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defende-lo. O código florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal.* (TJMS. Apelação nº 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – REGRA DE INSTRUÇÃO – PRECLUSÃO – STF – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 61-A E 67 DA LEI Nº 12.651/12 – APLICAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Em matéria ambiental, têm incidência a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII, do CDC ou nos princípios da precaução e do in dubio pro natura, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, em função das especificidades do caso*

Relação Alfabética — SR 16 - MATO GROSSO DO SUL

UNIDADE GEOGRÁFICA			ZP	MOD. FISC. (ha)	ZTM IE 50/97	FMP (ha)	LIM. EST. (ha)	SITUAÇÃO CADASTRAL		SUPER. TERRIT. (km²)	ÁREAS ESPECIAIS
CÓDIGO MUNICÍPIO	NOME DO MUNICÍPIO	MRG						IMÓVEIS	ÁREA (ha)		
5004700	IVINHEMA	011	2	30	A3-3	3	45	2.670	237.411,4	2.010,2	PA

1

2 "para os imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d'água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais, conforme determinação do PRA, observado o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros, contados da borda da calha do leito regular."

concreto. A inversão do ônus da prova se trata de regra de instrução, "devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos". (Segunda Seção. EREsp 422.778-SP. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, vem manifestando pela "constitucionalidade dos artigos 3º, XIX; 4º, III, e § 1º e § 4º; 4º, § 5º e § 6º; 5º, caput, § 1º e § 2º; 8º, § 2º; 12, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º e § 8º; 13, § 1º; 15; 44; 48, § 2º; 61-A; 61-B; 61-C; 62; 63; 66, § 3º, § 5º e § 6º; 67; 68; 78-A; ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões "gestão de resíduos" e "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais e internacionais", contidas no art. 3º, VIII, b; das expressões "demarcadas" e "tituladas", contidas no art. 3º, parágrafo único; da expressão "realizada após 22 de julho de 2008", contida nos arts. 7º, § 3º, e 17, caput e § 3º; e dos arts. 59 e 60, todos da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal)," (TJMS. Apelação nº 0001423-71.2008.8.12.0012, Ivinhema, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 08/08/2018, p: 10/08/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – CÓDIGO FLORESTAL – APLICAÇÃO IMEDIATA DAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO – CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO – JULGAMENTO ENCERRADO NO STF – PRAZOS E CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS – SENTENÇA REFORMADA – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS INICIAIS – RECURSO PROVIDO. A Lei nº12.651/2012 revogou a Lei nº4.771/1965, passando a regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, com vigência e aplicação imediatas. Em virtude de recente julgamento das ADI´s de ns. 4901, 4902, 4903 e 4937, pelo Supremo Tribunal Federal, não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 61-A e 67, do Código Florestal. Se parte recorrente comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhe permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. Considerando a existência de exigências e prazos mais benéficos no novo Código Florestal, estes devem incidir na situação em análise, razão pela qual não deve prosperar a pretensão formulada na presente demanda. (TJMS. Apelação nº 0800190-98.2011.8.12.0012, Ivinhema, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 24/07/2018, p: 25/07/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defende-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. (TJMS. Apelação nº 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

Dispositivo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual.

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. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 26 de setembro de 2018.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 1412686-39.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO CAUTELAR – SUSPENSÃO DO INCISO I, DO § 3º, DO ART. 15, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GLÓRIA DE DOURADOS, IMPLEMENTADO PELA EMENDA Nº 17/2009, QUE PREVÊ A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE ÀS SERVIDORAS MUNICIPAIS – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – NÃO OCORRÊNCIA – DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA PREVISTOS NOS ARTIGOS 6º, CAPUT E 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E § 3º, do ART. 206, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – DIREITO CONSTITUCIONAL, ADEMAIS QUE INDEPENDE DE LEI ESPECÍFICA – AUTO-APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL – INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA – LIMINAR INDEFERIDA.

A emenda à Lei Orgânica Municipal nº 17/2009, que implementou o inciso I, ao § 3º, do art. 15, ao que parece, não está relacionada intrinsicamente ao regime jurídico dos servidores, de iniciativa privativa do alcaide; ao contrário, a norma impugnada parece tratar de direito fundamental previsto no art. 6º e 7º, XVIII, da Constituição Federal e § 3º, do art. 206, da Constituição Estadual.

Prevalece neste órgão colegiado o entendimento de que as servidoras públicas municipais possuem o direito à prorrogação da licença maternidade nos termos do § 3º, do art. 206, da Constituição Estadual, a qual foi concretizada pela lei objeto da presente demanda, no âmbito do município de Glória de dourados. Assim, ausente a plausibilidade do direito invocado, para a concessão da tutela cautelar. Também inexiste, no caso, o periculum in mora, uma vez que a o Município não comprovou o dano irreparável a ser causado pela manutenção da lei impugnada, de sorte que a suspensão da lei, em verdade, acarretaria prejuízos irreparáveis às servidoras e aos seus filhos (*periculum in mora* inverso), que estariam privados da convivência necessária na primeira fase da vida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, indeferir o pedido cautelar, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 1º de agosto de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

O prefeito do município de Glória de Dourados, Aristeu Pereira Nantes, ajuíza ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar, para o fim de ver declarada a inconstitucionalidade total da emenda à Lei Orgânica Municipal nº 17/2009, que ampliou o período de gozo da licença maternidade das servidoras públicas de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias, passando o § 3º, do art. 15, da mencionada lei, a vigorar com a seguinte redação:

> *Seção II Dos Servidores Públicos*
>
> *"Art. 15 O Município instituirá conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargos públicos o disposto no Art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição Federal, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir.*
>
> *Inciso I. A servidora gestante, por ocasião do nascimento do filho, será concedida licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos, sem prejuízo de sua remuneração."*

Aduz o autor, em síntese, que o inciso I, do § 3º, do art.15 da lei orgânica, apresenta vício de inconstitucionalidade formal, haja vista que as leis que versam sobre regime jurídico dos servidores municipais são de iniciativa privativa do chefe do poder executivo.

Requer a concessão da medida cautelar para o fim de suspender liminarmente a eficácia do inciso I, do § 3º, do art. 15, da lei orgânica municipal de Glória de Dourados, sob o fundamento de estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora.*

Instruiu com os documentos de f. 21-30.

O relator originário, Des. Dorival Moreira dos Santos, postergou a análise do pedido cautelar para após a oitiva do presidente da câmara de vereadores do município de Glória de Dourados e da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 34-35).

A Câmara Municipal de Glória de Dourados alega que não há vício de iniciativa alegado pelo prefeito municipal, ora autor, porquanto a norma impugnada possui natureza constitucional afeta aos direitos fundamentais, estando, portanto, a lei orgânica em consonância com os regramentos da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo indeferimento do pedido cautelar (f. 60-67). Os autos foram redistribuídos a este relator por força do Provimento – CSM nº 412/2018.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar ajuizada pelo prefeito do município de Glória de Dourados, Aristeu Pereira Nantes, com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade total da emenda à Lei Orgânica Municipal nº 17/2009, que ampliou o período de

gozo da licença maternidade das servidoras públicas de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias, passando o § 3º, do art. 15, da mencionada lei, a vigorar com a seguinte redação:

> *Seção II Dos Servidores Públicos*
>
> *"Art. 15 O Município instituirá conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargos públicos o disposto no Art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição Federal, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir.*
>
> *Inciso I. A servidora gestante, por ocasião do nascimento do filho, será concedida licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos, sem prejuízo de sua remuneração."*

Conforme relatado o autor, em síntese, sustenta que o inciso I, do § 3º, do art. 15 da lei orgânica, apresenta vício de inconstitucionalidade formal, haja vista que as leis que versam sobre regime jurídico dos servidores municipais é de iniciativa privativa do chefe do poder executivo.

Requer a concessão da medida cautelar para o fim de suspender liminarmente a eficácia do inciso I, do § 3º, do art. 15, da lei orgânica municipal de Glória de Dourados, sob o fundamento de estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora.*

A câmara municipal de Glória de Dourados alega que não há vício de iniciativa alegado pelo prefeito municipal, ora autor, porquanto a norma impugnada possui natureza constitucional afeta aos direitos fundamentais, estando, portanto, a lei orgânica em consonância com os regramentos da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo indeferimento do pedido cautelar (f. 60-67). Os autos foram redistribuídos a este relator por força do Provimento – CSM nº 412/2018.

Passo a decidir.

É cediço que a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade requer a presença simultânea da plausibilidade do direito material invocado (*fumus boni iuris)* e o perigo da demora (*periculum in mora),* bem como, nos termos da jurisprudência do STF, a conveniência da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória.

O autor sustenta que o dispositivo impugnado (inciso I, do § 3º, do art. 15, da lei orgânica municipal de Glória de Dourados), encontra-se eivado de inconstitucionalidade formal, porquanto versa sobre matéria cuja iniciativa é privativa do chefe do executivo; todavia, à revelia do alcaide, fora proposto pelo poder legislativo, indicativo de afronta ao processo de elaboração de leis previsto no artigo 67, § 1º, inciso II, alínea b, da Constituição Estadual.

De fato, a iniciativa do processo legislativo que trata sobre regime jurídico dos servidores públicos compete privativamente ao chefe do poder executivo, consoante se depreende do artigo 67, § 1º, inciso II, alínea *"b*", da Constituição Estadual, *in verbis*:

> *"Art. 67. A iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça,*

ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição.

§ 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

b) os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade.

(...)".

Pelo princípio da simetria, a competência para a deflagração do processo legislativo afeto ao regime jurídico dos servidores públicos municipais, é de iniciativa reservada ao chefe do poder público municipal.

Ocorre que, no presente caso, a emenda à Lei Orgânica Municipal nº 17/2009, ao que parece, não está relacionada intrinsicamente ao regime jurídico dos servidores; ao contrário, a norma impugnada parece tratar de direito fundamental previsto no art. 6º e 7º, XVIII, da Constituição Federal e § 3º, do art. 206 da Constituição Estadual.

Acerca do matéria, já decidiu este órgão colegiado:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DA NORMA IMPUGNADA – LEI MUNICIPAL 534/2014 QUE PREVÊ A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE ÀS SERVIDORAS MUNICIPAIS – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA PREVISTOS NOS ARTIGOS 6º, CAPUT, 7º, XVIII E 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – DIREITO CONSTITUCIONAL QUE INDEPENDE DE LEI ESPECÍFICA - EXISTÊNCIA DE NORMA FEDERAL QUE PREVÊ O BENEFÍCIO – AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO GRAVE À MUNICIPALIDADE – INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA – LIMINAR INDEFERIDA. Falta ao autor constitucional o fumus boni juris necessário à concessão da cautelar, tendo em vista que é entendimento prevalecente neste Tribunal de Justiça o de que as servidoras públicas já possuem o direito à prorrogação da licença maternidade, a qual foi concretizada pela lei objeto da presente demanda, no âmbito do município, o que advém das normas constitucionais e infraconstitucionais já então existentes. Também inexiste, no caso, o periculum in mora, uma vez que a o município não comprovou o dano irreparável a ser causado pela manutenção da lei impugnada, justificando-o tão-somente pela existência de dez servidoras que deverão gozar do benefício, de sorte que a suspensão da lei, em verdade, acarretaria prejuízos irreparáveis às servidoras e aos seus filhos que estariam privados da convivência necessária na primeira fase da vida. Medida cautelar indeferida. (TJMS. Direta de Inconstitucionalidade nº 1406361-53.2014.8.12.0000, Capital, Órgão Especial, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 17/09/2014, p: 25/09/2014).

A lei ora impugnada vem assegurar, conforme bem destacado no parecer da PGJ, proteção mais elevada à situação da gestante, garantindo-lhe um maior período de repouso, bem como um contato afetivo mais prolongado e saudável com sua prole, o que só vem a atender aos ditames constitucionais que protegem a família e a base de todos os direitos fundamentais, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Portanto, ausente a plausibilidade do direito material invocado *fumus boni iuris*, para a concessão da medida cautelar.

Também não se vislumbra o perigo de dano *periculum in mora*, porquanto o autor não demonstrou efetivo prejuízo para a administração em razão da prorrogação da licença maternidade de suas servidoras; sequer comprovou o impacto financeiro proporcionado com a aplicação da emenda à lei orgânica, ora impugnada.

Posto isso, com o parecer, indefiro o pedido cautelar de suspensão do inciso, I, do § 3º, do art. 15, implementado pela Lei Orgânica nº 17/2009, do Município de Glória de Dourados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, indeferiram o pedido cautelar, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 1º de agosto de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801688-46.2013.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – UTILIZAÇÃO DA IMPRENSA OFICIAL (*SITE* E *FACEBOOK*) PARA PROMOÇÃO PESSOAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO – SANÇÃO – MAJORAÇÃO DA MULTA CIVIL.

Discute-se nos presentes recursos: *a*) a prática de ato de improbidade administrativa pelo réu, e *b*) a sanção aplicada ao agente público.

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 (artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992).

Ofende os princípios da administração pública a utilização da imprensa oficial do Município (*site* e *facebook)* para promoção pessoal.

Segundo o parágrafo único, do art. 12, Lei nº 8.429, de 02/06/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na fixação das penas por ato de improbidade o Juiz levará em conta a "*extensão do dano causado*", assim como o "*proveito patrimonial obtido pelo agente*".

No caso, majorada a multa civil aplicada pelo ato de improbidade administrativa.

Apelação do réu conhecida e não provida. Apelação do autor conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de junho de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de dois recursos de apelação interpostos por José Garcia de Freitas e pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba-MS.

Ação: ação civil Pública de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra José Garcia de Freitas, na qual aduz, em suma, que o requerido, quando era Prefeito do Município de Paranaíba, utilizou da *internet* (*site* e *facebook* oficiais) para autopromoção, em patente benefício próprio, com violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, configurando ato de improbidade administrativa. Alega que o gestor já respondeu por outras ações judiciais por vincular os serviços e obras da administração pública à sua imagem pessoal.

Requereu, ao final: seja declarada a prática do ato de improbidade administrativa por parte do réu:

> *"(...) nos termos do disposto nos artigos 9º, inciso XII (como pedido principal) e, subsidiariamente, no artigo 11, ambos da Lei nº 8.429/92, na forma do artigo 289 c/c artigo 292, § 1º, ambos do Código de Processo Civil", e b) "a imposição das sanções previstas no artigo 12, inciso I da Lei nº 8.429/92 (como pedido principal) e artigo 12, inciso III, da mesma Lex (como pedido subsidiário), todas de maneira cumulada, inclusive com o ressarcimento do dano ocorrido sobretudo no aspecto moral"* (f. 1-39).

Sentença: julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para:

> *"(...) a) declarar que o réu José Garcia de Freitas praticou ato de improbidade previsto no artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92, consistente na utilização de site oficial e página da Prefeitura Municipal na rede social facebook, para vinculação de notícias autopromocionais; b) condenar o réu a pagar, a título de multa civil, o equivalente a 01 (uma) vez o valor da remuneração mensal que percebia quando da prática do fato descrito na prefacial, a ser revertida em favor do Município de Paranaíba-MS, nos termos do art. 18 da LIA. c) condenar o réu ao pagamento das custas processuais. Sem condenação em honorários advocatícios em favor do Ministério Público, eis que incabíveis".*

Apelação: interposta pelo autor Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando que:

> *a) o ato de improbidade praticado pelo réu tem tanta gravidade que gerou a cassação do seu diploma de prefeito na seara eleitoral; b) resta, por todos os vértices de análise, o intento inequívoco do recorrido em realizar sua autopromoção valendo-se, com exclusividade, do dinheiro público; situação esta agravada pelo contexto eleitoral que envolvia o município; c) a sanção aplicada deve ser majorada "diante da gravidade das irregularidades cometidas pelo então chefe do executivo municipal e, uma vez posta em evidência a conduta ímproba, é inegável a necessidade de uma sanção mais rigorosa, a fim de que, inclusive, os aspectos concernentes ao caráter retributivo e preventivo da sanção sejam alcançados, com a tentativa de reparação do dano pelo causador à sociedade; d) a expressão extensão do dano deve ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade; e) se, no caso concreto, o agente público já não mais exerce qualquer função pública, por evidente não se decretará a perda, mas se aplicará a suspensão dos direitos políticos, evitando-se que volte a ter acesso a mesma por período de tempo compatível com a gravidade da infração, e f) "é imperioso não só a majoração da multa civil, mas também a incidência das demais sanções previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.*

Ao final requer:

> *"(...) seja o presente recurso de apelação conhecido e julgado totalmente provido, para o fim de ver reformada a r. sentença de mérito de f. 464/479, com a consequente condenação do requerido José Garcia de Freitas na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, a majoração do pagamento de multa civil no máximo de cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, bem como 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 majoritários, pelo prazo de três anos, todos forma cumulativa, por ser esta medida da mais lídima e escorreita Justiça"* (f. 482-519).

Apelação: interposta pelo réu José Garcia de Freitas sustentando que:

> *a) as notícias veiculadas na internet não tinham interesse em promoção pessoal, mas apenas prestar contas à população, com caráter informativo; b) "não obstante as notícias estampar fotos e mencionar o nome do chefe do executivo, é nítido o valor informativo constante na publicidade em demonstrar à população local as atividades realizadas pelo Poder Executivo de Paranaíba-MS, o que, por si só, não caracteriza a promoção pessoal do apelante, tampouco configura ato de improbidade administrativa."; c) não está demonstrado o dano ao erário "já que não houve nenhum custo para a implantação do Site da Prefeitura Municipal Paranaíba e nem para a criação do Facebook. Além disso, o site e o Facebook da Prefeitura Municipal de Paranaíba-MS eram alimentados pela jornalista e funcionária do município Luana Valentin", e d) não agiu com dolo ou má-fé, o que afasta a configuração da improbidade administrativa (f. 520-537).*

Contrarrazões: apresentadas por ambas as partes, nas quais, em síntese, refutam os argumentos da parte contrária (f. 544-559 e 560-578).

Parecer do Ministério Público: opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto por José Garcia de Freitas e pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul:

> *"( ) a fim de reformar parcialmente a sentença, somente para majorar a pena de multa civil e condenar o ex-agente público à sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, e a suspensão temporária dos direitos políticos." (f. 586-595)*

VOTO

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

Discute-se nos presentes recursos: *a*) a prática de ato de improbidade administrativa pelo réu, e *b*) a sanção aplicada ao agente público.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a sentença recorrida foi disponibilizada nos autos em 15/04/2014 (f. 479), tendo a respectiva intimação ocorrido em 30/04/2014 (f. 481), enquanto que o recurso do autor foi interposto em 08/05/2014 e do réu em 16/05/2014.

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos *pendentes* (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Nos termos do art. 508, do Código de Processo Civil/1973, os recursos são tempestivos, pois interpostos no prazo de quinze (15) dias, contados da intimação pelo DJe (art. 242, CPC/73), na forma do art. 184.

Recurso do réu José Garcia de Freitas

Improbidade Administrativa

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul propôs ação civil pública de improbidade administrativa contra José Garcia de Freitas, na qual aduz, em suma, que o requerido, quando era prefeito do Município de Paranaíba, utilizou da internet (site e *facebook* oficiais) para autopromoção, em patente benefício próprio, com violação aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, configurando ato de improbidade administrativa.

A sentença recorrrida julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para *"declarar que o réu José Garcia de Freitas praticou ato de improbidade previsto no artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92, consistente na utilização de site oficial e página da Prefeitura Municipal na rede social Facebook, para vinculação de notícias autopromocionais"*. Em razão disso, condenou o réu a pagar multa civil no valor equivalente a uma (1) remuneração mensal que percebia quando da prática do ato de improbidade, a ser revertida em favor do Município de Paranaíba-MS.

O réu interpõe recurso de apelação e defende que:

> *a) as notícias veiculadas na internet não tinham interesse em promoção pessoal, mas apenas prestar contas à população, com caráter informativo; b) "não obstante as notícias estampar fotos e mencionar o nome do chefe do executivo, é nítido o valor informativo constante na publicidade em demonstrar à população local as atividades realizadas pelo Poder Executivo de Paranaíba-MS, o que, por si só, não caracteriza a promoção pessoal do apelante, tampouco configura ato de improbidade administrativa."; c) não está demonstrado o dano ao erário "já que não houve nenhum custo para a implantação do Site da Prefeitura Municipal Paranaíba e nem para a criação do Facebook. Além disso, o site e o Facebook da Prefeitura Municipal de Paranaíba-MS eram alimentados pela jornalista e funcionária do município Luana Valentin", e d) não agiu com dolo ou má-fé, o que afasta a configuração da improbidade administrativa (f. 520-537).*

O § 1º, do art. 37, da Constituição Federal/1988, prevê que:

> *"(...) a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".*

Tamanha a relevância que a Constituição Federal/1988 dispensa à publicidade oficial que a vedação a qualquer tipo de promoção pessoal é feita já no primeiro parágrafo do art. 37, evidenciando-se o cuidado do legislador constituinte com o princípio da impessoalidade.

Embora não se desconheça o quanto é usual a prática de condutas como as que foram descritas na inicial, sendo mesmo de se admitir e de se reconhecer que de há muito se constituiu e ainda lamentavelmente persiste em se constituir em prática corriqueira por parte da grande maioria de agentes políticos; o certo é que não se pode descurar do fato de que somente por meio da firme atuação do Poder Judiciário na eficaz aplicação da norma proibitiva, é que se obterá uma mudança na cultura e no comportamento dos gestores públicos, de modo a se encerrar, em definitivo, diversas práticas paroquiais, as quais, de há muito já deveriam, após quase três décadas de vigência da CF/88, estar na obsolescência.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável a correta identificação do dolo quando caracterizadas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429, 02/06/92, ou pelo menos eivadas de culpa grave, nas hipóteses do artigo 10, da mencionada Lei (dano ao erário).

No que diz respeito particularmente ao art. 11 (violação aos princípios da administração pública), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, nessa modalidade de improbidade, a par de se exigir a demonstração de dolo, este não precisa ser específico, bastando que seja genérico (v.g., REsp 1.352.535/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25/04/2018; REsp 1.532.378/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/12/2017).

Como sabido, o dolo genérico, diferentemente do dolo específico, é aquele que exige apenas consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo, não sendo necessária uma intenção especial, um requisito subjetivo transcendental, como ocorre com o dolo específico.

Nesse contexto, em que pesem os argumentos do réu-recorrente tenho, pois, que a hipótese dos autos não revela a prática de improbidade por ato culposo, mesmo porque, os ilícitos previstos no art. 11, exigem a presença de dolo, não se admitindo a modalidade culposa (v.g., MS 16.385/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 26/06/2012; EREsp 875.163/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/06/2010).

Na espécie, está comprovado que o réu-apelante, à época Prefeito do Município de Paranaíba, utilizou-se da *internet* (*site* e *facebook* oficiais do município) para autopromoção.

Várias postagens da Prefeitura Municipal de Paranaíba enaltecem a pessoa do réu, à época Prefeito, por ter sido responsável pelo desenvolvimento da cidade.

Na postagem do *facebook* do dia 19/10 constou: *"(...) O prefeito José Garcia de Freitas (Zé Braquiara) trouxe 18 novas indústrias em seus quase quatro anos de gestão (...)" (f. 227).*

No *site* oficial da Prefeitura de Paranaíba foi veiculada notícia que atribui ao Prefeito o ato de autorização da escrituração de imóveis de conjunto habitacional e menciona:

> *"(...) de acordo com o prefeito, José Garcia de Freitas, a falta de escrituração de casas populares entregues anos atrás, por gestões anteriores, o incomodou e por este*

> *motivo busca regularizar este conjunto habitacional, assim como os bairros Vila Militar, Jardim América e Jardim das Paineiras".*

Na mesma reportagem foi publicada entrevistas com pessoas que elogiam demasiadamente o prefeito (f. 232-233).

No mesmo *site* foi publicada matéria que diz *"Prefeito distribui ovos de Páscoa a crianças de Paranaíba"* (f. 240). A reportagem enfatiza que:

> *"(...) o prefeito José Garcia de Freitas (Zé Braquiara), acompanhado pela primeira dama, Roseli de Freitas e colaboradores da Prefeitura Municipal, distribuiu ovos de Páscoa nos bairros e nas escolas rurais de Paranaíba.".*

Nas notícias de f. 243, 245, 247, 261, 262, 271 igualmente, se repete a exaltação do Prefeito, como se fosse pessoalmente responsável por todas as conquistas da municipalidade.

Nas situações supramencionadas é indicada com ênfase a ótima gestão do Prefeito, com menção expressa ao seu nome, e, na maioria das vezes, com sua foto em destaque.

Não se pode dizer que as notícias veiculadas tiveram apenas intuito de informação e prestação de contas para a população local, pois nas campanhas publicitárias o nome do réu-apelante foi enaltecido diversas vezes, de maneira elogiosa, o que configura promoção pessoal.

Tais condutas foram reiteradas e, inclusive, o requerido respondeu por outras ações judiciais por atos de improbidade semelhantes: I. introdução de símbolo pelo agente público não previsto em lei com o propósito de identificar as ações governamentais à pessoa (Autos nº 0200047-43.2011.8.12.0018), e II. informes publicitários divulgados em período eleitoral com promoção pessoal (Autos nº 0802286-34.2012.8.12.0018).

Inclusive, há informação nos autos de que na justiça eleitoral, o réu-recorrente teve o seu mandato cassado, em razão do uso da máquina pública para promoção pessoal.

Desse modo, evidenciado que o gestor público praticava as irregularidades com dolo genérico, suficiente para a caracterização do ato ímprobo atentador aos princípios. As condutas do réu foram conscientes e voluntárias, voltadas para a realização dos elementos objetivos que compõem os atos de improbidade administrativa atentatórios contra a os princípios da administração pública.

Aliás, o réu-recorrente, até pelo cargo ocupado à época (Prefeito Municipal), não pode alegar em sua defesa o desconhecimento que estava incidindo em ato ímprobo, cujo desrespeito, de tão flagrante, faz avultar e emergir, por si só, a presença do dolo genérico.

Acerca da gravidade da violação aos princípios da administração pública, bem como das reais finalidades a serem perseguidas pelo gestor público, emblemático também o precedente a seguir citado:

> *"ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – UTILIZAÇÃO DE FRASES DE CAMPANHA ELEITORAL NO EXERCÍCIO DO MANDATO – ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VIOLAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC, REPELIDA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92 – LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO – PRESCINDIBILIDADE – INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO CONFIGURADA – SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS – PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. [...]*

2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração. Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele.

3. A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a administração pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 censura "condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material" (Wallace Paiva Martins Júnior, "Probidade Administrativa", Ed. Saraiva, 2ª ed., 2002).

4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior.

6. A tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, "na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver..." (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material. [...]

8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido." (REsp 695.718/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 12/09/2005, p. 234)

Ainda, conforme entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal:

"o caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam", sendo que "o rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos, de modo que a vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político ou com a pessoa do titular de cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte" (RE 191.668, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado

> *em 15/04/2008; RE 281.012, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012; RE 217.025-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 27/04/1998).*

Assim, sem maiores delongas, entendo estar suficientemente comprovado o elemento subjetivo – dolo - caracterizador do ato ímprobo, assim como também está cabalmente provada a utilização do nome do requerido no *site* oficial do Município e na página da prefeitura da rede social *Facebook*, a maioria, inclusive, com fotos suas, razão pela qual não vejo motivo para se reformar a sentença, no que tange à infringência ao art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Recurso do Ministério Público Estadual

Sanção aplicada

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação e assevera que:

> *a) o ato de improbidade praticado pelo réu tem tanta gravidade que gerou a cassação do seu diploma de prefeito na seara eleitoral; b) resta, por todos os vértices de análise, o intento inequívoco do recorrido em realizar sua autopromoção valendo-se, com exclusividade, do dinheiro público; situação esta agravada pelo contexto eleitoral que envolvia o município"; c) a sanção aplicada deve ser majorada diante da gravidade das irregularidades cometidas pelo então chefe do executivo municipal e, uma vez posta em evidência a conduta ímproba, é inegável a necessidade de uma sanção mais rigorosa, a fim de que, inclusive, os aspectos concernentes ao caráter retributivo e preventivo da sanção sejam alcançados, com a tentativa de reparação do dano pelo causador à sociedade; d) a expressão extensão do dano deve ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade; e) se, no caso concreto, o agente público já não mais exerce qualquer função pública, por evidente não se decretará a perda, mas se aplicará a suspensão dos direitos políticos, evitando-se que volte a ter acesso a mesma por período de tempo compatível com a gravidade da Infração, e f) é imperioso não só a majoração da multa civil, mas também a incidência das demais sanções previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.*

Ao final requer:

> *"(...) seja o presente recurso de apelação conhecido e julgado totalmente provido, para o fim de ver reformada a r. sentença de mérito de f. 464/479, com a consequente condenação do requerido José Garcia de Freitas na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, a majoração do pagamento de multa civil no máximo de cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, bem como 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 majoritários, pelo prazo de três anos, todos forma cumulativa, por ser esta medida da mais lídima e escorreita Justiça"* (f. 482-519).

A sentença recorrrida julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais e condenou o réu a pagar multa civil no valor equivalente a uma (1) remuneração mensal que percebia quando da prática do ato de improbidade, a ser revertida em favor do Município de Paranaíba-MS.

No tocante à pena aplicada, segundo o parágrafo único, do art. 12, Lei nº 8.429, de 02/06/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na fixação das penas por ato de improbidade o Juiz levará em conta a "extensão do dano causado", assim como o "proveito patrimonial obtido pelo agente".

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade administrativa:

> *"(...) deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade."* (v.g., REsp 300.184/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 03/11/2003, p. 291*).*

Nesse sentido, entende-se que, no campo sancionatório, a interpretação que deve conduzir a dosimetria adequada relaciona-se à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição (REsp 664.856/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 02/05/2006; REsp 291.747/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 18/03/2002).

Na hipótese dos autos, o réu-apelado se utilizou de duas ferramentas da *internet* vinculadas ao Município para a realização da promoção pessoal.

O ato de improbidade ficou ainda mais grave, em razão da promoção pessoal ter ocorrido em época de campanha eleitoral.

Ao que tudo indica, o ato de improbidade não causou um dano pecuniário ao erário e nem é possível quantificar o real proveito patrimonial obtido pelo agente.

Contudo, não se pode negar a gravidade da conduta perpetrada pelo réu.

Assim, tem-se que a sanção aplicada ficou aquém do esperado, pois, conforme ponderou o Ilustre Procurador de Justiça:

> *"(...) não é suficiente para desestimular o ilícito e tampouco para trazer segurança à sociedade. Sendo assim, diante do fato de José Garcia de Freitas fazer o uso da máquina pública para se autopromover às vésperas do período eleitoral, temos que a sanção definida pelo magistrado a quo não alcança seu objetivo" (f. 586-595).*

Nesse sentido, por não ter havido dano pecuniário ao erário a partir da conduta imputada ao réu, e, por não se ter prova de ter havido proveito patrimonial direto em favor deste, impõe-se fixar a multa civil no valor correspondente a 3 (três) remunerações percebidas pelo réu à época dos fatos, justificando-se esse valor em razão do provável proveito econômico indireto que obteve o agente, por meio da divulgação de sua imagem pessoal atrelada a uma campanha institucional (promoção de sua própria imagem no meio social e político), bem como porque esta quantia atende também ao critério da exemplariedade, sendo, pois, suficiente para prevenir novas condutas dessa natureza.

De se ressaltar que, no caso, deixo de aplicar cumulativamente as demais sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, tendo em vista a necessidade de adequação da penalidade imposta com o fato praticado.

Quanto as sanções de suspensão do direito político e proibição de contratar com o poder público, na realidade, não configuram uma consequência lógica, imediata e inarredável do julgamento de procedência da ação de improbidade administrativa.

Até porque, por se tratarem de sanções mais drásticas, devem ser aplicadas quando as circunstâncias fáticas forem mais graves, em consonância com o princípio da razoabilidade.

Sobre essa questão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"2. Da análise dos autos, verifica-se que o recorrente foi condenado pela prática de ato ímprobo previsto no art. 11, caput da Lei 8.429/92, por ter utilizado da função pública para promoção pessoal perante a população local, contudo, dessa conduta não se apurou eventual favorecimento à Sociedade Beneficiente, nem ficou demonstrado dano ao erário, tampouco recebimento de vantagem indevida pelo Parlamentar. 3. Dessa forma, a pena aplicada deve ser fixada respeitando o princípio da razoabilidade, mantendo-se a decisão que retirou da condenação do agente a pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos."* (AgRg no REsp 1184416, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 15.05.2012).

Assim, neste ponto, a sentença merece parcial reforma, apenas para majoração da multa civil aplicada.

Diante do exposto, com o parecer, conheço o recurso interposto por José Garcia de Freitas, mas nego-lhe provimento.

Contra o parecer, conheço o recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe parcial provimento para aumentar a multa civil imposta ao réu, em razão de sua condenação por ato de improbidade administrativa, no valor correspondente a 3 (três) remunerações percebidas pelo réu à época dos fatos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso de José, e deram parcial provimento ao apelo ministerial, contra o parecer, 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. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 27 de junho de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0812061-90.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS – NULIDADE DA SENTENÇA POR VÍCIO DE ADSTRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – INÉPCIA DA INICIAL E ILEGITIMIDADE ATIVA – INOCORRÊNCIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADVOCATÍCIO SEM A NECESSÁRIA CONTRAPRESTAÇÃO – NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO – VALOR ARBITRADO – RAZOABILIDADE – INDENIZAÇÃO PELOS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS PELOS ADVOGADOS (RECONVENÇÃO) – VALOR JUSTO E ADEQUADO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA (LIDE PRINCIPAL) – RAZOABILIDADE.

Discute-se no presente recurso: a) em preliminar, eventual inépcia da inicial e ilegitimidade ativa do autor-apelado para pleitear quota-parte de honorários de terceiros; e b) eventual nulidade da sentença, por vício de adstrição, no que tange à determinação de reserva de honorários; e, no mérito, c) a ausência de pactuação *quota litis*, bem como a inexistência de anuência da apelante na outorga de poderes ao apelado; d) o cumprimento do mandato outorgado foi realizado em afronta às regras profissionais que regem o exercício da advocacia, sendo que nada é devido ao apelado a título de honorários; e) redução do valor dos honorários arbitrados, para um por cento (1%) sobre o valor do precatório expedido; f) majoração da indenização por perdas e danos, ou, que sejam utilizados os mesmos critérios para o arbitramento dos honorários, ou sejam, trinta por cento (30%) da condenação principal; g) a redução dos honorários de sucumbência atribuídos para a ré-apelante para R$ 3.000,00, e h) a redução do valor da indenização por perdas e danos (pedido da reconvenção) para cinco por cento (5%) dos honorários arbitrados.

Nulidade da sentença: A determinação de reserva de honorários, longe de ser causa de anulação da sentença, por vício de adstrição, é, em verdade, uma simples providência natural do acolhimento do pedido inicial, tratando-se, pois, de medida cautelar, passível de ser tomada de ofício pelo Juiz, *ex vi* do art. 798, do CPC/73.

Inépcia da inicial: O art. 26, da Lei 8.906, de 04/07/1994 (Estatuto da OAB), prevê que "*o advogado substabelecido, com reserva de poderes, não pode cobrar honorários sem a intervenção daquele que lhe conferiu o substabelecimento*". Na hipótese, não houve reserva de poderes no substabelecimento, presumindo-se, portanto, a possibilidade de atuação separada do advogado substabelecido, de modo que, assim, não há que se falar na vedação de exigência de arbitramento dos honorários por apenas um deles, em razão da solidariedade havida na espécie, bem como do inequívoco fato de não ter havido reserva de poderes.

Ilegitimidade ativa: Embora o art. 662, do CC/02 (no mesmo sentido do que previa o art. 1.296, p. único, do CC/02), preveja que "*os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados*", o próprio dispositivo ressalva a possibilidade de sua ratificação pelo mandante, sendo que esta "*há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco*". Na hipótese, a ratificação do mandato ocorreu por ato inequívoco dos mandantes, pois estes jamais questionaram o patrocínio da causa desde o ano de 1989 pelo autor-apelado, sendo, portanto, flagrantemente contraditório o argumento ora invocado (ilegitimidade ativa), não sendo, por isso mesmo, em razão do princípio da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*), passível de admissão.

Arbitramento dos honorários: A sentença em nenhum momento afirmou ter havido pactuação *quota litis*; ao contrário, reconheceu ser hipótese de "*falta de estipulação ou de acordo*" (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906, de 04/07/1994 - Estatuto da OAB), tendo o autor-apelado assumido o patrocínio da causa de forma onerosa. Por essa razão, concluiu fazer jus o autor-apelado à respectiva remuneração, a qual deve ser arbitrada, *ex vi lege* (art. 22, § 2º, Lei 8.906, de 04/07/1994 - Estatuto da OAB).

Justeza do valor arbitrado: segundo o art. 36, do Código de Ética da OAB, os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes: a) a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; b) o trabalho e o tempo necessários; c) a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros; d) o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; e) o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente; f) o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado; g) a competência e o renome do profissional; h) a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Na hipótese, os fundamentos da sentença se auto-sustentam, na medida em que é inequívoco o árduo trabalho desenvolvido pelos advogados constituídos na lide subjacente, isso ao longo de trinta e seis (36) anos, com diversas fases do processo superadas (cognitiva, recursal, liquidação, execução, etc.), sendo que, ao final, o trabalho resultou na condenação, em favor dos réus, de uma condenação milionária, sendo incontroverso, portanto, que o trabalho resultou em evidente êxito. Embora se tenha constatado omissões ao longo do trabalho prestado, é certo que estas impediram o trâmite processual por pouco mais de trinta e seis (36) meses, contudo este fato não exclui, tampouco se equipara, ao trabalho exitoso prestado.

Valor da indenização fixada pelos atos dos advogados (lide secundária – reconvenção): Os atos ilícitos praticados pelos advogados (retenção indevida do processo, sem movimentação) não foram os únicos a resultar em tão longa tramitação processual; ao contrário, a isso agregaram-se também outros fatores, próprios da lide subjacente, e de sua complexidade, não havendo, aliás, que se falar em perda de uma chance, pois, ao fim e ao cabo, o êxito foi alcançado pelo réu-apelado, consoante alhures ressaltado. Neste ponto, cabe também rememorar que, embora se tenha constatado omissões ao longo do trabalho prestado, este fato não exclui, tampouco se equipara, ao trabalho exitoso prestado, razão pela qual não devem, realmente, serem adotados os mesmos critérios utilizados para o arbitramento, para a fixação da indenização por dano processual.

Honorários de sucumbência (demanda principal): O § 3º, do art. 20, do CPC/73, estabelecia que os honorários de sucumbência "*serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação*". Na hipótese, a pretensão recursal de redução dos honorários para ínfimos R$ 3.000,00, resultaria em evidente violação ao citado dispositivo legal, pois essa quantia, à toda evidência, resultaria em quantia inferior ao percentual de dez por cento (10%), o que não seria admitido.

Valor da indenização fixada pelos atos dos advogados (recurso adesivo): Consoante o disposto no parágrafo único, do art. 953, do CC/02, "*se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso*". Na hipótese, os graves fatos imputados aos advogados (retenção indevida do processo, sem movimentação), merecem exemplar punição, sobretudo visando evitar que novas condutas dessa natureza se repitam, daí porque razoável o valor estabelecido.

Apelação da ré conhecida e não provida. Recurso adesivo do autor conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de junho de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 13/06/2017

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos por Adelia Fontoura Paes Basmage e Reinaldo Orlando Nascimento de Araújo contra sentença proferida pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Arbitramento de honorários advocatícios proposta por Reinaldo Orlando Nascimento de Araújo contra Adelia Fontoura Paes Basmage e o Espólio de João Miguel Basmage, sustentando que lhe foram outorgados poderes para atuar em processo que foi proposto em favor dos réus no ano de 1.976, que teve por objetivo a finalização de compra de domínio de uma área de terras situadas em Ribas do Rio Pardo, então vendidas pelo Estado de Mato Grosso, com pretensão de pagamento da parcela faltante e consequente recebimento de título definitivo.

Afirmou que a contratação para o desempenho de atividades de advogado naquela se deu de forma verbal, com ajuste de remuneração, firmada com o falecido João Migue Basmage, equivalente a "*50% (cinquenta por cento) do valor homologado judicialmente como indenização da terra bruta, através de perícia judicial*" (f. 4).

Ponderou que os cálculos do crédito foram homologados em R$ 6.004.567,60, e determinada a expedição de precatório para ser pago pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contudo, em 03/08/2012, recebeu notificação subscrita pela primeira ré e sucessores do segundo réu, revogando a procuração, sem que, todavia, promovessem o pagamento de seu crédito de honorários advocatícios na forma contratada.

Asseverou ter atuado em conjunto com outros dois advogados, já falecidos, Dr. Fayez Hanna Risk e Dr. Ricardo Nascimento de Araújo, sendo que foi aquele primeiro que lhe substabeleceu poderes, sem reserva, apresentou os fundamentos da pretensão, sustentou possuir direito de remuneração pelo percentual equivalente a 30% "*sobre o valor constante do precatório requisitório de pagamento já expedido*", afirmou que tal crédito deve ser partilhado, em proporções iguais, com as viúvas dos outros dois causídicos, dizendo que cada procurador que atuou em favor dos ora Requeridos, tem direito à percepção da terça parte (1/3) da remuneração visada.

Requereu, assim, a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios no valor de trinta por cento (30%) sobre o valor do benefício recebido, fixado em sentença como indenização, que homologou o valor de terra bruta, em perícia judicial, na quantia de R$ 6.004.567,60, atualizado (f. 01-08).

Reconvenção: apresentada por Adélia Fontoura Paes Basmage, sustentando, em síntese: a) que não são devidos os honorários, pois o autor, juntamente com os outros procuradores, agiram com "desleixo

profissional" durante o trâmite processual, causando danos aos autores, então clientes, e b) conforme o atraso, por culpa exclusiva do reconvindo, somando doze (12) anos, compreendendo petições acerca de matérias decididas, carga abusiva, extravio e busca e apreensão dos autos, é devido à autora o valor de 0,5% sobre o valor da indenização, por mês de atraso no trâmite do processo.

Requereu, assim, a condenação do reconvindo ao pagamento de indenização por perdas e danos no valor de R$ 1.441.096,22 (f. 1707-1724).

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido inicial para: a) arbitrar, em favor do autor, o crédito de honorários advocatícios no valor de trinta por cento (30%) do total, atualizado, que a ré, e demais devedores solidários, tiverem direito de levantar por ocasião de liberação de valores no precatório nos autos nº 1600145-21.2013.8.12.0000, condenando a ré ao seu pagamento, e b) condenar a ré ao pagamento da restituição dos valores relativos a despesas processuais que não estão em cobrança em outra ação, acrescidos de juros de mora a partir da citação e correção monetária pelo IGPM, desde cada desembolso.

Além disso, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na reconvenção, para condenar o autor ao pagamento de indenização por perdas e danos, no valor de dez por cento (10%) sobre o valor dos honorários arbitrados, assegurando ao autor, o direito de exigir dos co-devedores, as respectivas quotas de cada um, admitida a compensação de créditos.

Sucumbência do pedido inicial atribuída à ré, com honorários de sucumbência fixados em quinze por cento (15%) sobre o valor da condenação.

Sucumbência da reconvenção reciprocamente atribuída às partes, na proporção de sessenta por cento (60%) para a reconvinte e quarenta por cento (40%) para os reconvido, com honorários de sucumbência fixados em quinze por cento (15%) sobre o valor atualizado da reconvenção (f. 2820-2841).

Apelação da ré Adelia Fontoura Paes Basmage: sustentando, em preliminar: a) a inépcia da inicial e a ilegitimidade ativa do apelado, pois, no caso, não há solidariedade de credores de honorários, porquanto houve substabelecimento sem reservas, não podendo ocorrer cobrança da totalidade de honorários, e b) o afastamento da reserva de crédito de honorários no precatório determinada em sentença, em razão de ser ultra petita.

No mérito, sustentou: c) a ausência de pactuação *quota litis*, bem como a inexistência de anuência da apelante na outorga de poderes ao apelado; d) reitera os argumentos lançados na reconvenção, de que "*o cumprimento do mandato outorgado foi realizado em afronta às regras profissionais que regem o exercício da advocacia*", sendo que nada é devido ao apelado a título de honorários, ou, alternativamente, d) a redução do valor dos honorários devidos para um por cento (1%) sobre o valor do precatório expedido; e) a majoração da indenização por perdas e danos para o valor de R$ 1.441.096,22, ou, que sejam utilizados os mesmos critérios para o arbitramento dos honorários, ou sejam, trinta por cento (30%), e f) a redução dos honorários de sucumbência atribuídos para a ré-apelante para R$ 3.000,00 (f. 2848-2877).

Recurso adesivo do autor Reinaldo Orlando Nascimento de Araújo: sustenta, em síntese, a redução do valor da indenização por perdas e danos para cinco por cento (5%) do valor dos honorários arbitrados (f. 2907-2923).

Contrarrazões: em síntese, refutaram os argumentos dos recorrentes adversos, pugnando pelo não provimento dos recursos (f. 2886-2906 e 2944-2958).

Acórdão do TJ/MS: relativo ao Agravo de Instrumento nº 1405804-32.2015.8.12.0000 interposto pela ré Adélia Fontoura Paes Basmage, atribuiu efeito suspensivo ao presente recurso de apelação (f. 2991-2999).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) em preliminar, eventual inépcia da inicial e ilegitimidade ativa do autor-apelado para pleitear quota-parte de honorários de terceiros; e b) eventual nulidade da sentença, por vício de adstrição, no que tange à determinação de reserva de honorários; e, no mérito, c) a ausência de pactuação *quota litis*, bem como a inexistência de anuência da apelante na outorga de poderes ao apelado; *d*) o cumprimento do mandato outorgado foi realizado em afronta às regras profissionais que regem o exercício da advocacia, sendo que nada é devido ao apelado a título de honorários; e) redução do valor dos honorários arbitrados, para um por cento (1%) sobre o valor do precatório expedido; f) majoração da indenização por perdas e danos, ou, que sejam utilizados os mesmos critérios para o arbitramento dos honorários, ou sejam, trinta por cento (30%) da condenação principal; g) a redução dos honorários de sucumbência atribuídos para a ré-apelante para R$ 3.000,00, e h) a redução do valor da indenização por perdas e danos (pedido da reconvenção) para cinco por cento (5%) dos honorários arbitrados.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a sentença recorrida foi disponibilizada nos autos em 14/04/2015 (f. 2.842), tendo a respectiva intimação ocorrido em 27/04/2015 (f. 2.845-2.846), enquanto que os presentes recursos foram interpostos em 12/05/2015 e 26/05/2015 (f. 2849 e 2907-2923).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Nos termos do art. 508, do Código de Processo Civil/1973, os recursos são tempestivos, pois interposto no prazo de quinze (15) dias, contados da intimação pelo DJe (art. 242, CPC/73), na forma do art. 184.

Apelação da ré Adélia Fontoura Paes Basmage

Preliminar – nulidade da sentença (*ultra petita*)

A ré-apelante aduz, ainda, que a reserva de crédito de honorários no precatório, determinada pela sentença, enseja nulidade, em razão de ser *ultra petita*, neste ponto.

Contudo, esta providência do juízo *a quo*, longe de ser causa de anulação da sentença, por vício de adstrição, é, em verdade, uma simples providência natural do acolhimento do pedido inicial, tratando-se, pois, de medida cautelar, passível de ser tomada de ofício pelo Juiz, *ex vi* do art. 798, do CPC/73, segundo o qual,

> *"(...) poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".*

Assim, por se tratar de mera providência tomada pelo Juiz com lastro em seu *poder geral de cautela*, não há se falar em vício de adstrição.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Inépcia da inicial e ilegitimidade passiva

A ré-apelante aduz, em suma, a inépcia da inicial e a ilegitimidade ativa do apelado, pois, no caso, não há solidariedade de credores de honorários, pois houve substabelecimento sem reservas, não podendo ocorrer cobrança da totalidade de honorários; e, ainda, que o substabelecimento não poderia ocorrer sem anuência dos mandantes.

A sentença concluiu que não há inépcia, porque, em razão da solidariedade ativa,

> *"(...) o requerente, na qualidade de credor solidário, pode exigir a integralidade do crédito", não havendo que se "falar em necessidade de ingresso dos demais titulares no polo ativo ou passivo desta ação, devendo ser afastadas as afirmações de falta de pressupostos e de inépcia"* (f. 2.825).

Ainda, observou que não há ilegitimidade do autor para a cobrança da quota-parte dos demais advogados que antes atuaram no processo, pois,

> *"(...) como inclusive a própria Ré consignou, o substabelecimento passado ao Requerente se deu sem reserva de poderes, o quanto se infere do documento de f. 48. Assim, naquela referida situação legal (Lei nº 8.906/94, art. 26) não se enquadra o Demandante, e o dispositivo anotado não representa óbice à pretensão apresentada na inicial"* (f. 2.825).

Em primeiro lugar, com relação à solidariedade ativa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, havendo pluralidade de advogados representado a mesma parte e constando do mandato autorização para que possam agir em conjunto ou separadamente, qualquer um deles tem legitimidade para pleitear o arbitramento dos honorários ou ajuizar a ação de execução da verba incluída na condenação (REsp 1.370.152/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 13/11/2015; REsp 246.124/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/11/2002, DJ 07/04/2003).

Por sua vez, o art. 26, da Lei nº 8.906, de 04/07/1994 (*Estatuto da OAB*), prevê que "*o advogado substabelecido, com reserva de poderes, não pode cobrar honorários sem a intervenção daquele que lhe conferiu o substabelecimento*".

Ainda a doutrina de Orlando Gomes:

> *"Considerada a pessoa do procurador, pode a procuração ser singular ou plural, conforme a autorização seja dada a um só ou a vários procuradores. A procuração*

> *plural subdivide-se em procuração conjunta, solidária, fracionária e substitutiva. Se os procuradores não podem agir separadamente é conjunta. Se cada qual pode agir isoladamente, independente da ordem de nomeação, a procuração é solidária ou in solidum; se a esfera de ação de cada procurador está delimitada para cada qual agir exclusivamente em seu setor é fracionária; se finalmente um procurador somente pode agir na falta de outro, pela ordem de nomeação, a procuração é substitutiva".* (Contratos. 17. ed. Forense, 1996, p. 354).

Na hipótese, como bem observou a sentença, não houve reserva de poderes no substabelecimento de f. 49, presumindo-se, portanto, a possibilidade de atuação separada do advogado substabelecido, de modo que, assim, não há se falar na vedação de exigência de arbitramento dos honorários por apenas um deles, em razão da solidariedade havida na espécie, bem como do inequívoco fato de não ter havido reserva de poderes.

Assim, uma vez afastada, por interpretação a *contrario sensu*, a aplicação do art. 26, da Lei nº 8.906, de 04/07/1994 (Estatuto da OAB), não há que se falar em vedação para se cobrar honorários sem a intervenção daquele que lhe conferiu o substabelecimento.

Logo, não há se falar em inépcia da inicial.

A propósito, seria ilógico, nas condições da presente lide, se cogitar da propositura de nova ação para arbitramento dos honorários dos demais advogados, sendo que o próprio autor-apelado reconhece o direito dos demais patronos às suas respectivas quotas-parte.

Por fim, no tocante à alegada ilegitimidade ativa, embora a ré-apelante aduza que não poderia ter havido substabelecimento sem reservas de poderes sem a aquiescência dos mandantes, de fato, sabe-se que o art. 24, § 2º, do Código de Ética da OAB, prevê que "*o substabelecimento do mandato sem reservas de poderes exige o prévio e e inequívoco conhecimento do cliente*".

Contudo, como bem destacou a sentença, o considerável tempo pelo qual o advogado substabelecido atuou na causa, com evidente êxito, ratificou, ainda que tacitamente, o substabelecimento havido no ano de 1.989.

Embora o art. 662, do CC/02 (no mesmo sentido do que previa o art. 1.296, p. único, do CC/02), preveja que "*os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados*", o próprio dispositivo ressalva a possibilidade de sua ratificação pelo mandante, sendo que esta "*há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco*".

Na hipótese, a ratificação do mandato ocorreu por ato inequívoco dos mandantes, pois estes jamais questionaram o patrocínio da causa desde o ano de 1989 pelo autor-apelado, sendo, portanto, flagrantemente contraditório o argumento ora invocado, não sendo, por isso mesmo, em razão do princípio da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*), passível de admissão.

Como bem observou o Magistrado *a quo*:

> *"(...) cabe salientar que, salvo os atos iniciados pela notificação de "revogação de poderes" (f. 33-34), todas as demais circunstâncias revelam que os constituintes, e inclusive os sucessores de João Miguel Basmage - que também subscreveram a referida notificação -, sempre ratificaram, ainda que de forma tácita, todos os atos praticados pelo Autor e os outros dois advogados (CC/16, art. 1.296: "pode o mandante ratificar ou impugnar os atos praticados em seu nome sem poderes suficientes"), tanto que a condução do processo originário não encontrou obstáculo até o advento daquele mencionado comunicado de desconstituição de poderes, sem desconsiderar, também, que mesmo a convalidação dos*

> *atos dos causídicos não tendo se dado de forma expressa, é claramente extraída de atos inequívocos dos mandantes, que, como visto, aceitaram a advocacia por longo período, sem qualquer impugnação [...]. E a própria existência de notificação escrita, nominada de "revogação de poderes", é prova inconteste de que os constituintes tinham conhecimento de que o Requerente exercia o mandato por substabelecimento"* (f. 2.826-2.827).

Por tais razões, não há que se falar em inépcia da inicial, e de *ilegitimidade ativa* do autor-apelado, não havendo, portanto, razão para o provimento do recurso, neste ponto.

Arbitramento de honorários

Sustenta ainda a ré-apelante a ausência de pactuação *quota litis*, ressaltando que nenhum dos requisitos essenciais dessa modalidade contratual afiguram-se presentes na hipótese, de modo que não podia:

> *"(...) o magistrado valer-se de elementos inexistentes para determinar que houve a pactuação quota litis, ou ainda, valer-se da mesma para validar o percentual (de 30%!) deferido em sentença. O apelado, por ser ônus que lhe incumbia, não fez qualquer demonstração da pactuação, salvo suas ilações lançadas na inicial, razão pela qual a sentença merece ser reformada"* (f. 2.863).

O juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido de arbitramento (demanda principal), sob o fundamento de que o exercício do mandato, quando oneroso e decorrente de atividade profissional, enseja necessária remuneração.

Afirmou o Juiz que:

> *"(...) merece ser acolhido em parte, pois é certo que a outorga de mandato a profissional, para desempenho de suas atividades de ofício, deve ser objeto de remuneração, conforme define o art. 658, "caput", do CC. E, de acordo com Cláudio Luiz Bueno de Godoy, 'o mandato será oneroso quando (...) se recebe por quem, nessa condição, exerce profissão lucrativa, como o advogado, por exemplo, ou mesmo quando o mandatário atue profissionalmente na gestão de interesse alheio. (...). Por fim, diga-se que, se devidos, os honorários deverão ser pagos ainda que o negócio para o qual outorgado não surta os efeitos desejados, salvo culpa do mandatário (...)'.*

E no artigo 22, caput e § 2º, da Lei nº 8.906/94, está assegurado que:

> *"(...) a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência', e 'na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB."* (f. 2.830-2.831).

Como se vê, a sentença, em nenhum momento afirmou ter havido pactuação *quota litis*; ao contrário, reconheceu ser hipótese de "falta de estipulação ou de acordo" (art. 22, § 2º, Lei 8.906, de 04/07/1994 - Estatuto da OAB), tendo o autor-apelado assumido o patrocínio da causa de forma onerosa.

Por essa razão, concluiu fazer jus o autor-apelado à respectiva remuneração, a qual deve ser arbitrada, *ex vi lege* (art. 22, § 2º, Lei 8.906, de 04/07/1994 - Estatuto da OAB).

Portanto, também neste ponto, não deve ser provido o recurso, pois flagrantemente insubsistente o argumento da ré-apelante.

Em *obter dictum*, entretanto, deve se ressaltar que, em razão do disposto no art. 272, do CC/02 ("*o credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba"*), deverão os demais credores, ou seus herdeiros, serem cientificados quando de eventual levantamento do valor da condenação, pelo autor-apelado.

Redução dos honorários arbitrados

A ré-apelante aduziu, ainda, a redução do valor dos honorários devidos para um por cento (1%) sobre o valor do precatório expedido.

A sentença arbitrou os honorários devidos aos causídicos que patrocianaram a causa dos réus em trinta por cento (30%) do valor do proveito econômico obtido na demanda subjacente, sob o fundamento de que:

> *"(...) o labor foi validamente desenvolvido entre os anos de 1.976 e 2.012, totalizando cerca de 36 anos de trabalho. Embora em alguns momentos o processo primitivo tenha ficado sem andamento em razão de atos dos causídicos, tenho que, para os efeitos de arbitramento do preço dos honorários pleiteados na inicial, essa situação deve ser relevada, até porque isso não significou prejuízo algum para o julgamento do mérito do pedido da ação inicial, e esse fato é objeto e fundamento do pedido reconvencional apresentado pela Demandada, não sendo razoável que implique em dupla incidência no direito de crédito dos advogados. Ainda acerca da realização dos serviços, considero que o trâmite ocorreu em três Comarcas diferentes, iniciando-se em Cuiabá-MT, depois nesta capital, e, por fim, em Ribas do Rio Pardo-MS, sendo que nesta última ainda se desenvolvem os atos das execuções. Ademais, vários foram os recursos impetrados e contrarrazoados ao longo dos anos de trâmite das ações (principal e execução), inclusive o processo inicial conta com três sentenças distintas, sendo uma de extinção sem resolução do mérito (f. 1.808-1.809), outra de improcedência (f. 512-520), e a última de procedência (f. 20-31), além dos conflitos de competência e trâmite da execução iniciada como obrigação de fazer (f. 678), que foi convertida em execução por quantia certa (f. 988), e da liquidação. E, por fim, há de ser considerado que a lida se desenrolou até o momento da constituição definitiva do crédito dos mandantes, com trânsito em julgado das decisões acerca do mérito (f. 674) e da homologação dos cálculos em liquidação de sentença (f. 1.499/1.500 e 1.544), tratando-se de serviços que devem ser considerados devidamente acabados. Novos advogados somente tomaram a condução do processo para fazer juntada de planilha de atualização, e até o pedido de precatório já havia sido apresentado pelo ora Requerente"* (f. 2.832-2.833).

Segundo o art. 36, do Código de Ética da OAB, os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

> *a) a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; b) o trabalho e o tempo necessários; c) a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros; d) o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; e) o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente; f) o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado; g) a competência e o renome do profissional; h) a praxe do foro sobre trabalhos análogos.*

Na hipótese, os fundamentos da sentença se auto-sustentam, na medida em que é inequívoco o árduo trabalho desenvolvido pelos advogados constituídos na lide subjacente; isso ao longo de trinta e seis (36) anos, com diversas fases do processo superadas (cognitiva, recursal, liquidação, execução, etc.), sendo que, ao final, o trabalho resultou na condenação, em favor dos réus, de uma condenação milionária, sendo incontroverso, portanto, que o trabalho resultou em evidente êxito.

Embora se tenha constatado omissões ao longo do trabalho prestado – as quais deram causa à condenação dos advogados, nos termos do pedido formulado na Reconvenção –, é certo que estas impediram o trâmite processual por pouco mais de trinta e seis (36) meses; contudo, este fato não exclui, tampouco se equipara, ao trabalho exitoso prestado.

Por isso, não vejo razão para qualquer reparo na sentença neste ponto, sendo adequado o valor do arbitramento.

Majoração do valor da indenização (pedido da reconvenção)

Também sustenta a ré-apelante a majoração da indenização por perdas e danos para o valor de R$ 1.441.096,22; ou, que sejam utilizados os mesmos critérios para o arbitramento dos honorários, ou seja, observando-se o percentual de trinta por cento (30%).

A sentença, neste ponto, observou que:

> *"(...) nota-se que os advogados que conduziram a ação primitiva alongaram consideravelmente, e de forma desmotivada no que pertine a necessidades jurídicas, o tempo de carga do processo.*
>
> *Tal situação inclusive está documentada, conforme consta a f. 435, com informação de que o Dr. Fayez Hanna Risk deteve os autos consigo por mais de dois anos, entre 14.05.1.985 e 08.06.1.987, e a f. 1.146, que certifica que o mesmo procurador esteve com o processo em carga entre 17.12.2.001 e 23.11.2.005, completando quase outros quatro anos, além de outros períodos não computados (f. 1.185-1.186).*
>
> *Em determinada ocasião foi até necessária expedição e ordem de busca e apreensão do processo em razão da demorada restituição, e para o cumprimento houve necessidade de diversas diligências, como consta a f. 1.101-1.151.*
>
> *Além da retenção dos autos, por vezes os constituintes foram intimados para dar andamento ao processo, em razão do considerável período sem movimentação (f. 1.086-1.094, por exemplo).*
>
> *Enfim, os fatos foram bem relatados na peça de reconvenção, conforme f. 1.716-1.719. Embora nem todas as situações referidas pela Demandada possam ser atribuídas exclusivamente aos advogados, é evidente que os mandatários deram causa a retardamento considerável do trâmite processual, mas, por outro lado, não há garantia alguma de que, efetivamente, o processo estaria julgado até o ano de 2.001, porquanto muitas são as variáveis que influenciam o tempo do curso de uma ação, podendo ser destacadas, a título de exemplo, o volume de processos para julgamento na Vara e os feitos que são dotados de preferência, a disposição de numerário para pagamento de diligências determinadas pelo Juízo, e da própria perícia, dificuldades na localização de endereços, recursos interpostos por ambas as partes e o tempo de julgamento de cada um deles e o efeito de suspensão da ação principal, etc.*
>
> *Dessa forma, considero que não é razoável atribuir aos advogados a penalização equivalente a "meio por cento (0,5%) sobre o valor da indenização (R$ 4.003.045,06), por mês de atraso no trâmite do processo", a fim de que sejam obrigados a indenizar pelo montante correspondente a 72% do que vierem a receber os mandantes, como pleiteado na reconvenção.*
>
> *Tenho que para estabelecimento da reparação pela desídia mencionada não há critério preciso, e essa indenização, assim como a pretensão da inicial, deve ser objeto de ponderação de fatos e consequente arbitramento, até porque os advogados não são*

responsáveis direta ou indiretamente pela alteração legislativa advinda nos termos da Lei nº 11.960/09 e da EC nº 62/09, e não se pode olvidar que a sentença de procedência da ação inicial, em favor dos constituintes, data de 28.05.1.993 (f. 31), o pedido de execução ocorreu em 28.08.1.995 (f. 678), a conversão para quantia certa em 13.09.1.996 (f. 988), e muitos outros fatores relevantes se intercalaram antes e após o advento das retenções indevidas do processo, justificando parte da demora, e a desídia que, inquestionavelmente, pode ser atribuída aos advogados, refere às cargas demoradas e correspondem a cerca de seis anos, equivalendo a aproximadamente a sexta parte do tempo da ação inicial.

De qualquer forma, não seria o simples decurso do tempo que representaria efetivo prejuízo aos mandantes, e não se mostra verificável ato comissivo ou omissivo proposital dos advogados com o fito de diminuir os ganhos dos constituintes, inclusive porque, é evidente, aos causídicos também sempre interessou a finalização do processo, vez que seu crédito principal, de honorários contratuais, é diretamente ligado à necessidade de conclusão daquela ação.

Mas, é possível concluir que o prejuízo existe, embora não se possa afirmar que o crédito do precatório teria sido recebido com antecedência de seis anos, nem de doze anos, como afirmado na reconvenção, e menos ainda, que o pagamento poderia ter de fato ocorrido no ano de 2.002.

Ponderadas essas situações, concluo que a reparação deve corresponder a 10% do montante sobre o crédito ora constituído em favor do Reconvindo e credores solidários, que deverão ser compensados, na forma do art. 368 do CC, e assegurado o direito de o pagante/requerente (Reinaldo Orlando Nascimento de Araújo) a exigir de cada um dos co-devedores (Fayez Hanna Risk e Ricardo Nascimento de Araújo) a sua quota (3,33% de cada um), conforme o art. 283 do CC." (f. 2.834-2.2836)

Como se vê, novamente a sentença se apresenta escorreita ao fixar o valor devido pelos advogados para indenizar os réus pela parcela de demora processual que lhes é imputável, ressaltando-se, sobretudo, o fato de que, os atos ilícitos praticados pelos advogados (retenção indevida do processo, sem movimentação) não foram os únicos a resultar em tão longa tramitação processual, ao contrário, a isso agregaram-se outros fatores, próprios da lide subjacente, e de sua complexidade, não havendo, aliás, que se falar em *perda de uma chance*, pois, ao fim e ao cabo, o êxito foi alcançado pelo réu-apelado, consoante alhures ressaltado.

Neste ponto, cabe também rememorar que, embora se tenha constatado omissões ao longo do trabalho prestado, este fato não exclui, tampouco se equipara, ao trabalho exitoso prestado, razão pela qual não devem, realmente, serem adotados os mesmos critérios utilizados para o arbitramento, para a fixação da indenização por dano processual.

Portanto, também neste ponto, não merece provimento o recurso.

Redução dos honorários de sucumbência (demanda principal)

Por fim, a ré-apelante pugnou pela redução dos honorários de sucumbência a ela atribuídos, para R$ 3.000,00.

A sentença, na demanda principal, fixou os honorários de sucumbência em quinze por cento (15%) sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC/73.

Referido dispositivo estabelecia que os honorários de sucumbência "*serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação*".

Na hipótese, a pretensão recursal de redução dos honorários para ínfimos R$ 3.000,00, resultaria em evidente violação ao citado dispositivo legal, pois essa quantia, à toda evidência, resultaria em quantia inferior ao percentual de dez por cento (10%), o que não seria admitido.

Assim, não há que se falar em reforma da sentença neste ponto, sobretudo porque atendidos pela sentença, os critérios de fixação do § 3º, do art. 20, do CPC/73; sobretudo à luz da complexidade da causa, da qualidade do trabalho desenvolvido, do tempo de tramitação, do valor da causa, etc.; revelando-se justo e adequado à presente lide, a fixação dos honorários de sucumbência em quinze por cento (15%) sobre o valor da condenação.

Recurso não provido, portanto, também neste ponto.

Recurso adesivo do autor Reinaldo Araújo

Redução do valor da indenização (pedido da reconvenção)

Finalmente, o autor-apelado, em recurso adesivo, pleiteou, em síntese, a redução do valor da indenização por perdas e danos para cinco por cento (5%) do valor dos honorários arbitrados.

O recorrente afirmou, em suma, que,

> *"(...) certamente que não se pode atribuir exclusivamente ao requerente/apelante a responsabilidade dos períodos em que os autos ficaram paralisados. Comprovadamente nos autos de que a requerida/apelada não honrou o pagamento de custas e de despesas processuais que lhe competiam, obrigando o atraso em diversas oportunidades, estando os autos aguardando tais pagamentos, os quais, inclusive, tiveram que ser satisfeitos única e exclusivamente pelo Requerente/Apelante, conforme a condenação da requerida/apelada na r. sentença acerca das despesas processuais e custas, aliás, o que sequer foi objeto de recurso pela requerida/apelada"* (f. 2.920).

Além disso, aduz que a demora na tramitação da demanda subjacente:

> *"(...) na verdade são de única e inteira responsabilidade da requerida/apelada, a qual não pagou nem as custas e despesas processuais, não pagou sequer os honorários advocatícios devidos nem quando da contratação, sequer quando da revogação do mandado, denotando-se uma má pagadora, mas crível reclamante"* (f. 2.922).

A sentença, consoante observado no item 5, acima, bem pontuou, tanto os aspectos da demora processual imputados aos advogados, quanto aqueles que decorreram de vicissitudes próprias daquela lide, fazendo, consoante ressaltado alhures, adequada ponderação dos fatos e das provas dos autos, daí porque se considerou justa a fixação da indenização em dez por cento (10%) do valor estabelecido para os honorários devidos.

Consoante o disposto no parágrafo único, do art. 953, do CC/02,

> *"(...) se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso".*

Na hipótese, os graves fatos imputados aos advogados (retenção indevida do processo, sem movimentação), merecem exemplar punição; sobretudo visando evitar que novas condutas dessa natureza se repitam; daí porque razoável o valor que restou estabelecido.

Assim, o presente recurso adesivo, portanto, não se sustenta, além dos presentes fundamentos, também pelas razões antes invocadas no item 5.

Portanto, o recurso do autor também não comporta provimento.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, conheço o recurso interposto por Adelia Fontoura Paes Basmage mas nego-lhe provimento.

Conheço o recurso interposto por Reinaldo Orlando Nascimento de Araújo mas também nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 27 de junho de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1408942-36.2017.8.12.0000 - Bonito
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – SECRETÁRIO MUNICIPAL – VÍNCULO CONJUGAL COM O PREFEITO MUNICIPAL – CARGO POLÍTICO – NECESSIDADE DE AFERIÇÃO CONCRETA DE INAPTIDÃO TÉCNICA E DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NECESSIDADE NA HIPÓTESE DE REGULAR INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

Discute-se no presente recurso o preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, destinada ao afastamento de secretária de assistência social do Município de Bonito-MS, em razão da possível ocorrência de nepotismo, ante a presença vínculo conjugal com o Prefeito do respectivo município.

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou de risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Na espécie, a pretensão do agravante carece de plausibilidade (probabilidade de êxito), pelo menos no presente momento, pois, de fato, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Súmula Vinculante nº 13, faz a devida distinção dos cargos e funções singelamente administrativos dos cargos políticos, de modo que o simples fato de haver parentesco entre o chefe do executivo municipal e o secretário municipal nomeado, por si só, não configura nepotismo.

Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar eventual "troca de favores" ou fraude a lei. Precedentes do STF.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de setembro de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0900020-76.2017.8.12.0028 pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Bonito-MS.

Ação: Ação civil pública proposta pelo agravante contra Odilson Arruda Soares, Ilza Gomes Soares e Município de Bonito, sustentando, em síntese, que o primeiro réu, então prefeito do Município, é casado com a segunda ré, e, no entanto, sem que a ré seja servidora concursada, ocupa cargo de secretária municipal desde a posse do marido, configurando, assim, nepotismo.

Requereu, assim, a concessão de liminar para que sejam suspensos todos os atos de nomeação e investidura da segunda ré, vedando o exercício das atribuições do cargo comissionado e o recebimento de quaisquer valores pelo terceiro réu, sob pena de multa diária, em caso de descumprimento, de R$ 5.000,00; bem como seja determinado que o terceiro réu se abstenha de contratar qualquer cônjuge, companheiro e parente em linha reta e colateral, até o terceiro grau, do chefe do Poder Executivo Municipal, para cargo em comissão ou função gratificada, sob pena de multa diária, em caso de descumprimento de R$ 20.000,00.

No mérito, requer: *a*) a condenação dos primeiros dois (2) réus pela prática de ato de improbidade administrativa do inc. II, do art. 11, *caput*, e do inc. III, do art. 12, ambos da Lei nº 8.429/92, de 02/06/1992, e *b*) a confirmação da liminar com a declaração de nulidade do ato de nomeação e investidura da segunda ré no cargo de secretária municipal de assistência social, bem como a confirmação da obrigação de não fazer do terceiro réu (f. 11-31).

Decisão interlocutória agravada: indeferiu o pedido de tutela antecipada (f. 158-160, autos na origem).

Agravo de instrumento: interposto pelo autor Ministério Público Estadual, sustentando que a nomeação de Ilza Gomes Soares para o cargo de secretária municipal de assistência social do Município de Bonito-MS não respeitou o enunciado da Súmula Vinculante nº 13/STF, haja vista a mesma ser esposa do atual Prefeito Municipal e agravado Odilson Arruda Soares, configurando nepotismo.

Requereu o agravante, em sede liminar: a) o afastamento da agravada Ilza Gomes Soares do cargo de secretária municipal de assistência social do Município de Bonito-MS, e b) que o Município de Bonito-MS se abstenha de contratar pessoas em desacordo com o Enunciado da Súmula Vinculante nº 13/STF, sob pena "*crime de desobediência e de pagamento de multa diária no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a ser suportada pelo gestor público responsável pela nomeação*" (f. 01-10).

Despacho liminar 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. 179-181).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 191-198).

Parecer do Ministério Público: da lavra do eminente Procurador de Justiça Aroldo José de Lima, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO (EM 29/08/2018)

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

Discute-se no presente recurso o preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, destinada ao afastamento de secretária de assistência social do Município de Bonito-MS, em razão da possível ocorrência de nepotismo, ante a presença vínculo conjugal com o Prefeito do respectivo município.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 13/07/2017 (f. 158-160, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 24/07/2017 (f. 166, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 08/08/2017 (f. 01-10).

Nos termos do 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis, contados em dobro. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015.

Antecipação de tutela

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Na espécie, a pretensão do agravante carece de plausibilidade (probabilidade de êxito), pelo menos no presente momento, pois, de fato, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Súmula Vinculante nº 13, faz a devida distinção dos cargos e funções singelamente administrativos, dos cargos políticos, de modo que o simples fato de haver parentesco entre o chefe do executivo municipal e o secretário municipal nomeado, por si só, não configura nepotismo.

Consoante voto do Min. Ayres Brito, no RE nº 579.951,

> *"(...) quando o art. 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC 12, porque o próprio Capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como por exemplo, os de secretário municipal, são de agentes do poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do art. 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos — é como penso — são alcançados pela imperiosidade do art. 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os secretários municipais, que correspondem a secretários de estado, no âmbito dos Estados, e ministros de Estado, no âmbito federal"* (RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJE-202 de 24/10/2008).

Nesse sentido:

"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 a 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 7.590, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, Dje-224 13/11/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO OBJETIVA DE NEPOTISMO – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Súmula Vinculante nº 13, enquanto fundamento para a instauração da competência da Suprema Corte em sede reclamatória, deve ser interpretada restritivamente, de forma a não subverter a natureza estrita da competência originária do STF.

2. 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) nomeação de cônjuge ou companheiro da autoridade nomeante para cargo em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco, até o terceiro grau, entre a pessoa nomeada para cargo em comissão ou função comissionada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco, até o terceiro grau, entre a pessoa nomeada para cargo em comissão ou função comissionada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada; iv) relação de parentesco, até o terceiro grau, entre a pessoa nomeada para cargo em comissão ou função comissionada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante; e v) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão, função comissionada ou cargo político.

3. A desconstituição de ato de nomeação para cargos políticos com fundamento na vedação da prática de nepotismo deve ser tomada no caso concreto, perante autoridade competente para proceder à análise das circunstâncias fáticas referentes à aptidão técnica do agente político, com a instauração do devido processo legal e a observância dos postulados da ampla defesa e do contraditório, o que é inviável na via da reclamatória, sob pena de se subverter a natureza estrita da competência originária do STF - a qual está fixada, em numerus clausus, no rol do art. 102, inciso I, da Constituição Federal (vide Pet nº 1.738/MG-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 1º/9/99), *exigindo-se, para conhecimento da reclamação, a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo do paradigma.*

4. Agravo regimental não provido." (Rcl 27.944-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe-261 16/11/2017)

Na hipótese dos autos, a inicial aponta a possível ocorrência de nepotismo apenas em razão do fato de haver vínculo conjugal entre a secretária municipal de assistência social do Município de Bonito-MS e o Prefeito do respectivo Município, presumindo-se que, por ter aquela apenas formação contábil, não teria aptidão técnica para o cargo que fora nomeada.

Por certo, a aferição da aptidão técnica para o cargo exercido não pode se dar por simples presunção, devendo ser apurada na prática, na linha de precedentes do STF, eventual inaptidão concreta; o que, à toda evidência, somente será possível de ser avaliado após regular instrução probatória.

Assim, está correta a decisão agravada ao indeferir o pedido de antecipação de tutela formulado pelo *Parquet*.

Diante do exposto, contra o parecer, conheço o recurso interposto por Ministério Público Estadual mas nego-lhe provimento.

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

VOTO (EM 05/09/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (2º vogal)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual, nos autos de Ação Civil Pública, de nº 0900020-76.2017.8.12.0028, em que contende com Odilson Arruda Soares, Ilza Gomes Soares e Município de Bonito.

A pretensão do representante ministerial é da imediata exoneração da Ilza Gomes Soares do cargo de secretária municipal de assistência social, que exerce junto ao Município de Bonito – MS, por possível ocorrência de nepotismo, em consonância com a Súmula Vinculante nº 13, do STF, já que é cônjuge do Prefeito Municipal Odilson Arruda Soares.

O juiz de primeiro grau indeferiu os pedidos liminares (f. 168-170).

Nessa mesma senda o i. Relator compreendeu por conhecer do recurso interposto, mas negar-lhe provimento.

Pedi vista para melhor compreender a situação e apurar o atual entendimento da jurisprudência acerca da situação narrada, estando tanto o juízo singular como o i. Relator compartilhando do entendimento da devida distinção dos cargos e funções singelamente administrativos dos cargos políticos.

Analisando-se detidamente os autos, conclui-se que não há indícios de violação aos princípios da Administração Pública ou improbidade administrativa, tampouco nepotismo, ao menos por ora.

Como é cediço, a Súmula Vinculante nº 13 do STF dispõe:

> *"(...) 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."* (Destaquei).

O enunciado acima descrito deriva do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC de nº 12, do Recurso Extraordinário - RE de nº 579.951, do Mandado de Segurança - MS de nº 23.718, do que dispõe a Resolução de nº 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.

Eventual alegação sobre a ausência de capacidade técnica da demandada para exercer as funções de secretária municipal de assistência social, não há qualquer exigência legal de formação acadêmica específica na área e inexiste nos autos notícia de que 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, no ponto.

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 a 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)

Confiram-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 decisum. 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)

Oportunamente transcrevo a seguinte ementa de minha relatoria, em sede de apelo:

EMENTA – 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, inexiste irregularidade ou ilegalidade na indicação em tela.* (TJMS. Apelação nº 0800974-34.2013.8.12.0003, Bela Vista, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 19/04/2017, p: 20/04/2017)

Por conseguinte, como se vê do entendimento jurisprudencial, a nomeação de parte para o exercício de cargo político não configura, por si só, hipótese de nepotismo, inexistindo motivo para se realizar instrução a fim de se perquirir a respeito, mormente em razão de não ser este o objeto principal da lide.

E, no caso em tela, além de não ser este o fundamento alegado na exordial da ação, não se verificam indícios de irregularidade na indicação ou violação aos princípios da moralidade e impessoalidade.

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.

Ademais, 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.

Enfim, sob qualquer ângulo que se analise esta ação popular, não se vislumbra qualquer vício ou ilegalidade decorrente da nomeação da requerida Célia para ocupar o cargo de secretária municipal de assistência social, sendo de rigor a manutenção da sentença de improcedência.

Diante do exposto, acompanho o i. relator, para negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeira instância.

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (1° 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. 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, 5 de setembro de 2018.

***

Órgão Especial
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0801672-74.2014.8.12.0045/50000
Sidrolândia
Relator designado Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – MOVIMENTAÇÃO DE DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO MUNICÍPIO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO OFICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AO ARTIGO 164, § 3º, DA CF/88 – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 1º DA LEI Nº 1.1106/02 – PROCEDENTE EM PARTE.

É vedado à lei municipal estabelecer exceção ao contido no art. 164, § 3º, da Constituição Federal, devendo as disponibilidades de caixa dos município serem depositadas e movimentadas em instituições financeiras oficiais, não havendo óbice, contudo, para que os pagamentos dos servidores do município sejam feitos através de instituição financeira não oficial, porquanto, os valores referentes aos salários são de titularidade dos servidores e não constituem propriamente recursos públicos municipais.

Nada obstante seja possível a movimentação salarial dos servidores municipais em bancos não oficiais, não pode a lei de regência especificar quais são as instituições financeiras e muito menos apontar as agências bancárias, eis que a escolha deve obedecer a lei geral de licitações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, em parte com o parecer, julgar parcialmente procedente a arguição, nos termos do voto do Des. Sérgio Fernandes Martins. Absteve-se de votar o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, por estar em férias no início do julgamento. Declarou-se impedido o Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Os desembargadores membros da 5ª Câmara Cível deste Tribunal, nos autos da apelação cível nº 0801672-74.2014.8.12.0045 interposto pelo Ministério Público Estadual, tirada dos autos de ação civil pública ajuizada contra Município de Sidrolândia, HSBC Bank Brasil S.A – Banco Múltiplo e Cooperativa de Crédito Rural Pantanal – SICREDI Pantanal, determinaram, em observância ao princípio da reserva de plenário (art. 97, CF), o sobrestamento do feito e o encaminhamento a este Órgão Especial para análise e julgamento do incidente de inconstitucionalidade atinente ao art. 1º, da Lei Municipal de Sidrolândia nº

1.106/02, que autoriza ao município de Sidrolândia a abrir e movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo em instituição financeira não oficial. Eis o resumo do julgamento provindo da e. 5ª Câmara Cível:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIDADE DE CAIXA DO MUNICÍPIO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO OFICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AO ARTIGO 164, § 3° DA CF/88 – EXCEÇÃO À REGRA QUE APENAS PODE SER DEFINIDA POR MEIO DA EDIÇÃO DE LEI FEDERAL, DE CARÁTER NACIONAL – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – ARTIGO 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO STF – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO*
>
> *Remessa dos autos ao E. Órgão Especial em virtude de arguição de inconstitucionalidade 'incidenter tantum' da Lei Municipal nº 1.106/2002.*
>
> *Suspensão do julgamento, na forma do artigo 942 do Código de Processo Civil."*

Determinou-se, então, a intimação do município de Sidrolândia para manifestar, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do § 2º, do art. 506 do RITJMS, tendo o ente público municipal se quedado inerte (f. 16).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta pela inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal nº 1.106/2002.

VOTO (EM 23/05/2018)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pelos desembargadores membros da 5ª Câmara Cível deste Tribunal, nos autos da apelação cível nº 0801672-74.2014.8.12.0045 interposto pelo Ministério Público Estadual, tirada dos autos de ação civil pública ajuizada contra Município de Sidrolândia, HSBC Bank Brasil S.A – Banco Múltiplo e Cooperativa de Crédito Rural Pantanal – SICREDI Pantanal, tendo por objeto a análise da constitucionalidade atinente ao art. 1º, da Lei Municipal de Sidrolândia nº 1.106/02, que autoriza ao município de Sidrolândia a abrir e movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo em instituição financeira não oficial. Eis o resumo do julgamento provindo da e. 5ª Câmara Cível:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIDADE DE CAIXA DO MUNICÍPIO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO OFICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AO ARTIGO 164, § 3° DA CF/88 – EXCEÇÃO À REGRA QUE APENAS PODE SER DEFINIDA POR MEIO DA EDIÇÃO DE LEI FEDERAL, DE CARÁTER NACIONAL – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – ARTIGO 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO STF – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO*
>
> *Remessa dos autos ao E. Órgão Especial em virtude de arguição de inconstitucionalidade 'incidenter tantum' da Lei Municipal nº 1.106/2002.*
>
> *Suspensão do julgamento, na forma do artigo 942 do Código de Processo Civil."*

O município de Sidrolândia quedou-se inerte, embora devidamente intimado (f. 16).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta pela inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal nº 1.106/2002.

Eis o conteúdo do artigo 1º e parágrafo único, da indigitada lei municipal de Sidrolândia, ora questionada:

> *"Art. 1º* ***Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a abrir e movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo na Cooperativa de Crédito Rural de Sidrolândia Ltda (SICRED)****, localizada na Rua Sergipe n° 69, no Município de Sidrolândia-MS- CNPJ n° 26.408.187/0001-50 - Agência 0902-4 Conta Corrente 90.902-5 e Conta Corrente 06018-6 aberta em 15/02/2002 e HSBC Bank Brasil S/A Banco S/A Banco Multiplo, Agência 0857, Conta Corrente 1545-32, CNPJ 01,701.201/0587-45, localizada na Rua São paulo- 714 no Município de Sidrolândia-MS,* ***bem como a firmar convênios para arrecadação de tributos municipais*** *e pagamentos de pessoal.*
>
> *Parágrafo único. Os recursos orçamentários pertencentes à Câmara de Vereadores poderão ser depositados em seu nome, em conta especial, para movimentação na forma de seu regimento."* Grifei.

Em análise detida da lei municipal em questão, constata-se a presença de inequívoco vício formal e material de inconstitucionalidade, em afronta ao disposto no art. 164, § 3º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> *"Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º* ***As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central;*** *as dos Estados, do Distrito Federal,* ***dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais****, ressalvados os casos previstos em lei.* Grifei.

Cumpre esclarecer que a Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatuiu as Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, em seu art. 56, instituiu o princípio da "unidade de tesouraria", dispondo que todas as receitas públicas devem ser recolhidas à conta única do ente estatal, *in verbis*:

> *"Art. 56 O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais."*

Conforme bem pontuado pela Procuradoria-Geral de Justiça, a essa conta única e respectivas movimentações bancárias dá-se o nome de 'disponibilidade de caixa', conforme lição de Antônio Sérgio Batista[1]:

> *"(...).'disponibilidades de caixa', em finanças públicas, nos termos da dicção constitucional, são aqueles recursos em títulos ou dinheiro, pertencentes às entidades mencionadas no parágrafo 3º do artigo 164 da Constituição Federal, que não estão sujeitos a qualquer comprometimento, que não estão vinculados a qualquer despesa ou, tecnicamente, que não estão reservados ou empenhados, como, por exemplo, o excesso de arrecadação. Aliás, o significado e o alcance da norma constitucional indicam que a expressão 'disponibilidades de caixa', tem o sentido de reservas, até porque, e não é por outra razão que o parágrafo 3º do artigo 164 determina para a União que 'as disponibilidades de caixa serão depositadas no Banco Central', nos termos do disposto no inciso do artigo 10, VII, da Lei nº 4.595/94, é o guardião* das reservas oficiais. *E, nesta linha de raciocínio, temos que as reservas, os recursos financeiros não comprometidos dos*

1 Constituição Federal. Artigo 164, parágrafo 3º, inteligência do conceito de disponibilidade de caixa. A superveniência da Lei de Responsabilidade Fiscal. A medida provisória nº 2.139. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, n.18, ano 2, junho 2003.

> *demais entes federativos, Estados, Distrito Federal e Municípios, administração direta e indireta, devem ser depositados em bancos oficiais. (...).”*

Nesse contexto, tendo a lei municipal nº 1.106/2002, do município de Sidrolândia, permitido a abertura e movimentação de conta corrente de depósito à vista e a prazo na Cooperativa de Crédito Rural de Sidrolândia Ltda (SICREDI) e no HSBC Bank Brasil S.A – Banco Múltiplo, afrontou diretamente o citado dispositivo constitucional.

Digo isso porque, repita-se, nos termos do art. 164 da Lei Maior, as disponibilidades de caixa dos municípios devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ou seja, aquelas instituições controladas pelo Poder Público, a exemplo do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e os bancos estaduais ainda não privatizados, sendo certo que a ressalva feita pelo § 3º, do art. 164, excepciona apenas os casos previstos em lei, leia-se: lei federal, de caráter nacional.

Acerca da matéria, cito precedente do STF:

> *“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 14.235/2003, do Estado do Paraná. Proibição ao Poder Executivo Estadual de iniciar, renovar, manter, em regime de exclusividade a qualquer instituição bancária privada, as disponibilidades de caixa estaduais. 2. Reserva da Administração. A matéria trazida pela lei impugnada, por referir-se à disciplina e à organização da Administração Pública, é de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. O Projeto de Lei 655/2003, que deu origem à Lei 14.235/2003, é de autoria parlamentar. 3. Violação ao § 3º do art. 164 da Constituição Federal. Necessidade de lei nacional para estabelecer exceções ao comando constitucional. Inconstitucionalidade formal. 4. A legislação impugnada teve a clara intenção de revogar o regime anterior e desconstituir todos os atos e contratos firmados com base em suas normas. A Lei 14.235/00, ao afirmar, em seu art. 3º, que ‘caberá ao Poder Executivo revogar, imediatamente, todos os atos e contratos firmados nas condições previstas no art. 1º desta lei’, viola o princípio da separação dos Poderes e da segurança jurídica. Inconstitucionalidade material. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente*. (ADI 3075, Relator(a): Minº Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, Publicação: 05-11-2014).

Portanto, a lei impugnada apresenta afronta à competência legislativa reservada da União, único ente político que detém poderes para excepcionar a regra disposta no §3º, do art. 164, da CF.

Não se olvide, ainda, que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC Nº 101/2000), tratou do assunto e apenas repisa o quanto disciplinado do Texto Maior, dispondo, no artigo 43, que: *“As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o §3º do art. 164 da Constituição.”*

Destarte, verifica-se que embora a norma do §3º, do art. 164 da CF, seja de eficácia contida, admitindo redução ou restrição do seu campo de atuação, até a presente data possui eficácia imediata e plena, já que não há lei federal de caráter nacional que restrinja seu alcance, não podendo, assim, a lei municipal fazê-lo, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, o que ocorreu no caso presente.

Posto isso, com o parecer, declaro a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal nº 1.106/02, do município de Sidrolândia, com eficácia ex nunc.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Julgamento adiado para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator, acompanhado dos desembargadores Julizar, Romero e Pavan julgam procedente a arguição. Os demais aguardam.

VOTO (EM 30/05/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (3º Vogal)

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pelos Desembargadores Membros da 5ª Câmara Cível deste Sodalício, nos autos da apelação cível nº 0801672-74.2014.8.12.0045, interposta pelo Ministério Público Estadual, nos autos da Ação Cível Pública promovida em face do Município de Sidrolândia, HSBC Bank Brasil S.A – Banco Múltiplo e Cooperativa de Crédito Rural Pantanal – SICREDI.

O presente incidente objetiva verificar a constitucionalidade ou não da Lei Municipal de Sidrolândia nº 1.106/2002, que autoriza o município a abrir e movimentar conta corrente em instituição financeira não oficial.

O aresto proferido pela 5ª Câmara Cível restou assim redigido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL –AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIDADE DE CAIXA DO MUNICÍPIO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO OFICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AO ARTIGO 164, § 3° DA CF/88 – EXCEÇÃO À REGRA QUE APENAS PODE SER DEFINIDA POR MEIO DA EDIÇÃO DE LEI FEDERAL, DE CARÁTER NACIONAL – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – ARTIGO 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO STF – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO*
>
> *Remessa dos autos ao E. Órgão Especial em virtude de arguição de inconstitucionalidade 'incidenter tantum' da Lei Municipal nº 1.106/2002.*
>
> *Suspensão do julgamento, na forma do artigo 942 do Código de Processo Civil.*

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela inconstitucionalidade do comando normativo em questão.

O relator do feito, Desembargador Paschoal Carmello Leandro, apresentou voto pela declaração de inconstitucionalidade da lei em questão.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria ora posta em julgamento.

Peço vênia ao relator para divergir em parte e declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 1º, da Lei nº 1.106/2002.

Com efeito, a lei objeto da presente arguição possui a seguinte redação:

> *Art. 1º* ***Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a abrir e movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo na Cooperativa de Crédito Rural de Sidrolândia Ltda (SICRED)****, localizada na Rua Sergipe n° 69, no Município de Sidrolândia-MS- CNPJ n° 26.408.187/0001-50 - Agência 0902-4 Conta Corrente 90.902-5 e Conta Corrente 06018-6*

> *aberta em 15/02/2002* ***e HSBC BANK BRASIL S/A BANCO S/A BANCO MULTIPLO****, Agência 0857, Conta Corrente 1545-32, CNPJ 01,701.201/0587-45, localizada na Rua São paulo- 714 no Município de Sidrolândia-MS, bem como a firmar convênios* ***para arrecadação de tributos municipais*** *e pagamentos de pessoal.*
>
> *Parágrafo único. Os recursos orçamentários pertencentes à Câmara de Vereadores poderão ser depositados em seu nome, em conta especial, para movimentação na forma de seu regimento.* (Destaquei)

Pois bem. Reputo que a parte destacada do comando normativo supratranscrito, de fato, encontra-se em desacordo com o art. 164, § 3º, da Constituição Federal, assim redigido:

> *Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais,* ***ressalvados os casos previstos em lei****. (Grifei)*

Como bem destacado no voto do relator, "*nos termos do art. 164 da Lei Maior, as disponibilidades de caixa dos municípios devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ou seja, aquelas instituições controladas pelo Poder Público, a exemplo do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e os bancos estaduais ainda não privatizados, sendo certo que a ressalva feita pelo § 3º, do art. 164, excepciona apenas os casos previstos em lei, leia-se:* ***lei federal, de caráter nacional***". (Negritei)

Ou seja, não poderia lei municipal, como a ora impugnada, estabelecer exceção ao contido no art. 164, § 3º, da Magna Carta, que exige lei federal, como visto.

Nesse sentido, já julgou o Supremo Tribunal Federal que:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.235/2003, DO ESTADO DO PARANÁ. PROIBIÇÃO AO PODER EXECUTIVO ESTADUAL DE INICIAR, RENOVAR, MANTER, EM REGIME DE EXCLUSIVIDADE A QUALQUER INSTITUIÇÃO BANCÁRIA PRIVADA, AS DISPONIBILIDADES DE CAIXA ESTADUAIS. 2. RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO. A MATÉRIA TRAZIDA PELA LEI IMPUGNADA, POR REFERIR-SE À DISCIPLINA E À ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, É DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. O PROJETO DE LEI 655/2003, QUE DEU ORIGEM À LEI 14.235/2003, É DE AUTORIA PARLAMENTAR. 3.* ***VIOLAÇÃO AO § 3º DO ART. 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE LEI NACIONAL PARA ESTABELECER EXCEÇÕES AO COMANDO CONSTITUCIONAL****. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 4. A LEGISLAÇÃO IMPUGNADA TEVE A CLARA INTENÇÃO DE REVOGAR O REGIME ANTERIOR E DESCONSTITUIR TODOS OS ATOS E CONTRATOS FIRMADOS COM BASE EM SUAS NORMAS. A LEI 14.235/00, AO AFIRMAR, EM SEU ART. 3º, QUE 'CABERÁ AO PODER EXECUTIVO REVOGAR, IMEDIATAMENTE, TODOS OS ATOS E CONTRATOS FIRMADOS NAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ART. 1º DESTA LEI', VIOLA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.*[2] (Grifo nosso).

2 STF. ADI 3075 / PR. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgamento 24.9.2014.

Não obstante, verifico que a parte final do ato normativo atacado, especificamente naquela em que autoriza o Poder Executivo Municipal de Sidrolândia a firmar convênio com instituições financeiras não oficiais para pagamento de pessoal, não viola o supracitado § 3º, do art. 164, da Constituição Federal.

Explico. O comando normativo em questão estabelece que as disponibilidades de caixa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão depositadas no Banco Central, no caso da União, e em instituições financeiras oficiais, no caso dos demais Entes Federativos.

Ocorre que, por disponibilidade de caixa, entende-se aqueles valores pertencentes ao próprio Ente Federado, derivados da arrecadação de tributos e outras fontes de recolhimento.

No caso do pagamento de pessoal, como previsto na lei impugnada, evidente que os valores não pertencem ao Município de Sidrolândia, mas sim aos servidores que com ele têm vínculo.

Não se trata, portanto, de disponibilidade de caixa, o que não impede seja firmado convênio com instituições financeiras não oficiais com a finalidade exclusiva de pagamento de pessoal.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já julgou caso análogo. Confira-se:

> *CONSTITUCIONAL – ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS: DISPONIBILIDADE DE CAIXA: DEPÓSITO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS – CF, ART.*
>
> *164, § 3º. SERVIDORES PÚBLICOS: CRÉDITO DA FOLHA DE PAGAMENTO EM CONTA EM BRANCO PRIVADO: INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 164, § 3º, CF.*[3] *(Destaque nosso*)

Do julgado acima colacionado, insta destacar trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, na parte que pertine ao julgamento do presente caso:

> **O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** – Sr. Presidente, pedindo vênia ao eminente Relator, entendo que disponibilidade de caixa é conceito técnico contábil e, evidentemente, não se confunde com verbas que, segundo os registros contábeis, são predestinadas e postas à disposição de terceiros, seja pessoal, fornecedores etc., os quais poderão levantar a quantia à vista ou, dependendo, se se tratar de servidor público, na data correspondente ao pagamento. Portanto, não integram a noção de disponibilidade de caixa, que é exatamente uma diferença entre certos ativos e passivos em que essas verbas são incluídas. Aliás, e este não é argumento, o qual padeceria de vício lógico, se tais verbas constituíssem disponibilidade de caixa, os servidores públicos da União jamais poderiam receber pelo Banco do Brasil ou pela Caixa Econômica Federal, porque as disponibilidades de caixa, segundo o art. 164, § 3º, da Constituição, têm de estar no Banco Central. Quem deveria pagar o pessoal da União seria o Banco Central! Isto não é argumento, repito, porque seria um círculo vicioso, mas demonstra, na prática, empiricamente, que ninguém jamais pôs em dúvida que não se trata de disponibilidades de caixa.

3 STF. Rcl 3872 DF. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgamento 14.12.2005.

No mesmo sentido, veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> *AÇÃO POPULAR – SUSPENSÃO DE LICITAÇÃO – ELEIÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL OU NÃO OFICIAL –* ***PAGAMENTO DE SALÁRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – DESPESA DE PESSOAL QUE NÃO SE CONFUNDE COM DISPONIBILIDADE DE CAIXA – CRÉDITO QUE PERTENCE AO SERVIDOR PÚBLICO – INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 164, § 3º, CRFB****.*
>
> *O art. 164, § 3º da CRFB, veda o depósito de disponibilidade de caixa do Município em instituição financeira não-oficial, o que não se confunde com pagamento de salários de servidores públicos, que se trata de numerário disponível aos servidores (credores particulares) e não ao Ente Estatal. Não há qualquer óbice legal se a Administração Pública, por razões de oportunidade e conveniência, fundada em sua discricionariedade, instaura procedimento licitatório, aberto a todas as instituições financeiras, oficiais e não oficiais, para eleger aquela que lhe apresente a melhor proposta de prestação do serviço de pagamento dos servidores públicos municipais. Desprovimento do recurso.*[4] (Negritei)

Não há óbice, portanto, para que os pagamentos dos servidores do Município de Sidrolândia sejam feitos através de instituição financeira não oficial, porquanto, como visto, tais valores não constituem disponibilidade de caixa do Ente Federativo, não havendo violação ao art. 164, § 3º, da Magna Carta.

Por fim, convém ressaltar que, não obstante a lei em comento mencionar apenas duas instituições financeiras para firmar convênio com o Município de Sidrolândia para administração da folha de pagamento de pessoal, referido texto legal é tão somente autorizativo, ou seja, não compele o Poder Executivo Municipal a abrir conta nos dois bancos em questão, mesmo porque a contratação deve ser precedida do devido processo licitatório.

Ante o exposto, divirjo em parte do relator para declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 1º, da Lei Municipal nº 1.106/2002, do Município de Sidrolândia, devendo ser suprimida do texto legal a expressão *"para arrecadação de tributos municipais"*, bem como para que seja dada interpretação conforme a CF ao dispositivo questionado na sua parte remanescente.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiado para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, após o Des. Sérgio julgar parcialmente procedente a arguição, enquanto que os desembargadores Vladimir e Júlio acompanham o relator para julgarem procedente arguição, juntamente com os desembargadores Julizar, Romero e Pavan declarou seu impedimento o Des. Marco André Nogueira Hanson os demais aguardam.

VOTO (EM 20/06/2018)

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte. (9º vogal)

4 TJRJ. APL 00005336620058190005. Rel. Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento 7.8.2007.

Solicitei vista dos autos para analisar mais detidamente a questão, uma vez que surgiu controvérsia a respeito do alcance do julgamento, porquanto o Relator, nobre Des. Paschoal Carmello Leandro, em sintonia com o parecer do Ministério Público, votou pela declaração integral da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal nº 1.106/2002, enquanto o 4º Vogal, eminente Des. Sergio Fernandes Martins, votou pela declaração parcial da inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Analisando detidamente os autos, cheguei à conclusão de que o eminente 4º Vogal, Des. Sergio Fernandes Martins, decidiu corretamente, ao declarar a inconstitucionalidade parcial do texto legal, no entanto, quanto à aplicação da técnica da decisão em controle de constitucionalidade, embora seja realmente o caso de eliminar do texto a parte incompatível com a Constituição Federal *"para arrecadação de tributos municipais e pagamento de pessoal"*, a interpretação do texto residual deve se dar conforme a Constituição.

Na declaração de constitucionalidade mediante interpretação conforme, admite-se a constitucionalidade do texto legal, desde que seja interpretado de determinada forma (ou seja, excluindo-se determinadas interpretações incompatíveis com a Constituição Federal).

José Levi Mello do Amaral Júnior, em comentários ao art. 97 da CF e aos arts. 480 a 482 do CPC/73 (arts. 948 a 950 do CPC/2015), leciona:

> *"A interpretação conforme a Constituição é princípio hermenêutico em razão do qual uma norma não deve ser declarada inconstitucional se for possível interpretá-la em consonância com a Constituição, encontrando fundamento no* ***princípio da unidade da ordem jurídica.***
>
> *A interpretação conforme a Constituição, por buscar a compatibilização entre a norma controlada e a Constituição, reverencia a primazia do legislador –* ***cuja vontade se presume constitucional*** *– na concretização da Constituição."* [5] (G.n.).

Dessa forma, a meu ver, deve ser considerada com reservas, a menção, no texto legal, da autorização específica para abrir e movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo nas entidades privadas, Cooperativa de Crédito Rural de Sidrolândia (SICRED) e HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo.

É certo que o 4º vogal ressalva que o texto, nessa parte, *"é tão somente autorizativo, ou seja, não compele o Poder Executivo Municipal a abrir conta nos dois bancos em questão, mesmo porque a contratação deve ser precedida do devido processo licitatório",* no entanto, considero que a referência exclusiva ao nome de referidas entidades financeiras pode dar margem à exegese de que outras entidades privadas sejam excluídas do processo licitatório.

De conseguinte, entendo que, na interpretação da lei, a alusão às referidas entidades deve ser entendida como meramente exemplificativa, ficando em aberto a possibilidade da participação, no processo licitatório, de outras instituições financeiras privadas que demonstrarem interesse, inclusive as entidades mencionadas na referida lei municipal impugnada.

Ante o exposto, em sintonia com o 3º vogal, voto pela declaração da inconstitucionalidade parcial do art. 1º da Lei Municipal nº 1.106/2002, do Município de Sidrolândia, devendo ser suprimida do texto legal a expressão "*para arrecadação de tributos municipais*", com interpretação conforme a Constituição Federal, no tocante à menção das instituições financeiras privadas SICRED e HSBC.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (10º vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

5 AMARAL JR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade.** São Paulo: RT, 2002, p. 97.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (11ª vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (12º vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Sr.Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (13º vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (14º vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, em parte com o parecer, julgaram parcialmente procedente a arguição, nos termos do voto do Des. Sérgio Fernandes Martins. Absteve-se de votar o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, por estar em férias no início do julgamento. Declarou-se impedido o Des. Marco André Nogueira Hanson.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. 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. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1403256-29.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CABIMENTO– IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – IPTU – TEMPLO RELIGIOSO – ART. 150, VI, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NULIDADE DO TÍTULO – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA – DEVIDOS – RECURSO PROVIDO.

Reforma-se a decisão agravada que rejeitou a exceção de pré-executividade, porquanto não há necessidade de dilação probatória quando os fatos são certos e não há dúvida sobre a matéria alegada, tendo em vista a comprovação de que o imóvel tributado trata-se de templo de culto de propriedade da agravante, o que lhe garante a imunidade tributária em relação ao imposto predial territorial e urbano, prevista no artigo 150, VI, b, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC de 1973, já pacificou que "*é possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade"*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Arquidiocese de Campo Grande contra a decisão proferida nos autos da Ação de Execução Fiscal que lhe move Município de Campo Grande.

A agravante afirma, em síntese, que:

> *A construção existente no imóvel referente a CDA de fls. 02 é anterior aos lançamentos ocorridos, e isso pode ser verificado com facilidade pela imagem da linha do tempo, em anexo, obtida através do Google Earth, a partir do ano de 2002 (f. 4).*
>
> *Cumpre esclarece ainda que o anuário anexado aos autos foi editado no ano de 2009, mas isso não quer dizer que as paróquias/capelas constantes no mesmo tenham sido criadas apenas naquela data e que somente passaram a estar no endereço lá indicado a*

partir do referido ano (f. 4).

Como se pode verificar, Excelências, ***é incontroverso que apesar da divergência de numeração, trata-se do mesmo imóvel (Lote A, da quadra 48, do Bairro Universitário Seção B), e ele encontra-se matriculado sob o nº 45.331, Livro 02, no registro de imóveis da 1ª circunscrição (cópia anexa)*** *(f. 5).*

Em que pese o entendimento, do douto magistrado a quo, ***não se vislumbra a necessidade de uma discussão aprofundada sobre matéria de fato e de direito acerca do assunto, pois o direito a imunidade da Instituição, encontra-se esculpido em nossa Carta Magna*** *e interpretado pelo seu Guardião. Assim, Excelência,* ***o título que hoje embasa a Execução Fiscal é nulo de pleno direito****, pois não possuí um de seus requisitos essências: a exigibilidade (f. 5).*

Ora, Exa., se a nossa ***Carta Magna impõe que os templos de qualquer culto, são imunes, a agravante não vê o porquê de uma discussão aprofundada sobre o assunto****. Ademais,* ***ainda que a exceção de pré-executividade seja cabível apenas em situações que não demandem dilação probatória, a realização de uma simples diligência para averiguação se o imóvel é destinado para a realização de missas e demais atividades relacionadas à finalidade religiosa da Agravante e verificação junto a vizinhança se tais atividades ocorriam nos anos cobrados nas CDA colocaria fim a Questão*** *(f. 11).* (Grifei)

Ao final, requer

"a) seja recebido e distribuído o presente recurso de agravo de instrumento, intimando-se o agravado, para oferecer sua resposta no prazo legal, facultando-lhe juntar cópias que julgar conveniente, tudo conforme disposto no art. 1.019, II do CPC; b) seja atribuído ao presente recurso de agravo de instrumento efeito suspensivo, pois o título que a embasa não é exeqüível, até o julgamento final do presente agravo, conforme permitido pelo art. 1.019, I, do CPC; c) deferida a medida, requer se digne esta E. Corte, determinar a comunicação ao Exmo. Juiz de Direito da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Campo Grande-MS, para prestar as informações de estilo; d) o conhecimento desse agravo, para reformar a decisão do juízo a quo, ***reconhecendo a imunidade da agravante e declarando a nulidade da execução no termos do art. 803, § único, do CPC, decretando a extinção do feito****, conforme restou devidamente demonstrado e) A condenação do exequente no ônus da sucumbência, mormente em honorários de advogado, nos moldes do art. 85, do CPC. Pede ainda que este recurso seja processado com os benefícios da justiça gratuita" (f. 11).* (Grifei)

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 81-83).

Devidamente intimado, o município ora agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (f. 88).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Arquidiocese de Campo Grande contra a decisão proferida nos autos da Ação de Execução Fiscal que lhe move Município de Campo Grande.

A decisão combatida, no que pertine ao julgamento do presente recurso, foi proferida nos seguintes termos:

> *A execução reclama o pagamento de tributos prediais referente aos anos fiscais de 2002 e 2003, enquanto a prova se resume em cópia do Anuário de 2009, indicando o endereço da Rua Maiolino, 306 como sendo o do local onde, em 2009, funcionou a Paróquia Santa Rita de Cássia.*
>
> *[...]*
>
> *Atenção também deve ser feita ao art. 14 do CTNº Cabe ao contribuinte todo o ônus probatório de ter atendido os requisitos necessários à configuração da afetação geradora da isenção.*
>
> *Com isso se recoloca a questão da prova absoluta que dispensa ampliações, permitindo ser reconhecida como arguição sobre obstáculo que inviabiliza a execução. Tal demonstração poderia ter sido feita por diversas formas, mas não o foi.*
>
> *Para que não fique como lacuna, anota-se que a afetação posterior também não interfere para desconstituir a obrigação.*
>
> *A maior relevância na prova trazida é de que o registro de endereço como da citada capela não corresponde àquela da época de constituição da dívida e não pode ser admitido como absoluta.*
>
> *A necessidade de se alongar com a produção de prova impede reconhecer a arguição e consequentemente fica ela rejeitada no âmbito deste processo por insuficiência na demonstração.*
>
> *Rejeita-se, portanto, a exceção de pré-Executividade.*
>
> *[...]*

A agravante requer a reforma do *decisum* objurgado para reconhecer sua imunidade tributária, declarando a nulidade da execução nos termos do art. 803, § único, do CPC e a extinção do feito. Requer, ainda, a condenação do exequente ora agravado ao ônus da sucumbência, mormente em honorários de advogado, nos moldes do art. 85, do CPC.

Assiste razão à agravante.

Dou provimento ao recurso.

Com efeito, é cediço que a utilização da exceção de pré-executividade só é admitida quanto às matérias de ordem pública, suscetíveis de serem conhecidas de ofício e que não dependam de contraditório ou de dilação probatória.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 393 do STJ:

> *Súmula 393 - A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*

A jurisprudência tem admitido, entretanto, o conhecimento de exceção de pré-executividade em matérias que dispensam dilação probatória e causam a extinção da execução, desde que não haja dúvida sobre a matéria alegada.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> *PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU E TAXAS DE LIXO E SINISTRO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – OFENSA AO ART. 16, § 3º DA LEI 6.830/80 – INOCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 20, § 4º E 21 DO CPC – AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – VERBA HONORÁRIA FIXADA PELO TRIBUNAL A QUO – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7 DO STJ – DIREITO À COMPENSAÇÃO – SÚMULA 389/STF. 1.A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva. 2.O espectro das matérias suscitáveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a argüição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande dilação probatória (exceção secundum eventus probationis). 3.A imunidade tributária, comprovada de plano, pode ser suscitada em exceção de pré-executividade, por não exigir para a verificação do direito do executado a dilação probatória. Precedentes: A*gRg no Ag 669.123/SP, 2ª T., DJU 06.10.08; REsp. 818.453/MG, 1ª T., DJU 02.10.08 e; AgRg nos EREsp. 504.082/SP, 1ª Seção, DJU 29.09.08). *4.In casu, a executada obteve reconhecimento da própria Administração Pública Municipal de que se constitui em entidade de assistência social, comprovando, indubitavelmente sua condição nos autos, daí poder veicular seu pleito pela via da exceção de pré-executividade.*[1]

No presente caso, verifico, ao contrário da decisão *a quo*, inexistir a necessidade de dilação probatória, porquanto os fatos são certos, restando tão só definir o direito a eles aplicável.

A agravante Arquidiocese de Campo Grande opôs a presente exceção de pré-executividade em desfavor do Município de Campo Grande/MS requerendo, em suma, a anulação da inscrição de dívida tributária resultante do imposto predial (IPTU) no imóvel da Inscrição nº 8690100313, localizado na Rua João Maiolino, nº 302, quadra 48, lote nº A, Bairro Universitário, nesta capital.

Como cediço, o artigo 150, inciso VI, alínea "b", da Constituição Federal veda a instituição de imposto sobre templos de qualquer culto à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Veja-se:

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *VI - instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *b) templos de qualquer culto;*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

1 REsp 909886/SP, Rel. Minº LUIZ FUX, DJe 01/12/2008.

A limitação supratranscrita decorre do direito individual de liberdade de culto, expressamente previsto no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, e a imunidade religiosa figura como uma das garantias que são inerentes a este princípio constitucional. O § 4º do artigo 150, supracitado, inclusive estende a imunidade ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades.

Ademais, é assente na jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que a imunidade tributária, nestas situações, alcança, inclusive, os imóveis alugados, bem como imóveis vagos.

Nesse sentido:

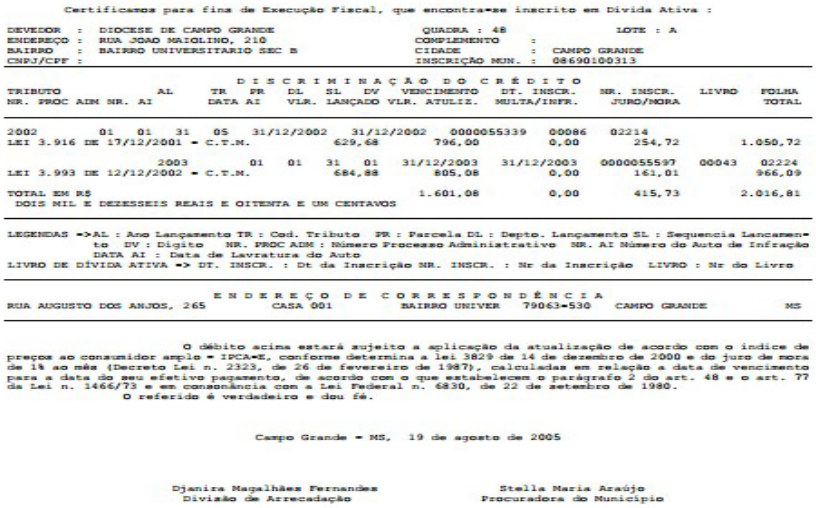
> *EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS – IPTU – IMÓVEL VAGO – DESONERAÇÃO RECONHECIDA. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não cabe à entidade religiosa demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao contrário, compete à Administração tributária demonstrar a eventual redestinação do bem gravado pela imunidade. Nos termos da jurisprudência da Corte, a imunidade tributária em questão alcança não somente imóveis alugados, mas também imóveis vagos. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STF - ARE 800395 AgR, Relator(a): Minº Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, Processo Eletrônico DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

> *PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO – RECURSO ESPECIAL – TRIBUTÁRIO – ITBI – ENTIDADE RELIGIOSA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ART. 333, INCISO II, DO CPC – ÔNUS DA PROVA. 1. Tratando-se a recorrida de entidade religiosa, há presunção relativa de que o terreno adquirido para construção do templo gerador do débito é revertido para as suas finalidades essenciais. Assim é que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, apresentar prova de que o terreno em comento estaria desvinculado da destinação institucional. 2. Precedentes: AgRg no AREsp 380.953/ES, Rel. Minº Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.11.2013; AgRg no AREsp 239.268/MG, Rel. Minº Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.12.2012; AgRg no Ag 849285/MG, Rel. Minº Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17.5.2007; AgRg no REsp 1215119/RJ, Rel. Minº Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.4.2011. 3. Agravo regimental não provido.* (STJ - AgRg no AREsp: 444193 RS 2013/0398718-0, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 04/02/2014, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 10/02/2014).

Milita, ainda, em favor da entidade religiosa a presunção de que o imóvel é revertido para suas finalidades essenciais, sendo ônus da Fazenda Pública, no caso o Município de Campo Grande/MS, demonstrar o contrário, enfim, o desvio de finalidade, o que não ocorreu no caso em tela.

No caso dos autos, tendo em conta os documentos juntados no presente feito, o Município de Campo Grande não trouxe aos autos prova apta a desconstituir a presunção de que o imóvel objeto dos autos é destinado às atividades da arquidiocese ora agravante.

A CDA de f. 32 descreve que o imóvel sob o qual recai a exação está localizada na Rua João Maiolino, 210, Bairro Universitário SEC B, Quadra 48, Lote A. Veja-se:



Certificamos para fins de Execução Fiscal, que encontra-se inscrito em Dívida Ativa :

DEVEDOR : DIOCESE DE CAMPO GRANDE QUADRA : 48 LOTE : A
ENDEREÇO : RUA JOAO MAIOLINO, 210 COMPLEMENTO :
BAIRRO : BAIRRO UNIVERSITARIO SEC B CIDADE : CAMPO GRANDE
CNPJ/CPF : INSCRIÇÃO MUN. : 08690100313

DISCRIMINAÇÃO DO CRÉDITO

TRIBUTO / NR. PROC ADM / NR. AI	AL	TR	PR	DL	SL	DV	VENCIMENTO / DATA AI	DT. INSCR. / VLR. LANÇADO	NR. INSCR. / VLR. ATUALIZ.	LIVRO / MULTA/INFR.	FOLHA / JURO/MORA	TOTAL
2002 LEI 3.916 DE 17/12/2001 - C.T.M.	01	01	31	05			31/12/2002	31/12/2002 629,68	0000055339 796,00	00086 0,00	02214 254,72	1.050,72
2003 LEI 3.993 DE 12/12/2002 - C.T.M.		01	01	31	01		31/12/2003	31/12/2003 684,88	0000055597 805,08	00043 0,00	02224 161,01	966,09
TOTAL EM R$ DOIS MIL E DEZESSEIS REAIS E OITENTA E UM CENTAVOS								1.601,08		0,00	415,73	2.016,81

LEGENDAS =>AL : Ano Lançamento TR : Cod. Tributo PR : Parcela DL : Depto. Lançamento SL : Sequencia Lancamento DV : Digito NR. PROC ADM : Número Processo Administrativo NR. AI Número do Auto de Infração DATA AI : Data de Lavratura do Auto
LIVRO DE DÍVIDA ATIVA => DT. INSCR. : Dt da Inscrição NR. INSCR. : Nr da Inscrição LIVRO : Nr do Livro

ENDEREÇO DE CORRESPONDÊNCIA

RUA AUGUSTO DOS ANJOS, 265 CASA 001 BAIRRO UNIVER 79063-530 CAMPO GRANDE MS

O débito acima estará sujeito a aplicação da atualização de acordo com o índice de preços ao consumidor amplo - IPCA-E, conforme determina a lei 3829 de 14 de dezembro de 2000 e do juro de mora de 1% ao mês (Decreto Lei n. 2323, de 26 de fevereiro de 1987), calculadas em relação a data de vencimento para a data do seu efetivo pagamento, de acordo com o que estabelecem o parágrafo 2 do art. 48 e o art. 77 da Lei n. 1466/73 e em consonância com a Lei Federal n. 6830, de 22 de setembro de 1980.
O referido é verdadeiro e dou fé.

Campo Grande - MS, 19 de agosto de 2005

Djanira Magalhães Fernandes
Divisão de Arrecadação

Stella Maria Araújo
Procuradora do Município

Contudo, o extrato atualizado da dívida, emitido através do site da Prefeitura Municipal de Campo Grande (f. 18), contém as mesmas descrições, mas com outro número, qual seja, o 302. Confira-se:



Dados do Contribuinte

Inscrição Municipal: 1 8690100313
Nome Contribuinte: DIOCESE DE CAMPO GRANDE
Endereço: JOAO MAIOLINO, 302 Complemento:

Bairro: BAIRRO UNIVERSITARIO SEC B
Quadra/Lote: 00048 / 0000A
Situação: ATIVADA

Verifica-se, por oportuno, a existência de divergência de numeração nos documentos emitidos pelo agravado, fato que fez o magistrado da instância singela entender que não havia prova cabal de que o imóvel pertencia à ora agravante com a finalidade de culto religioso capaz de levar à extinção da execução em razão de suposta imunidade tributária nos termos do artigo 150, VI, "b", da Constituição Federal.

Ocorre que não há como entender que a eventual divergência de numeração constatada no juízo de primeiro grau signifique necessariamente em identificação jurídica, porquanto tais números podem ser modificados de acordo com as mudanças ocorridas no planejamento urbano das cidades, tanto que é comum acontecer confusão entre imóveis com mesmo número.

Deste modo, o que importa para a identificação de um imóvel são os dados constantes em sua matrícula, entre eles o lote, a quadra e suas confrontações.

Analisando o caso em apreço, verifica-se que o imóvel objeto da execução em apreço é, de fato, de propriedade da executada ora agravante, conforme se comprova pela matrícula nº 45.331 (f. 19-20), que o identifica da seguinte forma:



LIVRO Nº 2 REGISTRO GERAL CARTÓRIO DO 1º OFÍCIO
REGISTRO DE IMÓVEIS DA 1a. CIRCUNSCRIÇÃO
MATRÍCULA 45.331 FICHA 01 Campo Grande (MS), 11.06.80

IMÓVEL: -Lote de terreno determinado pela letra A da quadra 40 resultante do remembramento dos lotes 04, 07, 08, 09, 10, 16, 17, 18, 19 e 20 da quadra 40, do Bairro Universitário, - seção B, nesta cidade, medindo 60,00 metros de frente por 60, 00 ditos de fundos e área total de 3.600,00 metros- quadrados; limitando-se neste com os lotes 11, 12, 13, 14 e - 15; ao sul com os lotes 1, 2, 3, 4, e 5; ao nascente com a rua- João Maiolino e ao poente com a rua Augusto dos Anjos. Tudo - de acordo com o memorial, e planta aprovado, digo, elaborados- pelo Engenheiro Civil Marco Antonio de Alencar Maymone CREA -- 410/DP 14ª Região e a guia do A.R.T. nº 12.400.

PROPRIETÁRIO(S):-DIOCESE DE CAMPO GRANDE, com séde nesta cida- de, na rua Rui Barbosa, 2.077 (CGC 03.272.556 0001.25).

REGISTRO ANTERIOR:- M.01/32.829 e 32.829, livro 02, ficha 01,- em 08.05.77, deste Registro de Imóveis.

O OFICIAL:-

1º OFÍCIO DE NOTAS E REGISTRO DE IMÓVEIS DA 1ª CIRCUNSCRIÇÃO

CERTIDÃO DE MATRÍCULA

Certifico que esta fotocópia é reprodução fiel da matrícula nº 045.331 e tem valor de certidão.

Selo Digital nº: AGC80505-254. Valores: EMOLUMENTOS/RA 23,00; FUNJECC 10%: R$ 2,30; FUNJECC 3%: R$ 0,69; ISS 5%: R$ 1,18.

Campo Grande - MS, 19/11/2013.

Confirmar no site: www.tjms.jus.br

Oficial do Registro

Pela matrícula, é possível constatar, ainda, o imóvel trata-se do mesmo complexo religioso dada a sua área total (3.600,00 m²), de modo que tanto a numeração 210 quanto 302 pertencem à mesma Paróquia Santa Rita de Cássia.

Diante disso, considerando que há vedação constitucional à instituição de impostos sobre templos de qualquer culto (art. 150, VI, b da CF), a agravante detém imunidade tributária relativamente ao imóvel tributado, devendo ser acolhida a exceção de pré-executividade para declarar nula a execução fiscal.

No tocante aos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC de 1973, já pacificou o tema referente ao cabimento de honorários advocatícios quando do acolhimento de exceção de pré-executividade, como ocorre na hipótese em apreço. Veja-se:

> *PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉEXECUTIVIDADE – FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE. 1.* **É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade.** *2. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e ao art. 8º da Resolução STJ 8/2008.*[2] (destaquei)

Importante destacar que o proveito econômico obtido com a extinção da execução fiscal de inscrição de crédito tributário (IPTU) pela Fazenda Municipal é o mesmo do valor da causa (R$ 2.016,81), ajuizada em agosto de 2005.

No caso em comento, entendo razoável a fixação dos honorários advocatícios em desfavor da Fazenda Pública no importe de 10% sobre o proveito econômico obtido com a extinção da execução, que no presente caso refere-se ao valor atualizado da causa em obediência ao art. 85, § 3º, inciso I, do CPC.[3]

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento interposto pela Arquidiocese de Campo Grande para acolher a exceção de pré-executividade e extinguir a execução fiscal, ficando o Município de Campo Grande condenado a pagar o valor de 10% sobre o proveito econômico obtido com a extinção da execução a título de honorários advocatícios.

2 REsp 1185036/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 01/10/2010.

3 Art. 85 (...)

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801976-94.2017.8.12.0004 - Amambai
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO – SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DETERMINANDO A EXPEDIÇÃO DE FORMAL DE PARTILHA INDEPENDENTEMENTE DO RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS – POSSIBILIDADE – PREVISÃO LEGAL – EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO PARA O PROCEDIMENTO DE ARROLAMENTO COMUM – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 659 DO CPC POR AFRONTA AO ART. 192 DO CTN – AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Mantém-se a sentença que homologou a partilha dos bens uma vez que, com relação ao arrolamento sumário, o CPC de 2015 não condicionou a homologação da partilha à quitação dos tributos cabíveis, restringindo-se, somente, a determinar, após o trânsito em julgado, a intimação da Fazenda Pública para lançamento administrativo dos devidos tributos.

As regras contidas no art. 192 do CTN não se infirmam com as inovações trazidas pelo art. 659 do CPC de 2015, visto que a lei processual apenas disciplina o procedimento, sem afastar a incidência da legislação tributária no tocante ao lançamento e cobrança do imposto de transmissão *causa mortis,* restando somente alterado o momento para o recolhimento do tributo.

Não é necessário o prequestionamento da matéria debatida, se a apreciação das teses tanto da parte autora quanto da parte requerida foram suficientemente esmiuçadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de setembro de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (f. 47-48) proferida nos autos da ação de arrolamento sumário em epígrafe.

O Estado apelante alega, em suma, que:

> *E assim sendo, mesmo em face da vigência do novo Código de Processo Civil, o entendimento do STJ sobre a matéria deve prevalecer,* ***mostrando-se extremamente necessário condicionar a expedição dos formais de partilha e alvarás à comprovação do pagamento de todos os tributos, na medida em que o dispositivo legal é claro quanto a esta exigibilidade, vez que não se vislumbra a possibilidade de se dispensar a quitação das dívidas fiscais do de cujus junto à Fazenda Pública Municipal, Estadual e Federal, para expedição do formal de partilha***. (f. 59)
>
> *Assim, Srs. Desembargadores, a jurisprudência a respeito da matéria, vem consolidando o posicionamento anteriormente adotado pelo STJ, ou seja, a exemplo do que determinava o artigo 1.031 do CPC/1973,* ***somente poderão ser expedidos os formais de partilha, cartas de adjudicação e/ou alvarás, após a comprovação do pagamento dos tributos relativos aos bens do espólio, valendo, tal entendimento, para todos os tipos de inventário***. (f. 61)
>
> *Assim, Srs. Desembargadores,* ***essa nova regra insculpida no CPC/2015 serve apenas para tumultuar o processo e, ainda, o próprio Judiciário, haja vista que, além de obrigar o fisco a instaurar um processo administrativo contra cada herdeiro (haja vista que, nessa fase, o espólio não mais existirá), resultará na propositura de uma execução fiscal contra cada um dos herdeiros, multiplicando-se, portanto, o número de ações para cobrar um único tributo, o que poderia ser resolvido nos próprios autos de arrolamento***. (f. 67)
>
> *Por fim,* ***considerando-se que o parágrafo 2º, do artigo 659, do novo CPC está a imiscuir-se em matéria de direito tributário, em flagrante ofensa ao disposto no artigo 192, do Código Tributário Nacional que, como já dito anteriormente, tem status de legislação complementar, não é possível que o mesmo venha a ser derrogado pelo texto de lei meramente processual e de inferior hierarquia***. (f. 67)
>
> *Assim, pugna-se pela reforma da decisão em comento, para* ***restar consignado que os formais de partilha, cartas de adjudicação e alvarás somente poderão ser expedidos após a comprovação do recolhimento dos tributos devidos, cuja verificação compete à Procuradoria-Geral do Estado,*** *nos termos do artigo 139, do Código Tributário Estadual.* (f. 69) (Destaquei)

Ao final, requer:

> *"Seja reformada a sentença ora combatida, vez que a partilha não pode ser julgada e os formais/cartas de adjudicação expedidos sem a devida comprovação do pagamento dos tributos devidos, nos precisos termos do artigo 192, do CTN e também pelo fato do colendo STJ ter pacificado entendimento acerca da necessidade de comprovação dos recolhimentos de tributo para que se possa expedir os formais de partilha. Requer, ainda, seja acolhido o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental do parágrafo 2º, do artigo 659, do novo CPC, face aos fundamentos acima transcritos, seja por invasão de competência de matéria de lei complementar, nos termos do artigo 146, III, "b", da Constituição Federal e por inconstitucionalidade material de violação da isonomia tributária, nos termos do artigo 150, II, da Carta da República, não se olvidando, ainda, da cláusula de reserva de plenário insculpida no artigo 97, da Carta Magna."* (f. 69-70)

Devidamente intimados, os ora apelados apresentaram contrarrazões às f. 73-80.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença (f. 47-48) proferida nos autos da ação de arrolamento sumário em epígrafe.

A sentença apelada, naquilo que interessa à solução da lide, foi vertida nos seguintes moldes:

> *[...]*
>
> *Inicialmente, nos termos do artigo 660, I, do CPC, nomeio como inventariante a parte requerente indicada na petição inicial.*
>
> *No mérito, verifica-se que a petição inicial atende aos requisitos previstos nos incisos II e III, do CPC, inexistindo informação a respeito de credores ou herdeiros incapazes.*
>
> *No mais, constam dos autos as certidões negativas fiscais, o esboço de partilha e a comprovação da propriedade do bem.*
>
> *Portanto, inexiste óbice legal à homologação da partilha.*
>
> *Posto isto, homologo, por sentença, a partilha apresentada, atribuindo aos herdeiros os respectivos quinhões, salvo erro, omissão ou prejuízo a terceiros, em especial à Fazenda Pública.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se-.*
>
> *Após o trânsito em julgado, expeça-se o formal de partilha ou carta de adjudicação, se for o caso, e intime-se a Fazenda Pública Estadual, nos termos do artigo 659, § 2º, do CPC.*

Em suas razões recursais, o Estado apelante argumenta estar equivocada a sentença que, ao homologar a partilha, determinou a expedição dos formais sem o recolhimento do ITCD, sob o fundamento de que o art. 659 do CPC de 2015 determina que o fisco seja intimado, *a posteriori*, para que efetue o lançamento tributário, porquanto, segundo alega, o CTN dispõe sobre a exigência da quitação de tributos em três hipóteses, previstas nos artigos 191, 192 e 193, sendo que a exigência do artigo 192 diz respeito exclusivamente aos tributos relativos aos bens do espólio ou suas rendas, não abrangendo débitos tributários dos herdeiros ou adjudicantes, ou qualquer outro.

Em seu arrazoado, o recorrente aduz ainda ser inconstitucional o § 2º, do art. 659, do CPC de 2015, em razão de a matéria nele regulada ser de ordem tributária, a qual não pode ser alterada por meio de lei ordinária, isto porque o correto seria, à luz do disposto no art. 146, inciso III, da CF/88, regular o tema através de lei complementar.

Ao final, requer o provimento do recurso e prequestiona.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Nego provimento ao recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul recorreu com o intuito de reformar a sentença que determinou a expedição dos respectivos formais de partilha sem o recolhimento do ITCD, alegando que deveria ter sido aplicada a regra inserta no art. 664 do CPC, segundo a qual, provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas é que a partilha poderia ser julgada e que incorreu em grande equívoco o juízo da instância singela ao utilizar-se da regra contida no § 2º, do art. 659, do CPC.

Pois bem.

A insurgência não merece prosperar, uma vez que não há se confundir o procedimento adotado pelo art. 659 (arrolamento sumário) com o procedimento contido no art. 664 do CPC (arrolamento comum).

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior[1] leciona que:

> *"(...) Em função do pequeno valor dos bens, o rito do inventário pode ser simplificado, independentemente de acordo geral dos herdeiros (NCPC, art. 664). Mas aqui, ao contrário do que se passa no arrolamento sumário do art. 659, não está excluída a hipótese de divergências e de um contencioso entre as partes. A simplificação do rito, por isso, é menor e bem menos significativa. A escolha do inventariante, por exemplo, observará a ordem de preferência legal, mas o compromisso fica dispensado (art. 664). Nas próprias declarações, o inventariante nomeado descreverá e avaliará os bens, e apresentará o plano de partilha (art. 664). Os herdeiros terão de ser citados, na forma do art. 626, para se manifestarem sobre as declarações (art. 627) e se todos se manifestarem de acordo com o julgamento da partilha pode ser de logo proferido, desde, porém, que seja comprovada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas (art. 664, § 4º). No arrolamento comum também o lançamento e recolhimento do imposto de transmissão serão processados administrativamente (§ 4º). O julgamento da partilha ou da adjudicação, porém, será feito após a quitação do tributo devido, como se deduz do § 5º do art. 664."*

Assim, incontroverso que o procedimento adotado foi o arrolamento sumário, não há que falar em aplicação do art. 664 do CPC, uma vez que este último regramento refere-se especificamente ao arrolamento comum.

Acerca da assertiva de que a nova regra do art. 659 do CPC de 2015 estaria obrigando o fisco a instaurar processo administrativo para cada herdeiro, tenho que melhor sorte não assiste ao apelante. Vejamos.

O art. 569, § 2º, e o art. 662, ambos do Código de Processo Civil/2015, expressamente autorizaram o recolhimento do referido tributo após a sentença de partilha, no procedimento de Arrolamento Sumário, *in verbis*:

> *Art. 659. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662.*
>
> *Art. 662. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.*
>
> *§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do*

1 Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. Editora Forense. 50ª Edição. 2016. Pág. 300/301

> *estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral.*
>
> *§ 2º. O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.*

Note-se que a norma não traz mais a determinação de que a homologação dar-se-ia "*mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas*", como o fazia o art. 1.031 do CPC/1973, sendo o pagamento somente será exigido para fins de homologação da partilha nos casos de arrolamento comum previsto no art. 664, § 5º, o que não se verifica nos autos, já que se trata de arrolamento sumário.

Com relação ao argumento de inconstitucionalidade do § 2º do art. 659 do CPC de 2015, é certo que nos termos do art. 192 do CTN, "*nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas*", contudo, a alegada inconstitucionalidade por ofensa à norma hierarquicamente superior não merece prosperar.

No que diz respeito à essa questão, inclusive já se posicionou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal nos seguintes termos:

> *"Ressalto que, com a inovação trazida pelo art. 659 do CPC, a partilha amigável, no arrolamento sumário, será homologada antes do recolhimento do imposto de transmissão causa mortis e, somente após a expedição do formal de partilha e demais exigências pertinentes, é que a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto e outros tributos, excepcionando, assim, a regra contida no art. 192 do CTN, que estabelece que "nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas". Neste contexto, em relação ao argumento de que a r. sentença negou vigência ao art. 192 do CTN, tenho que não merece prosperar, haja vista que, tendo por base o rol elencado no artigo 146 da Constituição Federal de 1988, o conteúdo do supracitado artigo não é de natureza tributária, e sim processual. Desse modo, não sendo o dispositivo de reserva de Lei Complementar, entendo que o mencionado artigo do CTN poderá ser derrogado por Lei Ordinária mais recente."*[2]

O Código De Processo Civil de 2015 ao excepcionar a regra do art. 192 do Código Tributário Nacional não tratou de norma geral de direito tributário, pelo contrário, foi o CTN quem, de forma excepcional, tratou sobre matéria processual ao definir o momento no curso do procedimento de partilha de bens para o recolhimento do tributo devido em razão de sucessão *causa mortis.*

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO DE BENS – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO § 2º, DO ART.659, DO NCPC – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A inovação trazida pelo art. 659 do NCPC, especificamente em seu § 2º, é que, agora, somente neste caso de arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada (ou os bens adjudicados ao único herdeiro) anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão causa mortis. Após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação, a fazenda pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, fora do processo. Tal regra, como se vê, excepcionou o art.*

2 TJDF. Apelação 20140710164127. Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo. 5ª Turma Cível. J. 16/11/2016. Pub. 15/12/2016

192 do Código Tributário Nacional. O posicionamento assimilado pela Excelsa Corte do país, por ocasião do julgamento de mérito da repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 377.457, cuja relatoria coube ao eminente Ministro Gilmar Mendes, é que inexiste relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, devendo a questão ser dirimida, exclusivamente, sob o prisma da “”distribuição material entre as espécies legais””. Inexistindo a alegada inconstitucionalidade, escorreita a sentença que homologou a partilha, com fulcro no art. 659 do NCPC.3

Portanto, não há se cogitar de qualquer vício formal de constitucionalidade no § 2º, do art. 659, do CPC/15.

Pugna ainda o apelante, ao final do seu recurso, pelo prequestionamento.

Pois bem, tenho que as questões trazidas à apreciação encontram-se suficientemente debatidas, sendo desnecessária, portanto, a manifestação expressa sobre todos os dispositivos legais prequestionados, mesmo porque a presente decisão encontra-se fundamentada na firme jurisprudência das Cortes Superiores.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, 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. 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. João Maria Lós.

Campo Grande, 4 de setembro de 2018.

***

3 TJMS. Apelação n. 0842123-45.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 20/09/2016, p: 23/09/2016

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1401917-35.2018.8.12.0000 - Campo Grande
Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS – INSTALAÇÃO DE POSTO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS – MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 186, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2011, ART. 41-A, I, C – AFRONTA À SUMULA VINCULANTE Nº 49 – POSSÍVEL INEFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL, CASO DEFERIDA AO FINAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A concessão de liminar em mandado de segurança depende da verificação da relevância dos fundamentos e de possível ineficácia da tutela jurisdicional, caso deferida ao final (art. 7º, III, da Lei 12.016/09). Exige-se, ainda, inexistência de dano inverso.

Salta aos olhos a manifestamente inconstitucionalidade do art. 41-A, I, c da Lei Complementar Municipal nº 186, de 12 de dezembro de 2011 ("*O licenciamento dos empreendimentos de Postos de Abastecimento de Veículos e Revenda de Combustíveis será autorizado pela administração municipal e obedecerá aos seguintes critérios: I – os terrenos para instalação de Postos de Abastecimento de Veículos e Revenda de Combustíveis, não poderá ter área inferior a 1.000 m² (mil metros quadrados), sendo que: [...] c) a distância entre dois Postos de Abastecimento de Veículos e Revenda de Combustíveis, será de no mínimo 1.000 m (mil metros), medidos entre os limites mais próximos entre os lotes.*") em direta afronta aos princípios da livre concorrência e da liberdade de iniciativa econômica privada, em clara afronto à orientação sedimentada na súmula vinculante nº 49, do STF. Daí a relevância da fundamentação.

Afere-se, também, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo já que o direito líquido e certo do agravante de desempenhar atividade empresarial foi violado pela autoridade coatora encontra-se há mais de 7 meses impossibilitado de exercer atividade econômica, experimentando prejuízos econômicos.

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 e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º Vogal, após o relator rever seu voto.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Jorge Luiz Zenatti agrava da decisão (f. 17-22) proferida no mandado de segurança (0802247-78.2018.8.12.0001) impetrado contra o Superintendente de Fiscalização e Gestão Urbanística de Campo Grande e Secretário Municipal do Meio Ambiente e Gestão Urbana, em curso na 4ª vara de fazenda pública e registros públicos desta Capital.

O agravante ajuizou mandado de segurança apontando como ato ilegal a decisão proferida em processo administrativo, que indeferiu pedido de expedição de certidão de viabilidade/conformidade para instalação de posto de combustível em área urbana, ao argumento de que a pretensão contraria o art. 41-A, I, "c", da Lei Complementar nº 186, de 12 de dezembro de 2011, que dispõe sobre o ordenamento do uso e da ocupação do solo no Município de Campo Grande.

Segundo afirma, o ato é ilegal porque ofende direito líquido e certo de liberdade econômica e livre concorrência, constitucionalmente assegurados. Ademais, a decisão da Administração baseia-se em norma inconstitucional, já que o conteúdo da alínea "c" do inciso I do art. 41-A da Lei Complementar Municipal nº 74/2005 contraria a disposição da súmula nº 646 do STF, convertida na súmula vinculante nº 49, segundo a qual *"ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área."*

O juízo singular indeferiu a liminar, por não vislumbrar o risco de prejuízo à eficácia do processo.

Em suas razões (f. 1-15) assevera o agravante que a urgência decorre, em síntese, do fato de que o ato administrativo não retroagirá para ressarcir os prejuízos decorrentes do lapso temporal pelo qual deixará de exercer a atividade econômica.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo ativo, a fim de que seja concedida a ordem liminar para assegurar a emissão de certidão de conformidade para edificação de posto de revenda de combustível, com posterior provimento do recurso para tornar definitiva a liminar.

Instruiu o recurso com os documentos de f. 16-26, o qual foi recebido no efeito devolutivo (f. 29-31).

A contraminuta foi ofertada às f. 35-62.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 67-73) pelo desprovimento do agravo de instrumento.

VOTO (EM 29/05/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Jorge Luiz Zenatti agrava da decisão (f. 17-22) proferida no mandado de segurança (0802247-78.2018.8.12.0001) impetrado contra o Superintendente de Fiscalização e Gestão Urbanística de Campo Grande e Secretário Municipal do Meio Ambiente e Gestão Urbana, em curso na 4ª vara de fazenda pública e registros públicos desta Capital.

O agravante ajuizou mandado de segurança apontando como ato ilegal a decisão proferida em processo administrativo, que indeferiu pedido de expedição de certidão de viabilidade/conformidade para instalação de posto de combustível em área urbana, ao argumento de que a pretensão contraria o art. 41-A,

I, "c", da lei complementar nº 186, de 12 de dezembro de 2011, que dispõe sobre o ordenamento do uso e da ocupação do solo no Município de Campo Grande.

Segundo afirma, o ato é ilegal porque ofende direito líquido e certo de liberdade econômica e livre concorrência, constitucionalmente assegurados. Ademais, a decisão da Administração baseia-se em norma inconstitucional, já que o conteúdo da alínea "c" do inciso I do art. 41-A da lei complementar municipal nº 74/2005 contraria a disposição da súmula nº 646 do STF, convertida na súmula vinculante nº 49, segundo a qual *"ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área."*

O juízo singular indeferiu a liminar, por não vislumbrar o risco de prejuízo à eficácia do processo.

Em suas razões (f. 1-15) assevera o agravante que a urgência decorre, em síntese, do fato de que o ato administrativo não retroagirá para ressarcir os prejuízos decorrentes do lapso temporal pelo qual deixará de exercer a atividade econômica.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo ativo, a fim de que seja concedida a ordem liminar para assegurar a emissão de certidão de conformidade para edificação de posto de revenda de combustível, com posterior provimento do recurso para tornar definitiva a liminar.

Instruiu o agravo com os documentos de f. 16-26, o qual foi recebido no efeito devolutivo (f. 29-31); a contraminuta foi ofertada às f. 35-62; parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 67-73) pelo desprovimento do recurso.

É cediço que o deferimento de medida liminar em mandado de segurança está condicionado à presença simultânea de dois requisitos, quais sejam: (a) a verossimilhança do direito alegado; e (b) a existência de risco associado à demora no julgamento da demanda.

A propósito os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles[1]:

> *Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – fumus boni iuris e o periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustentando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.*

Para a concessão da liminar em mandado de segurança, o juízo deve estar convencido da probabilidade - e não da certeza - do direito da parte, cujos efeitos definitivos pretende obter com a concessão da antecipação.

Na hipótese não vislumbro no momento a probabilidade do direito do impetrante em obter autorização para edificação de posto de revenda de combustível.

Venho perfilhando, em casos análogos, entendimento de que:

> *(...) O só fato das autoridades coatoras condicionarem a instalação de postos de*

1 **Mandado de Segurança.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72.

> *combustíveis a uma distância mínima entre eles, não caracteriza afronta ao princípio da livre concorrência e do livre exercício da atividade profissional, porquanto a limitação imposta pela municipalidade possui o objetivo maior de garantir a segurança da população local no sentido de minimizar os riscos potenciais da atividade, de modo a conferir ares de concretude ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, dentro do poder extroverso da administração pública.* (TJMS. Apelação nº 0806137-27.2015.8.12.0002, Dourados, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 17/05/2016, p: 23/05/2016)[2].

No mesmo raciocínio, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

> *"(...) a fixação, por lei municipal, de distância mínima entre postos de revenda de combustíveis, por motivo de segurança, não ofende os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência."* (STF, RE 204.187MG, Rel. Minº Ellen Gracie).

Ao contrário do quanto sustentando pelo impetrante, compete sim ao município tratar sobre a licença para instalação de postos de combustíveis, podendo estabelecer, como de fato restou estabelecido em lei, uma distância mínima entre os estabelecimentos. Trata-se, *in casu,* do regular exercício do poder de polícia.

Portanto, num juízo próprio de cognição sumária, não é possível verificar direito líquido e certo do agravante à obtenção de autorização para instalação de posto de combustível em área urbana, tampouco que a lei municipal que prevê distância mínima entre postos de combustíveis ofenda o princípio da livre iniciativa e concorrência.

A propósito:

> *(...) COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS LOCAIS – RECURSO PROVIDO. Nos termos da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada a apreciação judicial. Ao estipular regras para a concessão do Alvará de Construção de Postos de Combustíveis, o Município de Rio Paranaíba legislou sobre matéria de interesse local, no âmbito da competência que lhe foi conferida pela Constituição da República de 1988 (art. 30, I e VIII). A Lei nº1.172/2007 exigiu, para a concessão de Alvará de Construção e Funcionamento de Posto de Combustíveis, que o imóvel tivesse área mínima de 1000 metros quadrados e testada principal de 50 metros lineares, além de estar afastado a, pelo menos, 1000 (mil) metros de outro posto. A Súmula Vinculante 49 previu, como sendo ofensa ao princípio da livre concorrência, Lei Municipal que impeça a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Não obstante, inexiste vedação a que o ente municipal exija área mínima do terreno onde será construído o estabelecimento. Não tendo a empresa comprovado que o limite territorial imposto pela Lei Municipal seria inconstitucional, não há ilegalidade no ato administrativo que cancelou o alvará, por desatendimento desse requisito, mormente porque devem ser levados em consideração os riscos ao meio ambiente e à coletividade que eventual inobservância da norma legal possa causar.* (TJMG; APCV 1.0555.14.000258-8/002; Rel. Des. Luís Carlos Gambogi; Julg. 02/02/2017; DJEMG 14/02/2017).

> *(...) DISTÂNCIA MÍNIMA FIXADA – SENTENÇA REFORMADA. A ação popular é instrumento jurídico idôneo para desconstituir ato administrativo que concedeu alvará*

2 Registro que nesse recurso, julgado por esta 5ª Câmara, pende Reclamação ajuizada no S.T.F.

> *para a construção de posto de combustível em local impróprio e assim declarado por atos normativos municipais. A referida ação deve ser acolhida quando, no processo de concessão do alvará, foram cometidas diversas ofensas à legislação municipal e criou-se a perspectiva para a edificação de um posto de combustível em local não apropriado e potencialmente danoso para a coletividade. (...).* (TJMG; APCV 1.0313.08.266097-5/013; Rel. Des. Alberto Vilas Boas; Julg. 20/09/2016; DJEMG 26/09/2016).

> *(...) Não viola os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência Lei municipal que prevê, por motivo de segurança, a necessidade de se manter distância mínima entre postos de gasolina e locais de grande concentração de pessoas ou de outros postos de gasolina, uma vez que a atividade de alto risco exercida nos postos de revenda de combustíveis justifica o prudente distanciamento. (...).* (TJPB; RN 0004229-64.2009.815.0011; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Juiz Abraham Lincoln da Cunha Ramos; DJPB 01/12/2016; Pág. 12).

Posto isto, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 12/06/2018 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Sideni), após o relator negar provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 12/06/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de reexame dos elementos constantes do caderno processual.

Trata-se de agravo de instrumento manejado face à decisão que denegou a concessão de liminar em mandado de segurança impetrado face a ato praticado pela Superintendência de Fiscalização e Gestão Urbanística (SUFGU), vinculada à Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Gestão Urbana (SEMADUR) que, em 26 de outubro de 2017, por meio do Engenheiro Miguel de Oliveira Rocha, indeferiu o pleito do agravante, que pretende instalar posto revendedor de combustíveis na Cidade de Campo Grande.

O pedido restou indeferido sob a justificativa de que contraria a legislação em vigor, isto é, Lei Complementar Municipal nº 186, de 12 de dezembro de 2011, art. 41-A, I, c, na qual está disposto que:

> *"Art. 41-A. O licenciamento dos empreendimentos de Postos de Abastecimento de Veículos e Revenda de Combustíveis será autorizado pela administração municipal e obedecerá aos seguintes critérios: I – os terrenos para instalação de Postos de Abastecimento de Veículos e Revenda de Combustíveis, não poderá ter área inferior a 1.000 m² (mil metros quadrados), sendo que: [...] c) a distância entre dois Postos de Abastecimento de Veículos e Revenda de Combustíveis, será de no mínimo 1.000 m (mil metros), medidos entre os limites mais próximos entre os lotes."*

Sustenta o agravante que a referida previsão legal é inconstitucional, por violar o teor contido na Súmula Vinculante de nº 49, na qual está prevista a seguinte orientação:

> *"Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área."*

O juízo de primeiro grau de jurisdição indeferiu o pleito liminar aduzindo estar ausente o requisito do *periculum in mora* e, ainda, considerou existente perigo de dano inverso, eis que "*acaso seja a ação julgada improcedente ao seu final, haverá grande prejuízo não somente à municipalidade, mas inclusive ao próprio impetrante, posto que já teria efetuado todos os gastos para construção da empresa que pretende instalar no terreno em questão"*.

Por seu turno, o agravante alega que referido requisito foi atendido, tendo em vista que, sendo concedida somente ao final, a ordem não retroagirá para ressarci-lo dos prejuízos pelo não exercício de atividade, razão pela qual o direito à concessão da liminar estaria evidente.

O eminente Desembargador Relator apresentou seu voto, conhecendo o recurso e negando-lhe provimento.

Contudo, em que pese o entendimento do ilustre relator, divirjo desse seu entendimento, tendo em vista que a meu juízo presentes os requisitos necessários para a concessão da liminar postulada.

A concessão de liminar em mandado de segurança depende da verificação da relevância dos fundamentos e de possível ineficácia da tutela jurisdicional, caso deferida ao final (art. 7º, III, da Lei 12.016/09). Exige-se, ainda, inexistência de dano inverso.

De fato, a previsão contida na legislação municipal é manifestamente inconstitucional, já que viola a orientação contida na Súmula Vinculante de nº 49, de observância obrigatória pelos julgadores e agentes da Administração Pública, conforme previsão contida no art. 103-A, da CF, *in verbis*:

> *"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."*

Destaque-se que é dispensada a observância da clausula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade quando já houver manifestação do STF, nos termos do art. 950, parágrafo único, do NCPC.

Tal circunstância revela a probabilidade do direito invocado, nos termos do disposto no art. 300, do NCPC.

Por outro lado, entendo que também o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo se revela evidente, já que de forma manifestamente inconstitucional, em direta afronta aos princípios da livre concorrência e da liberdade de iniciativa econômica privada, o direito líquido e certo do agravante de desempenhar atividade empresarial foi violado pela autoridade coatora.

Aliás, convém ressaltar que a livre iniciativa é fundamento do Estado Democrático de Direito, expressamente previsto no art. 1º, IV, da CF, não subsistindo qualquer razão que justifique postergar o pleito para decisão final a ser exarada no *mandamus*, especialmente ao se ter em mente que a decisão impugnada foi proferida em 26.10.2017, ou seja, há mais de 7 meses.

Referida demora, como bem salientou o agravante, implica em direto e expresso prejuízo econômico, posto que a concessão da ordem somente ao final postergará, ainda mais, a possibilidade de dar início aos procedimentos de instalação, e consequentemente da posterior operação, do empreendimento comercial.

Aliás, convém ressaltar que em caso absolutamente idêntico ao versado nos autos, o acórdão proferido por esta Colenda 5ª Câmara Cível, por ocasião do julgamento da apelação cível em Mandado de Segurança de nº 0806137-27.2015.8.12.0002, em que restou mantida a sentença denegatória de *mandamus,* teve sua eficácia suspensa por decisão do Ministro Marco Aurélio, proferida em Reclamação, constando em seu teor que:

> *"**Violação à súmula vinculante 49***
>
> *"(...). O Órgão reclamado concluiu pela constitucionalidade do artigo 86, § 4º, inciso I, da Lei Complementar local nº 205/2012, alusiva ao zoneamento, uso e ocupação do solo e o sistema viário do Município de Dourados/MS. Vejam o texto do dispositivo: (...).* ***As instalações de postos de combustíveis deverão atender as seguintes disposições: I - Somente poderão ser implantados em terrenos com, pelo menos, 1.000m (um mil metros) de distância um do outro, verificada por um raio partindo do centro do lote****. Surge relevante a alegação.* ***Ao admitir a validade do preceito, o Tribunal estadual desrespeitou o verbete vinculante nº 49 da Súmula do Supremo,*** *porquanto limitada, por meio de legislação local, a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em certa localidade. (...) 3. Defiro a liminar para suspender, até o julgamento final desta reclamação, a eficácia do acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul na apelação nº 0806137-27.2015.8.12.0002."* (Rcl 24383, Relator Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 29.6.2016, DJe de 1.8.2016). (destacado).

Dessarte, deve ser reformada a decisão e concedida a liminar pleiteada.

À luz destas considerações, divirjo do ilustre Relator, para o fim de conhecer e de dar provimento ao presente agravo de instrumento, reformando a decisão interlocutória vergastada e conceder a medida liminar, suspendendo os efeitos do ato coator, determinando normal e regular prosseguimento ao pleito administrativo, afastando-se o indeferimento consubstanciado na norma contida no art. 41-A, I, c da Lei Complementar Municipal nº 186, de 12 de dezembro de 2011.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Após ouvir o voto proferido pelo 2º vogal, sou compelido a acompanhá-lo.

De fato, como lembrou o 2º vogal, "(...) *em caso absolutamente idêntico ao versado nos autos, o acórdão proferido por esta Colenda 5ª Câmara Cível, por ocasião do julgamento da apelação cível em mandado de segurança de nº 0806137-27.2015.8.12.0002, em que restou mantida a sentença denegatória de mandamus, teve sua eficácia suspensa por decisão do Ministro Marco Aurélio, proferida em Reclamação*". Na oportunidade o Ministro Marco Aurélio suspendeu, até o julgamento final da referida reclamação, o acórdão que havia sido proferido por esta 5ª Câmara, o que justifica o provimento do presente agravo.

Por esse motivo, em re-ratificando a manifestação que havia proferido, acompanho o voto do 2º vogal, para dar provimento ao agravo de instrumento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o relator rever seu voto.

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, 12 de junho de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800651-15.2016.8.12.0006 - Camapuã
Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ANULATÓRIA – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – REJEITADA – DECADÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM NOME DOS FILHOS – COMPRA E VENDA QUE DISSIMULA DOAÇÃO COM PREJUÍZO DE LEGÍTIMA – NULIDADE – PREVALÊNCIA DO ATO DISSIMULADO – COMPRA E VENDA PELA GENITORA COM SUBSEQUENTE DOAÇÃO DE METADE PARA GARANTIA DA LEGÍTIMA – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO INTERPOSTO PELOS RÉUS PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

A novel sistemática processual (CPC/2015) excluiu das chamadas condições de ação a possibilidade jurídica do pedido, em contraposição ao que disciplinava o CPC/1973. O novo código prevê como condições para o exercício do direito de ação apenas o interesse processual e a legitimidade *ad causam;* logo, descabida a pretensão de extinção do processo, por impossibilidade jurídica do pedido. Trata-se de alegação de simulação, causa de nulidade do negócio, a qual não se sujeita ao prazo de 02 anos (venda de ascendente a descendente) ou 4 anos (anulação de doação), porque não se convalesce, não sendo suscetível à prescrição ou decadência, conforme expressamente prevê o art. 169 do Código Civil. Restou comprovado nos autos que a falecida genitora foi a efetiva compradora do imóvel, fez pagamento do preço da aquisição e procedeu à doação deste a três dos cinco filhos. Evidente, portanto, que a transferência realizada na qualidade de procuradora a seus três filhos, mediante contrato de compra e venda, se deu em simulação (art. 167, §1º, do CC), pois não representa o verdadeiro negócio formalizado. Deve então ser declarado nulo o negócio reconhecidamente simulado na forma realizada, subsistindo o negócio que se dissimulou, conforme determina o *caput* do art. 167 do CC, bem como subsistir o que efetivamente ocorreu e foi dissimulado, ou seja, a aquisição do imóvel diretamente pela genitora, com doação aos três filhos, porém somente poderá prevalecer quanto a metade, para garantia da legítima. Devido ao resultado do recurso da parte autora, fica prejudicada a análise do mérito do recurso de apelação interposto pelos réus, por falta de interesse recursal superveniente, posto que defendem a validade do negócio, cuja nulidade esta sendo reconhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e a prejudicial; conhecer em parte do recurso de Elizete do Carmos Lima e outros e, nesta extensão, negar provimento e dar parcial provimento ao apelo de Elizabete do Carmo, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator rever seu voto.

Campo Grande, 14 de agosto de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Elizete do Carmo, Eli Carlos do Carmo Lima e Eliane do Carmo e Elizabete do Carmo apelam da sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível e criminal da comarca de Camapuã que, na ação anulatória ajuizada, julgou parcialmente procedentes as pretensões formuladas na inicial para declarar a nulidade de 50% (cinquenta por cento) da "compra e venda" registrada sob o nº 2 na Matrícula nº 20.325 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Camapuã, devendo a fração retornar ao patrimônio da falecida Maria Helena do Carmo.

Em suas razões, Elizete do Carmo, Eli Carlos do Carmo Lima e Eliane do Carmo sustentam, como prejudicial de mérito, a decadência do direito da autora, uma vez que a ação foi ajuizada depois de ultrapassado o prazo de 2 (dois) anos da data da transferência do imóvel; preliminarmente, alegam ser juridicamente impossível uma pessoa já falecida acrescer ao seu patrimônio determinado bem, faltando aos autores, portanto, interesse processual. No mérito, aduzem que a genitora das partes não tinha recursos suficientes para adquirir qualquer imóvel, já que era funcionária pública e percebia recursos ínfimos que mal davam para comprar os remédios que precisava; não importa quem fez a negociação do imóvel ou entregou a importância em dinheiro e sim que trabalhou para conquistar o valor para a aquisição; e que é impossível negar terem sido os responsáveis pela aquisição do imóvel. Pedem provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na inicial (f. 317-327).

Elizabete do Carmo, por sua vez, defende a necessidade de anulação integral da compra e venda simulada sob o argumento de que, ainda que sua mãe pudesse dispor de metade do seu patrimônio, não poderia fazê-lo aos herdeiros necessários, já que isso significaria desigualdade na legítima. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, seja declarada a nulidade total da compra e venda registrada sob o nº 2 na matrícula nº 20.325 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Camapuã, devendo o bem retornar ao patrimônio de Maria Helena do Carmo, já falecida, para ser inventariado (f. 328-332).

Contrarrazões da autora apelada às f. 336-351. Sem contrarrazões dos réus apelados (f. 352).

VOTO (EM 03/07/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Elizete do Carmo, Eli Carlos do Carmo Lima e Eliane do Carmo e Elizabete do Carmo apelam da sentença proferida pelo juízo da 2ª vara cível e criminal da comarca de Camapuã que, na ação anulatória de ato jurídico ajuizada, julgou parcialmente procedentes as pretensões formuladas na inicial, para declarar a nulidade de 50% (cinquenta por cento) da "compra e venda" registrada sob o nº 2 na matrícula nº 20.325 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Camapuã, devendo a fração retornar ao patrimônio da falecida Maria Helena do Carmo.

Em suas razões, Elizete do Carmo, Eli Carlos do Carmo Lima e Eliane do Carmo sustentam, como prejudicial de mérito, a decadência do direito da autora, uma vez que a ação foi ajuizada depois de ultrapassado o prazo de 2 (dois) anos da data da transferência do imóvel; preliminarmente, alegam ser juridicamente impossível uma pessoa já falecida acrescer ao seu patrimônio determinado bem, faltando aos autores, portanto, interesse processual. No mérito, aduzem que a genitora das partes não tinha recursos suficientes para adquirir qualquer imóvel, já que era funcionária pública e percebia recursos ínfimos que

mal davam para comprar os remédios que precisava; não importa quem fez a negociação do imóvel ou entregou a importância em dinheiro e sim que trabalhou para conquistar o valor para a aquisição; e que é impossível negar terem sido os responsáveis pela aquisição do imóvel. Pedem provimento do recurso para, reformando-se a sentença, sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na inicial (f. 317-327).

Elizabete do Carmo, por sua vez, defende a necessidade de anulação integral da compra e venda simulada, sob o argumento de que, ainda que sua mãe pudesse dispor de metade do seu patrimônio, não poderia fazê-lo aos herdeiros necessários, já que isso significaria desigualdade na legítima. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença, seja declarada a nulidade total da compra e venda registrada sob o nº 2 na matrícula nº 20.325 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Camapuã, devendo o bem retornar ao patrimônio de Maria Helena do Carmo, já falecida, para ser inventariado (f. 328-332).

Contrarrazões da autora apelada às f. 336-351. Sem contrarrazões dos réus apelados (f. 352).

Passo ao voto propriamente dito.

Juízo de admissibilidade

Nos termos do artigo 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais dos recursos, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

Os recursos são tempestivos e isentos de preparo por serem os apelantes beneficiários da gratuidade da justiça.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Do recurso interposto pelos réus

Da prejudicial de decadência

Alegam os réus, como prejudicial de mérito, a decadência do direito da autora de pleitear a anulação do contrato de compra e venda celebrado entre ascendentes e descendentes.

Sem razão, contudo.

Dispõe o Código Civil, em seus artigos 496, *caput,* e 179, respectivamente, que:

> *"(...) É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido" e que "Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato".*

Não obstante a previsão legal de que o prazo para pleitear a anulação iniciar-se-á a partir da data da conclusão do ato, o que, na espécie, ocorreu em 07/10/2011, é certo que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 999.921/PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu que o termo inicial do prazo decadencial da pretensão anulatória em casos tais é a data da abertura da sucessão do alienante. Argumentou o ministro relator, citando precedentes do Supremo Tribunal Federal, que:

> *"(...) Entender de forma diversa significaria exigir que descendentes litigassem contra ascendentes, ainda em vida, causando um desajuste nas relações intrafamiliares.*

> *Ademais, exigir-se-ia que os descendentes fiscalizassem - além dos negócios jurídicos do seu ascendente - as transações realizadas por estranhos, ou seja, pelo terceiro interposto, o que não se mostra razoável nem consentâneo com o ordenamento jurídico que protege a intimidade e a vida privada".*

Assim, considerando que o óbito da genitora das partes se deu na data de 02/12/2015 e o ajuizamento da ação em 05/04/2016, não se há falar em decadência.

Rejeito, pois, a prejudicial a decadência.

Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 17, estabelece que "*Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade*". Já o artigo 485, inciso VI, prevê que o juiz não resolverá o mérito quando "*verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual*".

Como se vê, a novel sistemática processual excluiu das chamadas condições de ação a possibilidade jurídica do pedido, em contraposição ao que disciplinava o CPC/1973[1], considerando como tais apenas o interesse processual e a legitimidade *ad causam*.

Daniel Amorim Assumpção Neves[2], sobre o tema, leciona:

> *"(...) tanto o CPC/1973 como o Novo CPC consagram a distinção entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O criador da teoria eclética, pela qual foram explicadas as condições da ação, foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa a construção consagrada pelo nosso ordenamento processual. E, com base nesse entendimento, o CPC/73 consagrava três condições da ação. Ocorre, porém, que o próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade jurídica estaria contida no interesse de agir, de forma que ao final de seus estudos restaram somente duas condições da ação: interesse de agir e legitimidade.*
>
> *É nesse sentido que o art. 17 do Novo CPC ao prever que "para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade". Ainda que se possa entender que o dispositivo consagra a doutrina de Liebman a respeito do tema, tenho a impressão de que, de alguma forma, o legislador atendeu aos críticos da teoria eclética, em especial aos defensores da teoria do direito abstrato de ação. Naturalmente, mantém-se pela proposta analisada a teoria eclética, exigindo-se no caso concreto a existência de interesse de agir e legitimidade para que o juiz possa resolver o mérito*".

Não se há falar, portanto, em impossibilidade jurídica do pedido.

Afasto, também, a preliminar ventilada.

Mérito

Relativamente ao mérito, pretendem os réus a reforma da sentença a fim de que seja julgado totalmente improcedente a pretensão formulada na inicial.

---

1 "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(...);
VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;"

2 **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: JusPodivm, 2016, p. 42-43.

Alegam, para tanto, que:

> *"(...) Ficou devidamente comprovado durante a instrução processual que a integralidade do dinheiro repassado para a antiga proprietária do imóvel proveio dos bolsos dos recorrentes (...)" (f. 324), e que "É impossível negar que a aquisição do imóvel se deu pelos recorrentes, uma vez que estes pagaram integralmente o imóvel"* (f. 327).

Em que pesem as razões expostas, à luz das provas produzidas nos autos há de se negar provimento ao recurso.

Às f. 16-19 consta cópia do instrumento de cessão e transferência de contrato de mútuo celebrado entre Helena Batista Alves, na qualidade de cedente, e Maria Helena do Carmo (genitora das partes), na figura de cessionária.

Constou no aludido documento que, pela cessão, a cedente receberia:

> *"(...) a quantia de R$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais), pagos da seguinte forma: R$ 5.000,00 (cinco mil reais), neste ato, em moeda corrente e legal do país, diretamente ao cedente, dando ele geral e irrevogável quitação e R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), representado por duas notas promissórias (NP), uma no valor de R$ 2.000,00 e a outra no valor de R$ 2.500,00, com vencimento para o dia 20 de julho de 2.005, emitida por Fátima Barbosa de Almeida Camargo, do qual aceita a cedente como forma de pagamento"* (item 3 - f. 16).

Em juízo, Helena Batista, cedente do imóvel objeto dos autos, informou (f. 374-379):

> *"Juiz: Certo. A senhora ofereceu esse terreno, como surgiu o negócio desse terreno? Quem se interessou pelo terreno?*
>
> *Depoente: A Dona Maria Helena.*
>
> *Juiz: A Dona Maria Helena que se interessou pelo terreno?*
>
> *Depoente: Isso, eu era vizinha lá da filha dela que ela morava lá nua casa né e era perto.*
>
> *Juiz: Pode continuar.*
>
> *Depoente: E aí pelas minhas dificuldades, eu achei né que podia passar pra frente, porque eu tava meia...a crise não tava boa.*
>
> *(...)*
>
> *Juiz: Entendi. Mas pra gente vender alguma coisa, nós temos que discutir preço né. Com que a senhora discutiu preço?*
>
> *Depoente: Com a Dona Maria Helena.*
>
> *Juiz: Com a Dona Maria Helena.*
>
> *Depoente: Sim.*
>
> *(...)*
>
> *Juiz: Em algum momento do negócio, a senhora também negociou com a Elizete, com o Eli ou com a Eliane?*

Depoente: Não. Esse Eli eu não conheço quem é.

Juiz: E a Elizete a senhora conhece?

Depoente: Olha, vi assim né. Mas não...nadinha de negócio não.

(...)

Juiz: E o dinheiro, como que foi parar no seu bolso o dinheiro da casa?

Depoente: Foi ali no cartório do Luquinhas. A dona Maria Helena, nós fomos lá né, pra passar pra ela né...

Juiz: Foi em dinheiro vivo?

Depoente: Ela me passou 5.000,00 mil em dinheiro vivo e o restante foi promissória que eu peguei do senhor Dionísio que é esposo da dona Fátima. Que é o que comprou a casa da Elizete.

Juiz: Certo.

Depoente: E aí na época eu achei melhor já pegar dele e ele foi também no cartório e me passou.

Juiz: E o dinheiro vivo que a senhora recebeu, foi das mãos de quem?

Depoente: Dona Maria Helena.

Juiz: Dona Maria Helena.

Depoente: Só tava... foi ela no cartório comigo. Só nós duas.

Juiz: Só vocês duas. E as promissórias, ela que levou também?

Depoente: O senhor foi lá, porque eu quis pegar direto dele. Em negócio com a Dona Maria eu falei pra ela que então eu ia aceitar as promissórias do seu Dionísio.

Juiz: E essas promissórias, a senhora entendeu porquê a senhora estava recebendo de uma pessoa que não tinha nada a ver com o negócio? Ele explicou?

Depoente: Porque ele comprou a casa da Elizete, que a Elizete devia pra mãe dela...que é a Dona Maria Helena né.

Juiz: Como que a senhora sabe disso, que ela devia?

Depoente: Foi o que a dona Maria me fa...que a dona Maria Helena me passou. Só que ela queria passar pra mim, ai eu falei que já que a senhora negociou com ele, com a menina da senhora para receber dele, então, eu pego direto dele, porque eu conheço bem ele, o senhor Dionísio.

Juiz: E a dona Maria, a dona falecida essa Maria Helena depois que fez negócio ela já foi direto para dentro dessa casa? Morar? Ou a senhora não sabe?

Depoente: O filho dela estava morando de aluguel comigo, aí eu entreguei a chave e ele ficou.

Juiz: A senhora já alugava para um filho da (...)

Depoente: Foi, acho que nem chegou a um mês assim, ele ficar lá.

Juiz: E as parcelas que sobraram que ficaram para trás?

Depoente: Pra dona Maria Helena assumiu.

(...)

Advogado: Em algum momento a senhora ficou sabendo que aquele contrato que a senhora havia feito pra senhora Helena, a senhora tinha transferido para os três filhos dela, Eli, Eliane e Elizete?

Depoente: Não!

Advogado: Algum momento a senhora foi comunicada?

Depoente: Nunca mais me procurou, não!".

Já Lucas Alves do Vale Filho, tabelião de notas da cidade, conforme consignado pelo juízo a quo,

> *"(...) afirmou que a falecida dona Helena lhe disse na época da transferência do imóvel que queria beneficiar os três filhos que cuidavam dela e que não gostava dos outros filhos da mesma. Então, como não era proprietária do imóvel, mas simples procuradora, foi lavrada a escritura de transferência do bem, mas chegou a orientar a falecida no sentido de que poderia ocorrer dos outros filhos virem a contestar essa transferência, o que confirma que a falecida Maria Helena do Carmo"* (f. 310).

Ora, se a genitora das partes, quando da transferência do imóvel, disse querer "*beneficiar os três filhos que cuidavam dela*" é porque não foram eles os reais adquirentes do aludido bem. Ninguém se beneficia, por ato de outrem, de algo conquistado por seu próprio mérito.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pelos réus, insta considerar, não se mostraram suficientes para concluir em sentido contrário.

Como também registrou o juízo singular,

> *"(...) Embora as testemunhas arroladas pelos demandados tenham mencionado que a falecida Maria Helena do Carmo, quando em vida, comentou com os mesmos que o imóvel pertencia aos seus filhos, não ficou esclarecido se tais comentários ocorreram antes ou depois da transferência do imóvel para o nome dos filhos/requeridos"* (f. 310-311).

Conclui-se, portanto, que o imóvel foi, de fato, adquirido pela genitora das partes, Maria Helena do Carmo.

Do recurso interposto pela autora

A autora, por sua vez, defende a necessidade de anulação integral da compra e venda simulada sob o argumento de que, ainda que sua mãe pudesse dispor de metade do seu patrimônio, não poderia fazê-lo aos herdeiros necessários, já que isso significaria desigualdade na legítima.

Também sem razão.

Primeiro, convém ressaltar que a relação negocial havida entre a genitora das partes e os réus não se tratou de compra e venda, mas doação, nos termos do artigo 538 do Código Civil "*Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra*".

Tratando-se de doação, devem ser observados os artigos 538 e seguintes do aludido diploma normativo.

Pois bem. O artigo 544 do CC estabelece que "*A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança*".

Comentado o dispositivo citado, Nelson Rosenvald[3] ensina que:

> *"A fim de evitar qualquer ofensa à necessária igualdade entre os herdeiros necessários, o legislador ressalta que qualquer doação de um ascendente a um descendente ou de um cônjuge a outro será considerada adiantamento da legítima, por ínfimo que seja o valor. A colação será a forma de o sucessor favorecido conferir o que lhe foi adiantado em vida, com o que o falecido deixou de patrimônio, repondo-se a igualdade das legítimas dos herdeiros reservatários* (art. 2.003 do CC)".

Conforme se observa, não há falar em impossibilidade de doação para herdeiros necessários. O que se tem, caso ocorra, é o adiantamento de legítima, resolvendo-se a questão da desigualdade existente por meio do instituto da colação (CC, artigo 2.003[4]).

Não obstante a possibilidade de doação, deve ser respeitada a parte que o doador poderia dispor em testamento, qual seja, metade da herança (CC, artigo 1.789[5]), sob pena de se caracterizar inoficiosa. É o que prevê o artigo 549 do Código Civil[6].

Cumpre ressaltar, *ad argumentandum*, que a venda de ascendente para descendente (pretensão exteriorizada por meio da presente ação) é anulável, enquanto a doação inoficiosa é nula.

Sendo o imóvel objeto dos autos o único de propriedade da genitora das partes e considerando a doação de sua integralidade, há de se reconhecer como inoficiosa e decretar a sua nulidade em relação a 50% (cinquenta por cento) do bem, que deverá retornar ao espólio para eventual partilha em ação de inventário a ser ajuizada, onde se discutirá a matéria acerca das colações dos herdeiros necessários.

Posto isso, conheço dos recursos e a ambos nego provimento. Em razão do desprovimento dos recursos, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais em 5% (cinco por cento), totalizando 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando mantido o sobrestamento da condenação, por serem as partes beneficiárias da gratuidade da justiça, salvo prova contrária a ser feita na fase de cumprimento da sentença.

Por unanimidade, afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para a sessão de 14/08/2018 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni Soncini Pimentel), após o relator rejeitar a prejudicial de decadência e negar provimento aos recursos. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 14/08/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.(1° vogal)

Pedi vista dos autos após a rejeição unânime da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

3 Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência, Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916, Baruei,SP: Manole, 2012, p. 593.

4 "A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados".

5 "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança".

6 "Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento".

Trata-se de ação proposta por Elizabete do Carmo em face dos irmãos Elizete do Carmo Lima, Eli Carlos do Carmo Lima e Eliane do Carmo, na qual afirma que sua genitora transferiu aos réus o único imóvel que possuía quando em vida, prejudicando sua parte e de seu irmão Hélio na legítima. Pleiteou a anulação do negócio.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, declarando a nulidade de 50% da compra e venda, devendo tal fração, correspondente à legítima, retornar ao patrimônio partilhável da falecida Maria Helena do Carmo, genitora das partes.

Os réus apelam alegando a impossibilidade jurídica do pedido, já rejeitada, decadência e improcedência dos pedidos iniciais, sob o argumento de que os recursos utilizados para aquisição do imóvel lhes pertenciam. A autora também apela para defender a nulidade integral da compra e venda simulada, pois ainda que sua mãe pudesse dispor da legítima, não poderia fazê-lo em benefício de herdeiros necessários, sob pena de desigualdade.

Entendeu o ilustre Relator pela manutenção da rejeição da preliminar de decadência, ponderando que o prazo de 02 anos para anulação de compra e venda firmada de ascendente a descendente conta-se a partir do óbito do alienante, conforme jurisprudência do STJ, o qual não teria se verificado quando do ajuizamento da presente ação.

Peço vênia para divergir quanto aos fundamentos da rejeição desta preliminar.

É que não se pode olvidar que na hipótese não houve venda formal de ascendente para descendentes. A genitora era titular de um contrato de gaveta e quando houve quitação da hipoteca, utilizando-se de procuração outorgada em seu favor, transferiu o imóvel diretamente a três de seus cinco filhos. Houve, portanto, negócio simulado para ocultar doação, como adiante também concluiu o ilustre Relator no mérito.

Sendo assim, trata-se de alegação de simulação, causa de nulidade do negócio, a qual não se sujeita ao prazo de 02 anos (venda de ascendente a descendente) ou 4 anos (anulação de doação), porque não se convalesce, não sendo suscetível à prescrição ou decadência, conforme expressamente prevê o art. 169 do Código Civil:

> *"Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo."*

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CIVIL – VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO – SIMULAÇÃO – DECADÊNCIA – NÃO INCIDÊNCIA – SENTENÇA CASSADA – RECURSO PROVIDO. 1. A simulação constitui causa de nulidade do negócio jurídico, que não se sujeita a confirmação ou se convalesce pelo decurso de tempo. Portanto, o direito da parte prejudicada não decai ou sua pretensão prescreve. 2. O juiz não está adstrito à definição jurídica dada ao fato pela parte, a quem cabe apenas narrá-lo e o julgador aplicar o direito (iura novit curia). 3. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA."* (TJ-DF 20160110052437 DF 0001450-47.2016.8.07.0001, Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira, Data de Julgamento: 18/04/2018, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 26/04/2018. Pág.: 284/294)

Logo, acompanho o ilustre Relator pela rejeição da preliminar de decadência, porém por fundamento diverso.

Mérito

Quanto ao mérito propriamente dito, divirjo do ilustre relator, pois, a meu juízo, há solução jurídica diversa às mesmas premissas fáticas por ele adotadas, sobretudo em virtude da necessária continuidade do registro público, princípio fundamental que o norteia.

Restou comprovado nos autos que Maria Helena do Carmo foi a efetiva compradora do imóvel, fez pagamento do preço da aquisição e procedeu à doação indireta deste a três dos cinco filhos. Evidente, portanto, que a transferência realizada, na qualidade de procuradora, a seus três filhos, mediante contrato de compra e venda, se deu em irrefutável simulação, pois não representa o verdadeiro negócio formalizado.

Segundo o § 1º do art. 167 do Código Civil, *verbis:*

> *"Art. 167. (...) § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*
>
> *I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*
>
> *II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;"*

Deve então ser declarado nulo o negócio reconhecidamente simulado, subsistindo o negócio que se dissimulou, conforme determina o *caput*.

> *"Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma."*

Logo, em fiel subsunção dos fatos à norma, deve ser declarada a nulidade da compra e venda realizada pelos três filhos de Maria Helena do Carmo, que, segundo conclui-se da instrução, nunca desembolsaram qualquer valor para sua aquisição. Deverá, então, subsistir o que efetivamente ocorreu e foi dissimulado, ou seja, a aquisição do imóvel diretamente por Maria Helena do Carmo, com doação aos três filhos, porém somente poderá prevalecer quanto a metade, para garantia da legítima.

Ao que consta, o imóvel era o único bem da genitora falecida, de modo que os 50% que lhe pertencia deverá ir à inventário e os 50% restantes, que foram doados em vida, deverão ser levados oportunamente à colação.

Consigno, ainda, a necessidade de retificação da matrícula do imóvel em questão para que seja preservada a continuidade do registro público, de forma que não constem futuramente quinhões de herança sem que o bem nunca tenha pertencido a *de cujus*, por consequência ao seu espólio.

Diante disso, tenho que deverá ser retificada o registro R02/20.325 para constar em R03 que em 07 de outubro de 2011, através de Escritura de Compra e Venda, Helena Batista Alves transferiu à adquirente Maria Helena do Carmo o imóvel objeto desta matrícula. Na mesma data, em R04, deverá constar a doação de 50% do bem de Maria Helena do Carmo aos filhos Elizete do Carmo Lima, Eli Carlos do Carmo Lima e Eliane do Carmo, permanecendo o restante para si. Assim, em inventário, após seu trâmite, serão resolvidos os quinhões para anotação, inclusive quanto aos demais herdeiros.

Por fim, devido ao resultado do recurso da parte autora, fica prejudicada a análise do mérito do recurso de apelação interposto pelos réus, por falta de interesse recursal superveniente, posto que defendem a validade do negócio, cuja nulidade foi reconhecida.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do ilustre Relator para conhecer em parte do recurso de apelação interposto pelos réus e, na parte conhecida, desprovê-lo, bem como dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora Elizabete do Carmo, com a reforma da sentença para julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, de modo a anular o ato simulado de compra e venda do imóvel diretamente pelos réus, porém prevalecendo o que se dissimulou, ou seja, a compra e venda por Maria Helena do Carmo, com a doação da metade possível para garantia da legítima. Por consequência, determino a retificação da matrícula do

imóvel, para constar em R03, que em 07 de outubro de 2011, através de Escritura de Compra e Venda, Helena Batista Alves transferiu à adquirente Maria Helena do Carmo, integralmente o imóvel objeto desta matrícula. Na mesma data, em R04, diante do que sobrepõe por força do que foi dissimulado, deverá constar a doação de 50% do referido bem de Maria Helena do Carmo aos filhos Elizete do Carmo Lima, Eli Carlos do Carmo Lima e Eliane do Carmo, permanecendo o restante para si, que em inventário, após os tramites legais, serão resolvidos os quinhões para anotação, inclusive quanto aos demais herdeiros. Com isso, tenho que a autora/apelante sucumbiu em parte mínima de sua pretensão inicial, devendo os réus arcarem integralmente com as custas e honorários arbitrados na sentença, que majoro em 2%, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (relator)

Entendo por bem rever meu posicionamento para acompanhar o voto do 1º vogal e negar provimento aos recursos interpostos pelos réus e dar parcial provimento ao apelo da autora, a fim de anular o ato simulado de compra e venda do imóvel, de maneira que prevaleça o negócio que o dissimulou, ou seja, a compra e venda por Maria Helena do Carmo com a doação da parte do imóvel que assegure a legítima.

Isto porque, de fato, as provas dos autos indicam que a transferência realizada por Maria Helena do Carmo a três dos cinco filhos mediante contrato de compra e venda se deu mediante simulação, não havendo dúvidas de que Maria Helena foi a efetiva compradora do imóvel, fez pagamento do preço da aquisição e procedeu à doação, ao passo que seus três filhos não desembolsaram qualquer quantia pela aquisição.

O consectário é a nulidade do negócio jurídico, devendo subsistir aquele que o dissimulou, nos termos do § 1º do art. 167 do Código Civil, ou seja, a aquisição do imóvel diretamente por Maria Helena do Carmo, com doação aos três filhos, porém somente poderá prevalecer quanto a metade, para garantia da legítima.

Isto posto, revejo meu posicionamento para acompanhar o voto do 1ª vogal e negar provimento aos recursos interpostos pelos réus e dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora, a fim de anular o ato simulado de compra e venda do imóvel de maneira que prevaleça o que negócio que o dissimulou, ou seja, a compra e venda por Maria Helena do Carmo com a doação da parte do imóvel que assegure a legítima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e a prejudicial; conheceram em parte do recurso de Elizete do Carmo Lima e outros e, nesta extensão, negaram-lhe provimento e deram parcial provimento ao apelo de Elizabete do Carmo, 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. 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, 14 de agosto de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0040562-97.2007.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÕES CÍVEIS INTERPOSTOS PELA DEFESA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO – MANOBRA DE KRISTELLER MAL EXECUTADA – AUSÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO MÉDICO DURANTE LONGO PERÍODO DO TRABALHO DE PARTO – ÓBITO DO NEONATO – RECONHECIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DO HOSPITAL – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

São requisitos para a caracterização da responsabilidade civil a conduta lesiva, o dano, nexo de causalidade entre eles e a culpa.

Os elementos constantes dos autos são suficientes para caracterizar falha técnica na prestação de serviço médico.

A manobra de Kristeller, mal executada, contribuiu sobremaneira para o óbito do bebê, mormente se considerados os riscos desse procedimento. Evidenciou-se, também, falha dos médicos, ao fazerem-se ausentes longo período do trabalho de parto, reduzindo, de maneira relevante as chances de sobrevivência do bebê.

Recursos conhecidos e não providos.

RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA – VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MAJORAÇÃO SEGUNDO PRECEDENTES – INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Sopesando-se as condições das partes e as circunstâncias em que se deram os fatos, bem como precedentes jurisprudenciais, justa a majoração dos R$ 30.000,00 para R$ 60.000,00, para cada um dos autores, *quantum* capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido pela perda do filho recém nascido.

Por se tratar de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, os juros de mora incidentes sobre o valor da indenização, seja por danos materiais ou morais, devem incidir a partir do evento danoso, conforme a Súmula 54 do STJ.

Em conformidade com a Súmula 313 do STJ, "*Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado*.".

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 de Maria Aparecida e negar provimento ao apelo de Leonildo e ao da Associação Beneficente de Campo Grande - Santa Casa, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 21 de agosto de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Maria Aparecida dos Santos e outro interpuseram recurso de apelação da sentença proferida nos autos da ação ordinária de reparação de danos morais e materiais que move em face de Associação Beneficente de Campo Grande/MS - Santa Casa. Sustentam que o *quantum* indenizatório por dano moral fixado na sentença é módico, diante da gravidade do dano. Defendem que a apelante realizou de forma completa o pré-natal e que o bebê apresentava saúde perfeita. Alegam que o falecimento do filho recém nascido foi dano gravíssimo, sendo falha dos apelados. Ao fim, pugnam pelo provimento do recurso para que o valor da indenização por danos morais seja majorado em R$ 70.000,00 (setenta mil reais) para cada um dos apelantes, passando a contar o valor dos juros de mora da data do falecimento do recém-nascido. Que os juros de mora nas parcelas da pensão atrasada passe a ser contados do vencimento de cada prestação. Subsidiariamente requerem que o hospital/apelado inclua os apelantes na sua folha de pagamento, a fim de ser adimplida a pensão em sua integralidade.

A apelada Associação Beneficente e Campo Grande/MS - Santa Casa - apresentou contrarrazões (f. 665-673).

Ao mesmo tempo, em separado, também interpôs recurso de apelação, onde alega que a apelada não colaborou em fazer força no momento do parto, por esse motivo optou pela realização da manobra de Kristelles, que não é proibida, e, mesmo não sendo recomendada, teve que ser realizada neste caso. Defende que o procedimento de Kristelles não foi responsável pelo falecimento do filho dos apelados, e que a causa do óbito foi de fato natural, concluindo que não houve prática de ato ilícito da apelante. Ao fim, pugna pelo provimento do recurso e pela concessão da justiça gratuita. Alternativamente, que seja minorado o valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Leonildo Herrero Perandré e outro também interpuseram recurso de apelação, onde sustentam que o médico não tem obrigação de se manter ininterruptamente ao lado da paciente durante o trabalho de parto. Alegam que a manobra de Kristeller foi realizada porque no momento do parto a apelada não conseguia expelir o feto via vaginal, e não havia como fazer cesariana, pois o feto estava quase saindo. Ao fim, pugnam pelo provimento do recurso, para que seja reformado integralmente a sentença.

Maria Aparecida dos Santos e outro apresentaram contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 652-664).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Consta dos autos que a paciente/apelada foi internada para trabalho de parto normal junto à Santa Casa de Campo Grande (Associação Beneficente e Campo Grande/MS) no dia 7 de março de 2007; que durante o parto verificou-se o cordão umbilical circundava o pescoço do neonato, circunstância que dificultava a expulsão útero, motivo pelo qual foi realizada a manobra de Kristeller (procedimento que consiste na aplicação de pressão na parte superior do útero com o objetivo de facilitar a saída do bebê). Após o parto, a criança foi encaminhada à UTI e lamentavelmente lá faleceu no dia 16 de março de 2007.

O Juízo da causa reconheceu falha técnica no acompanhamento do parto, tanto pelo inadequado acompanhamento da evolução como pela adoção de manobra com alto potencial de risco, e atribuiu a responsabilidade civil ao nosocômio e aos profissionais médicos participantes do atendimento, condenando-os, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrados em R$ 60.000,00, corrigidos pelo IGPM a partir da data da sentença, e acrescidos de juros moratórios desde a data da citação, e pagamento de indenização por danos materiais equivalentes a pensão vitalícia.

Trata-se de três recursos de apelação sobre sentença proferida nos autos. Todos recorreram.

Os litisconsortes passivos, em recursos distintos, sustentam: 1) ausência dos requisitos necessários à responsabilidade civil, pois inexistente ato ilícito e nexo de causalidade, já que a morte do neonato teve causa natural; 2) o valor da indenização por danos morais seria exagerado, merecendo redução. A parte autora, ao seu turno, sustenta que 3) o valor da indenização deve ser majorado; 4) os juros moratórios devem incidir desde a data do falecimento; 5) os juros moratórios, na pensão vitalícia, incidem desde a data de cada vencimento em atraso.

Os recursos serão analisados segundo critério de prejudicialidade, agrupando-se aqueles manejados pelos litisconsortes passivos.

Dos recursos de apelação apresentados pelos litisconsortes passivos

Quanto à responsabilidade civil dos médicos e hospitais, não se pode olvidar que deverá ser apurada mediante a verificação da culpa, sendo certo que sua atividade caracteriza-se, em regra, como de meio e não de resultado. Assim, necessário demonstrar a conduta culposa do médico, ao realizar procedimento com imperícia, imprudência ou negligência, não podendo ser esquecido que constitui obrigação do médico aplicar os meios necessários à consecução do melhor resultado ao paciente.

Esse entendimento encontra guarida na jurisprudência pátria, consoante julgados que trago à colação:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1.Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar pelos serviços prestados, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do réu e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 2.O Hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito, ou força maior. 3. Não obstante, para imputar a responsabilidade ao hospital, nos termos da legislação consumeirista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu a demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, ao qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ.* ***4. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da***

> ***obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente.*** *5.* ***Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinente à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo pericial****. 6.Assim, não assiste razão à autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento àquela, bem como não foi comprovado o nexo de causalidade entre o óbito do feto e o suposto erro médico. Negado provimento ao apelo."* (Apelação Cível Nº 70058097023, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/03/2014) (TJ-RS - AC: 70058097023 RS , Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 25/03/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/03/2014) frisei

E ainda,

> *"RESPONSABILIDADE POR FATO DO SERVIÇO MÉDICO – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – PROFISSIONAL LIBERAL – EXIGÊNCIA DA PROVA DA CULPA – EXEGESE DO ART. 14, § 4º, CDC – OBRIGAÇÃO DE MEIO. 1.* ***Aplicam-se ao erro médico as normas atinentes à responsabilidade por fato do serviço previstas no art. 14, § 4º, do CDC, caracterizando-se a atividade do médico profissional liberal, em regra, como obrigação de meio. 2. Na responsabilidade civil subjetiva deve-se provar a conduta culposa do médico ao realizar os procedimentos com imperícia, negligência ou imprudência. É obrigação do profissional liberal médico aplicar os meios necessários à consecução do melhor resultado para a paciente.*** *3. Cabe ao paciente provar, a teor do art. 333, I, do CPC, que o médico não teria sido imperito, negligente ou impudente, sendo que allegatio et non probatio quasi non allegatio. A obrigação de meio, como é o serviço médico, não impõe o resultado. A teor de precedente do STJ, "no caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico". 4. Obter dictum, ao nosocômio no qual realizada a cesariana aplicar-se-ia a regra geral do CDC para a responsabilidade pelo fato do serviço, traçada pelo caput do seu art. 14, que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa do fornecedor. A regra de § 4º do art. 14 do CDC restringe-se à responsabilidade civil dos profissionais liberais, não se estendendo aos hospitais e clínicas médicas, a quem se aplicaria a regra geral da responsabilidade objetiva, dispensando a comprovação de culpa, hipótese na qual caberia ao hospital comprovar as excludentes da responsabilidade previstas no § 3º do art. 14 do CDC."* (TJ-MG - AC: 10134070908147001 MG, Relator: Cabral da Silva, Data de Julgamento: 22/10/2013, Câmaras Cíveis/10ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01/11/2013) destaquei

Em Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: 6. ed. RT, 2002, p. 65, o civilista e magistrado Miguel Kfouri Neto assevera:

> *"Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos, causou o dano. Contudo,* ***podendo e devendo /interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas****, que podem revelar imperícia.* ***O médico terá descumprido, nesse caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável****."* destaquei.

Diante disso, resta verificar se houve falha nos serviços prestados pelos médicos da Santa Casa que atenderam a parturiente e se o óbito do neonato ocorreu em razão de negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse ponto, é possível concluir com segurança que houve descuido, negligência, no atendimento prestado no trabalho de parto da autora, haja vista as conclusões veiculadas no laudo pericial, indicando a existência de elementos suficientes para caracterizar falha técnica na prestação de serviço.

Confira o que expressa o laudo pericial judicial:

> *"(...) este perito encontrou elementos suficientes e necessários para afirmar com segurança que houve falha técnica no acompanhamento do parto em discussão, tanto pelo não segmento adequado de sua evolução como pela adoção de manobras com alto potencial de risco para a integridade e a vida da gestante e do feto."* (f. 237)

Restou evidenciado nos autos, ademais, que o médico responsável pelo parto ausentou-se por longo período sem que se fizesse substituir por outro profissional. Não se exige, a toda evidência, que o profissional médico permaneça, constantemente, junto à parturiente, isto é obvio. Contudo, o atendimento médico exige sim o acompanhamento constante da parturiente, atividade inerente ao trabalho de parto, inclusive e especialmente diante da possibilidade de riscos a ela e ao neonato.

É patente, assim, a falha médica, quando o profissional em medicina se ausenta de maneira permanente durante certo período no trabalho de parto da parturiente, que foi o que ocorre com a ora apelada, segundo se depreende seguramente da prova produzida nos autos. Consequentemente, as chances de prevenir riscos, identificar e solucionar crises durante do trabalho de parto, a exemplo do ocorrido (envolvimento do nascituro pelo cordão umbilical), aumentando significativamente a letalidade de eventos absolutamente previsíveis e até corriqueiros.

Noutro vértice, não bastasse a criação ou aumento de risco desnecessários, a realização da manobra de Kristeller, conquanto mal executada, segundo demonstra o perito judicial, contribuiu sobremaneira para o óbito do neonato. Referido procedimento é considerado arriscado e por isso não indicado. De sorte que bem poderia o médico tê-la evitado, primeiro tendo estado mais presente no decorrer dos trabalhos e segundo adotando mais precocemente outras medidas menos invasivas ou mais seguras.

Não são raros os casos de indenização de danos morais em razão do falecimento de crianças em razão da utilização da referida técnica:

> *CIVIL, RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.DANO MORAL E MATERIAL – ERRO MÉDICO – PARTO.UTILIZAÇÃO DE TÉCNICA INADEQUADA – CRIANÇA NASCIDA COM GRAVES PROBLEMAS DE SAÚDE – PARALISIA CEREBRAL DECORRENTE DE ANOXIA DERIVADA DO PARTO – MORTE POSTERIOR – DANO E NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DO HOSPITAL – DANO MORAL FIXADO EM R$ 30.000,00 – RAZOABILIDADE – MANUTENÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA EVENTUAL EXECUÇÃO FIXADOS EM 15% DO VALOR DA CAUSA – MODIFICAÇÃO – VALOR DA CONDENAÇÃO COMO BASE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."* (Apelação Cível nº 667312-3, Rel. Miguel Kfouri Neto, julgamento 01/07/10, 8ª Câmara Civil)

> *"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATIVIDADE MÉDICA – DENUNCIAÇAO DA LIDE INDEFERIDA – PRECLUSAO – AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO COM TRÂNSITO EM JULGADO – CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NEGATIVA DE INQUIRIÇAO DE TESTEMUNHAS DO ESTADO – PROVA INÚTIL – REJEIÇAO DA PRELIMINAR – INDENIZAÇAO DE DANOS MORAIS – GESTANTE EM TRABALHO DE PARTO – DISTÓCIA DE TRAJETO – DEMORA NA OPÇAO PELA CESÁRIA – SOFRIMENTO FETAL POR FALTA DE OXIGENAÇAO (ANOXIA FETAL NEONATAL*

> *GRAVE) – SEQUELAS NEUROLÓGICAS IRREVERSÍVEIS – NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS PERMANENTES – NEGLIGÊNCIA MÉDICA CONFIGURADA – HOSPITAL ADMINISTRADO PELO ESTADO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO – DEVER DE INDENIZAR – PENSIONAMENTO – TERMO A QUO – DATA DO EVENTO DANOSO – VALOR FIXADO EM TRÊS SALÁRIOS MÍNIMOS – FIXAÇAO DE ACORDO COM OS CUIDADOS NECESSÁRIOS – JUROS DE MORA SOBRE INDENIZAÇAO POR DANOS MORAIS – TERMO "A QUO" – APLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ – DATA DO EVENTO – ART. 398DO CÓDIGO CIVIL – MATÉRIA RECENTEMENTE REVISTA PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ADEQUAÇÃO."* (TJSC Apelação Cível nº, de São José, Relator: Des. Jaime Ramos, julgamento 26/09/12, 4ª Câmara)

Ainda,

> *"ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR – PARTO QUE RESULTOU EM SEQUELAS AO MENOR – PARALISIA CEREBRAL – USO DE FÓRCEPS (MANOBRA DE KRISTELLER) – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – DANOS MORAIS – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ." (...) 2. A Corte de origem, com base nos elementos probatórios dos autos, expressamente consignou estarem evidenciados o dano, a conduta e o nexo causal. A alteração das conclusões do acórdão recorrido, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.*" (AgRg no AREsp 628.542/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 13/02/2015)

Assim é que a falha na prestações de serviços médicos restou suficientemente demonstrada nos autos. Disso decorre a conduta lesiva, sendo intuitivo o dano moral dele decorrente (sofrimento decorrente da morte do filho recém nascido), bem como o nexo de causalidade entre eles, decorrente da culpa dos profissionais médicos e do nosocômio onde realizado o atendimento, de forma negligente e desidiosa.

Assim, verificada a existência dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil dos médicos e do hospital onde realizado o atendimento da parturiente, ou seja, o *an debeatur*, importa analisar o *quantum debeatur*, haja vista o inconformismo do apelante quanto ao valor arbitrado pelo juízo *a quo*, ou seja, R$ 30.000,00 para cada autor.

Importante registrar que o pedido de dano moral deve servir de ressarcimento por todos os danos experimentados pelos autores com a perda do filho recém nascido. Com a última reforma do Código Civil/2002, o legislador deixou bem claro a necessidade de se indenizar também os danos morais. Confira:

> *"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".* (destaquei)

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira[1] a respeito do tema em comento diz o seguinte:

> *"O fundamento da reparabilidade pelo dano moral, está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como `qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária´, e*

1 **Responsabilidade Civil.** Ed. Forense, p. 54

> *abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.* (*Traité de la Responsabilité Civile.* vol. II, nº 525)"

No caso contido nestes autos, certamente que se está diante de um dano moral plenamente indenizável, porque indenizável é a dor sofrida pelos pais com a perda de um filho. Não se pode negar que a indenização em dinheiro, desvinculada do dano patrimonial, não trará novamente o ente querido, mas certamente aliviaria os tormentos e sofrimentos dos genitores.

A jurisprudência tem entendido a respeito da indenização por dano moral que:

> *"A reparação do dano moral através de uma indenização que não é reparação do pretium doloris. Ela é uma reparação satisfatória. Menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levianamente. A função satisfatória da indenização deve ser estimada em dinheiro".*[2]

Dano moral é, pois, o sofrimento que se impõe a alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente e derivado de ato ilícito. A vítima que reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe proporcione um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica. A dor moral, em consequência, é ressarcível, e sua reparação objetiva coibir os abusos e os desrespeitos praticados contra a pessoa humana.

Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de uma determinada soma às vítimas, quantificada mediante *arbitruim boni viri* do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação do ofendido.

Confira-se o entendimento esposado pelo Des. Walter Moraes, na Apelação Cível nº 113.190 , 2ª C., RT 650/66:

> *"O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação – como se tem feito às vezes – porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1553). A reparação pecuniária pelo dano moral, descartada já a impossibilidade de qualquer equiponderância de valores, tem outro sentido como anota Windscheid acatando posição de Wachter: compensar uma sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário (nota 31 ao § 455, das Pandette, trad. Fadda e Bensa). Assim, tal paga em dinheiro, deve representar para a vítima uma satisfação igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiar' em alguma parte o sofrimento impingido; como diz Roberto Brebbia (El Daño Moral, p. 28) 'uma soma de dinheiro ao danificado para que este possa proporcionar-se uma satisfação equivalente ao desassossego sofrido', pois 'o dano moral (diz noutro ponto) compreende a estimação dos padecimentos, o temor pelas consequências definitivas ou transitórias do dano emergente*".

Com certeza, em geral as indenizações estão sujeitas aos pressupostos da capacidade econômica do devedor, a condição pessoal da vítima e a extensão dos danos. É curial que a fixação do valor da indenização deve ser feita do modo mais amplo possível, sem, no entanto, servir de fonte para enriquecimento sem causa.

2 RT 613/184

Na quantificação da reparação do dano moral, se há, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, de observar a atividade, a condição social e econômica do ofendido, além da capacidade do ofensor em suportar o encargo. Assim como se há de considerar seu poder de inibição, ou seja, seu caráter preventivo e punitivo, a desencorajar reincidências do ofensor no violar de bem e direito de outrem.

Ainda, segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma* ***soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso,*** *e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*[3] (destaquei)

Assim, levando em conta todos esses fatores, entendo que a quantia arbitrada em primeiro grau é, na verdade, nitidamente insuficiente para a reparação da dor sofrida pelos genitores do menor, devendo ser majorada para R$ 60.000,00 para cada um dos genitores.

Vale citar a título de exemplo:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO ANTERIOR – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 07/STJ – INCIDÊNCIA. I - In casu, rever o entendimento do tribunal de origem, no sentido de que adequado o pagamento de R$ 111.960,00 (cento e onze mil novecentos e sessenta reais), a título de danos morais, ante a falha estatal que culminou morte de recém-nascido, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 07/STJ. II - O Agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, reiterando apenas as alegações veiculadas no recurso anterior. III - Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 419982/Ap Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, Relator(a) Ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, DJe 08/06/2015)"

Ainda,

> *"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – MUNICÍPIO – MORTE DE RECÉM-NASCIDO EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA – ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC – NÃO-OCORRÊNCIA – SUPOSTA OFENSA AO ART. 43 DO CC/1916 – NEXO CAUSAL E EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REDUÇÃO NÃO-AUTORIZADA – VALOR RAZOÁVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – GRAU DE SUCUMBÊNCIA – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES – DESPROVIMENTO. (...) 4. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Excepcionalidade não-configurada.*

3 ob. cit., p. 60

> *5. Considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização por danos morais de R$ 100.000,00 (cem mil reais) nem é exorbitante nem desproporcional ao dano sofrido pelos agravados em razão da morte do filho recém-nascido em hospital da rede pública municipal. Ao contrário, os valores foram arbitrados com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.*" (AgRg no Ag 894.282/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJ 29/11/2007, p. 209)

Fica, assim, reformada a sentença para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 60.000,00 para cada um dos autores, pais do neonato falecido.

Do recurso interposto por Maria Aparecida dos Santos e outro

Maria Aparecida dos Santos e outro interpuseram recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação ordinária de reparação de danos morais e materiais que move em face de Associação Beneficente e Campo Grande/MS - Santa Casa - objetivando sua reforma.

A questão alusiva ao valor da indenização já foi enfrentada quando da análise do recurso da defesa.

No que concerne à incidência dos juros moratórios, por se tratar de responsabilidade civil extracontratual (aquiliana), os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, conforme a Súmula 54 do STJ[4]. O raciocínio aplica-se tanto para a condenação ao pagamento de indenização por danos morais como materiais. No caso da pensão alimentícia, entretanto, deverão incidir os juros somente a partir do vencimento de cada parcela.

Por derradeiro, quanto à reserva de capital, assentou o Juízo da causa a sua desnecessidade, especialmente diante da solvência dos requeridos. A insurgência merece prosperar. Com efeito, entendo que não é necessária a comprovação da situação financeira da situação financeira dos demandados, como assentou o Juízo da causa. É nesse sentido a orientação sedimentada no verbete da Súmula 313 do STJ:

> *"Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado."*

A medida se justifica na medida em que a atual solvência da parte requerida pode se alterar com o decurso do tempo, circunstância sobremaneira relevante no caso de pensão vitalícia. Impõe-se, ademais, observância ao precedente obrigatório.

Diante disso, deve ser atendido o pleito recursal, no sentido de determinar à parte requerida que promova a constituição de capital ou ofereça caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão.

Pelo exposto, conheço dos recursos de apelação interpostos pela defesa e nego-lhes provimento, majorando a verba honorária para 17% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 8º e 11, do NCPC. Por fim, conheço do recurso interposto por Maria Aparecida dos Santos e outro e dou-lhe provimento para o fim de majorar o *quantum* indenizatório para R$ 60.000.00 (sessenta mil reais) para cada um dos autores, passando a contar os juros de mora a partir do evento danoso, tanto para a indenização por danos morais quanto para as parcelas vencidas da pensão vitalícia, bem como determinando a constituição de capital ou caução fidejussória para garantia de pagamento da pensão. A correção monetária, entretanto, no que toca aos danos morais, incidirá a partir deste julgamento.

4 Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Maria Aparecida e negaram provimento ao apelo de Leonildo e ao da Associação Beneficente de Campo Grande - Santa Casa, nos termos do voto do relator.

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, 21 de agosto de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0000445-68.2012.8.12.0040 - Porto Murtinho
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO EM REDE SOCIAL (*FACEBOOK*) – DIVULGAÇÃO DE FOTOS E VÍDEOS DE NATUREZA SEXUAL – DENÚNCIA DO ABUSO AO PROVEDOR DA INTERNET PARA REMOÇÃO – INÉRCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – PRESSUPOSTOS PRESENTES – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – *QUANTUM* – OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A exploração comercial da internet, mesmo que de forma gratuita, sujeita as relações estabelecidas aos ditames do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A responsabilidade civil dos fornecedores de serviços é objetiva, conforme arts. 14 do CDC e 186, 187 e 927 do CC, não se fazendo necessário perquirir acerca da existência de culpa.

Tendo o provedor de internet sido cientificado do conteúdo ofensivo advindo de perfil falso criado em nome da autora e mesmo assim se quedado inerte quanto à sua retirada, sem justificativa plausível, sobressai evidente a existência de conduta ilícita, devendo responder pelos prejuízos causados, bem assim pela obrigação de fazer de remoção daquele.

Evidente o abalo psicológico sofrido pela autora em razão do conteúdo depreciativo disponibilizado em sítio de relacionamento (*facebook*) - cujo poder de difusão e propagação aos inúmeros usuários não se pode dimensionar - e não removido tempestivamente pelo provedor do conteúdo. Tal situação não pode ser considerada como mero dissabor inerente à vida em sociedade, sendo capaz de causar abalo moral (CF, art. 5º, V e X; CDC, art. 6º, VI).

O valor dos danos morais deve ser arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tratando-se de danos morais decorrentes de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros moratórios será a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça e a correção monetária a partir do julgamento, conforme orientação perfilhada pela Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 21 de agosto de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Erica Cristina Fonseca Correa, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, movida contra *Facebook* Serviços *Online* do Brasil Ltda, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que foram feitos vários perfis falsos (*fakes*) em seu nome na página da rede social *facebook*, no qual foram postados fotos e vídeos do casal, sem seu consentimento, expondo e denegrindo sua imagem em sua cidade.

Assevera que a inexistência do dever prévio de controle pelo recorrido, não isenta o provedor de agir pautado pela boa-fé objetiva, princípio que impõe o cuidado de, tão logo ciente da existência de conteúdo ilícito, providenciar a sua remoção e disponibilizar os dados dos usuários responsáveis.

Afirma que aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor, bem como diante da finalidade com que tais empresas trabalham, resta configurada a teoria do risco e também a responsabilidade objetiva, cabendo indenização para todos aqueles que sofrem qualquer ato danoso através destes mecanismos, inclusive danos morais.

Obtempera que intentou ação cautelar contra a apelada, para que excluísse todos os perfis falsos e vídeos que porventura viessem a ser criados na rede social *Orkut* da qual é administradora, sendo intimada em 24/02/2012 e, mesmo assim, permitiu novas veiculações no período posterior, demonstrando falha no seu sistema e a necessidade de medida judicial.

Argumenta que a recorrida ao disponibilizar aos internautas espaço e ferramentas à criação das páginas de relacionamento, assume o risco de lesar direito alheio, portanto, deve ser condenada a indenização por danos morais, bem como ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Erica Cristina Fonseca Correa, inconformada com a sentença (f. 209-218) que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais, que moveu contra Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo a analisar a sentença objeto deste recurso, que na parte dispositiva restou assim exarada:

> *"Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos iniciais, conforme fundamentos acima declinados.*
>
> *Por consequência, resolvo o mérito da demanda, extinguindo-se o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Condeno a vencida/autora no pagamento das despesas processuais e honorários de sucumbência, fixando estes no valor correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, 2º, do NCPC. Entretanto, suspendo a exigibilidade de tais verbas pelo período de 05 (cinco) anos subsequentes ao transito em julgado desta decisão, vez que à autora foi concedido o benefício da gratuidade da justiça, o que faço com arrimo no art. 98, § 2º do NCPC. (...)".*

Passo à análise da sentença em comento.

Inicialmente, destaco que não se aplica ao caso a Lei do Marco Civil da Internet, nº 12.965/2014, que entrou vigor somente em 23/6/2014, ou seja, posteriormente aos fatos narrados pela autora/recorrente e ao ajuizamento da presente demanda (março de 2012, conforme f. 16), obstando sua aplicabilidade ao caso vertente, ainda que sob o pálio de fato novo (CPC, art. 462). A esse respeito:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – DECISÃO LIMINAR – FORNECIMENTO DE IP – CONTEÚDO PUBLICADO NA INTERNET – IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIR A DECISÃO NÃO DEMONSTRADA – INAPLICABILIDADE DA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET – ART. 1.194 DO CÓDIGO CIVIL – DECISÃO MANTIDA. 1. As leis que regulam negócios jurídicos alcançam fatos futuros e não retrocedem. Assim, considerando que a Lei do Marco Civil da Internet entrou vigor somente em 23.6.2014, não se aplicada aos fatos narrados nos autos, pois pretéritos ao marco temporal legal. (...).* (Acórdão nº 843196, 20140020266645AGI, Relator: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 21/01/2015, Publicado no DJE: 04/02/2015. Pág.: 259)

> *APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA – CRIAÇÃO DE BLOG DIFAMATÓRIO NO GOOGLE ESPANHA – POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO À FILIAL BRASILEIRA DO GOOGLE – DA LEGITIMIDADE PASSIVA. Tomando ciência da existência do blog falso, contendo conteúdo difamatório, sem proceder à sua retirada da internet, conforme solicitada pela autora na via administrativa (já que os fatos ocorreram antes da edição do Marco Civil da Internet), resta configurada sua legitimidade passiva para responder pela demanda. ... PRELIMINAR DESACOLHIDA, AGRAVO RETIDO DESPROVIDO E APELO PARCIALMENTE PROVIDO.* (Apelação Cível Nº 70068005966, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/04/2016).

Desta forma, as questões expostas em sede recursal serão analisadas à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor, considerando que a relação jurídica existente entre as partes é a de fornecedor e de consumidor, nos termos dos arts. 2º, 3º, 7º e 17 daquele Diploma legal e da Súmula nº 267/STJ, incidindo, ainda, pelo diálogo das fontes, as normas do Código Civil.

Destarte, a exploração comercial da internet, mesmo que de forma gratuita, sujeita-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), haja vista que a autora/apelante alega ter sido vítima de má prestação do serviço, quanto à negligência da parte ré/recorrida em não excluir os perfis falsos ofensivos criados em rede social por ela indicada.

Da responsabilidade dos provedores de conteúdo.

A responsabilidade civil dos fornecedores de serviços é objetiva, conforme arts. 14 do CDC e 186, 187 e 927 do CC, não se fazendo necessário perquirir acerca da existência de culpa; *"sua ocorrência é irrelevante e sua aferição desnecessária, pois não há interferência na responsabilização"*[1].

Em casos tais, basta a comprovação do liame de causalidade entre o defeito do serviço e o evento danoso experimentado pelo consumidor, cuja responsabilidade somente poderá ser afastada/minorada nas hipóteses de caso fortuito/força maior (CC, art. 393), inexistência do defeito (CDC, art. 14, § 3º, I) e culpa exclusiva do ofendido e de terceiros (CDC, art. 14, § 3º, II).

1 (ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61).

No que tange ao tema em debate, relativo à reparação de danos por violação a direitos da personalidade em função de perfil falso criado em sítio de relacionamento (facebook), releva notar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão paradigmático do REsp nº 1.308.830/RS, da lavra da insigne Rel. Ministra Nancy Andrighi (Terceira Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012), em manifestação anterior à entrada em vigor do Marco Civil da Internet (nº 12.965/2014) e, portanto, aplicável ao caso, definiu que o provedores da internet, como fornecedores de meios físicos, repassando mensagens e imagens transmitidas por terceiros, são responsáveis nas seguintes hipóteses:

> *"a) não respondem objetivamente pela inserção no sítio, por terceiros, de informações abusivas;*
>
> *b) não são obrigados a realizar um controle prévio sobre o conteúdo das informações postadas pelos usuários;*
>
> *c) devem, assim que notificados sobre a existência de dados ilegais, removê-los imediatamente, sob pena de responsabilização em razão da inércia;*
>
> *d) devem manter um sistema eficaz de identificação de seus usuários".*

Pela pertinência, confira-se a respectiva ementa do julgado:

> *CIVIL E CONSUMIDOR – INTERNET – RELAÇÃO DE CONSUMO – INCIDÊNCIA DO CDC – GRATUIDADE DO SERVIÇO – INDIFERENÇA – PROVEDOR DE CONTEÚDO – FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS – DESNECESSIDADE – MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO – DANO MORAL – RISCO INERENTE AO NEGÓCIO – INEXISTÊNCIA – CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO – RETIRADA IMEDIATA DO AR – DEVER – DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO – DEVER – REGISTRO DO NÚMERO DE IP – SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 7. A iniciativa do provedor de conteúdo de manter em site que hospeda rede social virtual um canal para denúncias é louvável e condiz com a postura esperada na prestação desse tipo de serviço - de manter meios que possibilitem a identificação de cada usuário (e de eventuais abusos por ele praticado) - mas a mera disponibilização da ferramenta não é suficiente. É crucial que haja a efetiva adoção de providências tendentes a apurar*

> *e resolver as reclamações formuladas, mantendo o denunciante informado das medidas tomadas, sob pena de se criar apenas uma falsa sensação de segurança e controle. 8. Recurso especial não provido.* (REsp 1308830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012)

Compulsando os autos, verifica-se que terceiro criou perfis falsos em nome da autora - Eriquinha Fonseca, Erica Correa, Erica Cristina Fonseca Correa, Cristina Erica, Erica Fonseca Correa, Professora Erica Cristina, Erica Takrip Fonseca, Erica Fonseseca, Professora Erica lindona Fonseca, Erica noferin Fonseca, Professora Erica lindinha e Erica Cristina Fofinha Fonseca - com o único objetivo de ofender, difamar e atacar a recorrente (f. 2-3).

Nesse panorama, com o intuito de fazer cessar as violações à sua imagem, é de se observar que a autora interpôs Medida Cautelar Inominada nº 0000072-37.2012.8.12.0040, na qual lhe foi concedido parcialmente a medida de urgência pretendida, em caráter liminar em 27/01/2012 (f. 43-48), nos seguintes termos:

> *"(...) a) que a requerida Facebook Serviços On Line do Brasil Ltda providencie: a.1) a exclusão dos perfis falsos Eriquinha Fonseca, Erica Correa, Erica Cristina Fonseca Correa, Cristina Erica e de todo o respectivo conteúdo; a.2) a exclusão dos vídeos e imagens postados por meio desses perfis; a.3) a identificação dos IP's por meio dos quais foram criados os perfis falsos e disponibilizados os vídeos e imagens da autora; a.4) que informe se já possibilidade de reatear todos os vídeos e imagens da autora acessíveis na rede e impedir que eles sejam divulgados; a.5) que informe se há possibilidade de impedir a criação de novos perfis falsos em nome da autora; a.6) a indicação de seu provedor, na forma requerida.*
>
> *(...)*
>
> *b) que a requerida Google Brasil Internet Ltda: b.1) informe se há, na rede social orkut, algum perfil falso criado no nome da requerente e se há possibilidade de impedir a criação; b.2) informe se já possibilidade de rastrear todos os vídeos e imagens da autora acessíveis na rede orkut e impedir que eles sejam divulgados; (...)".*

Em 03/02/2012, a ré/recorrida foi citada e intimada da decisão interlocutória parcialmente transcrita acima, manifestando-se às f. 55-59 em 10/02/2012.

Dessa forma, tendo tomado ciência do conteúdo ofensivo advindo de perfis falsos criado em nome da autora/apelante e mesmo assim se quedado inerte quanto à sua retirada, sem justificativa plausível, sobressai evidente a existência de conduta ilícita por parte da empresa/recorrida, devendo responder pelos prejuízos causados, bem assim pela obrigação de fazer a remoção daquele, como bem destacado pela magistrada ao apreciar a liminar na cautelar mencionada, vejamos:

> *"A exposição da imagem de qualquer pessoa sem o seu consentimento, viola, manifestamente, esse direito fundamental. A violação afigura-se ainda mais grave quando a divulgação indevida expõe negativamente a privacidade, a intimidade e a honra do indivíduo. No presente caso, tem-se que, à revelia da requerente, houve divulgação de vídeos e imagens íntimas de natureza sexual, confeccionados na privacidade da convivência de um casal. A divulgação das imagens não só violam a intimidade e a privacidade da requerente como expõem sua honra subjetiva e objetiva, especialmente em razão do mecanismo utilizado por essa divulgação: a rede social Facebook, com bilhões de acessos no mundo todo.*
>
> *(...)*

> *As empresas requeridas possuem responsabilidade legal e contratual pela conduta dos usuários das redes sociais facebook e orkut. Devem se valer de toda a tecnologia disponível para garantir que os termos de utilização das redes não sejam violados e, em vez violados, que o status quo seja imediatamente restabelecido. Todos os recursos técnicos de segurança acessíveis devem ser utilizados para auditoria/fiscalização e monitoramento de acessos que violem direitos e os termos de usa da ferramenta digital.*
>
> *(...)*
>
> *Aliás, registre-se que a omissão das empresas requeridas na exclusão de conteúdo que violam direitos vem sendo reconhecida como ato ilícito, (...)".*

Portanto,

> *"(...) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada" (REsp 1193764/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 08/08/2011).*

Destarte, a afirmativa de ser necessária a indicação pela autora do URL referente ao conteúdo ofensivo, para, somente após, serem tomadas as medidas efetivas como retirada/remoção dos conteúdos pela recorrida, não deve prosperar.

É certo que a recorrida tem técnicos e administradores em condições de realizar tal procedimento, sem o fornecimento do URL, uma vez que a exordial trouxe informações suficientes para efetivação da medida (f. 112-144).

Cumpre salientar que a autora/recorrente faz referência específica ao usuário que disponibilizou as fotos e os vídeos e traz também os nomes utilizados nos perfis e nos vídeos, possibilitando a exclusão de todo material ofensivo.

Dessa forma, no caso em tela, resta configurado o dever de indenizar, tendo em vista que a apelada, antes da vigência do marco civil da internet, foi cientificada acerca das informações veiculadas nos perfis pela ferramenta colocada à disposição e manteve as inserções ofensivas à honra da autora, de forma que restou evidenciada sua negligência.

Do dano moral.

No caso em comento, resta evidente a existência de violação a direitos da personalidade, tendo em vista o abalo psicológico sofrido em razão do conteúdo ofensivo disponibilizado em sítio de relacionamento e não removido tempestivamente pelo provedor do conteúdo.

Porquanto o dano moral não decorre do fato da empresa recorrida não ter impedido a criação de perfil falso com conteúdo desabonador, mas sim em razão da não retirada da divulgação após ser regularmente cientificada de tal prática. Releve-se que o conteúdo ofensivo foi disponibilizado na rede mundial de computadores, cujo poder de difusão e propagação aos inúmeros usuários não se pode dimensionar.

Portanto, tal situação não pode ser considerada como mero dissabor inerente à vida em sociedade, sendo capaz de causar abalo moral (CF, art. 5º, V e X; CDC, art. 6º, VI). Corroborando deste entendimento, colaciono alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO EM REDE*

SOCIAL – RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE ACESSO – NOTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO – INÉRCIA – VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL – RAZOABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o provedor deve remover conteúdo ofensivo quando denunciado o fato, sob pena de ser responsabilizado civilmente. 2. Admite-se excepcionalmente em recurso especial o reexame do valor fixado a título de danos morais, quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no presente caso. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 642.400/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 20/05/2015)

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DANO MORAL – INTERNET – SITE DE RELACIONAMENTOS – NÃO EXCLUSÃO REPRESSIVAMENTE DE PERFIL COM CONTEÚDO OFENSIVO. 1.- Tendo o Acórdão recorrido afirmado que o provedor não retirou o perfil de conteúdo ofensivo em tempo hábil, depreende-se que o recurso especial assentado em premissa fática contrária esbarra na Súmula 07/STJ; 2.- A inércia do provedor que, após notificado pelo usuário, não promove a remoção da sua página de rede social com conteúdo ofensivo, enseja responsabilização civil. Precedentes. 3.- Em casos como o dos autos, o valor fixado a título indenização por danos morais (R$ 12.000,00) não denota excesso capaz de justificar a intervenção retificadora desta Corte Superior. 4.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 479.351/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 16/05/2014)

Do valor da indenização por dano moral.

O valor dos danos morais, em qualquer situação, deve ser arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou seja, sem exacerbação dos valores, a fim de não conduzir ao famigerado enriquecimento sem causa, e proporcional ao dano causado. Há de se atentar para a extensão da dor, do sentimento, das marcas deixadas pelo evento danoso, e ainda as condições sociais e econômicas da vítima e as da pessoa obrigada.

Essa indenização não pode ser fonte de enriquecimento sem causa da vítima e nem de empobrecimento do devedor. Em suma, deve ser cumprida a normativa que trata da efetiva extensão do dano, por inteligência do art. 944 do Código Civil.

Cumpre salientar, que o dano moral do consumidor é pautado pela baliza das funções preventivo-pedagógica-reparadora punitiva. Sob esse prisma, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a condenação da recorrida no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual melhor observa as particularidades do caso concreto, sem desvirtuar dos precedentes deste sodalício e do colendo STJ.

Outrossim, os ônus sucumbenciais devem ser atribuídos, na íntegra, à recorrida, pois além de ter dado causa ao ajuizamento da ação, a autora/apelante decaiu de parte mínima do pedido.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para determinar: a exclusão dos perfis falsos indicados pela autora; a exclusão dos vídeos postados por meio desses perfis; o pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir da publicação do acórdão (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento ao mês) ao mês, computados desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ), além de atribuir na íntegra o ônus da sucumbência à parte apelada.

Condeno a ré/apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o montante da condenação; já considerando o trabalho realizado na fase recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 21 de agosto de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0809127-57.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – EXECUÇÃO MOVIDA EM FACE DO FIADOR – SUSPENSÃO QUE NÃO ABRANGE OS COOBRIGADOS POR GARANTIA FIDEJUSSÓRIA – POSICIONAMENTO FIRMADO NO RESP REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1.333.349/SP – SÚMULA Nº 581 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia,

"(...) a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005".

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, 21 de agosto de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Cláudio Antônio Cavol, inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos dos embargos à execução, movidos em face de Petrobrás Distribuidora S/A, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que a apelada ajuizou ação de execução visando compeli-lo ao pagamento de valor oriundo de Contrato de confissão de dívida, com parcelamento e garantia fidejussória, celebrado com Três Américas Transporte Ltda.

Assevera que a dívida executada não merece guarida, posto que inexigível, uma vez que se sujeita aos efeitos de recuperação judicial da devedora principal Três Américas Transporte Ltda., na qual o apelante é sócio, nos termos dos artigos 7º, § 2º e 49 da Lei nº 11.101/2005.

Sustenta que a intenção das disposições do plano constante nas suas premissas é unicamente a de impedir que os credores possam continuar exigindo a satisfação egoística de seus créditos, que já contam com previsão de pagamento no plano de recuperação, vez que tal atitude acabaria por comprometer o plano de recuperação judicial e o sucesso da própria reorganização das atividades da empresa.

Argumenta que com a aprovação do plano pela maioria dos credores há certa e indissociável vinculação de todos eles, indistintamente, aos termos constantes do plano, de sorte que a extinção da ação executiva proposta pelo apelado é a medida imperativa, conforme orientações do REsp nº 1.532.943/MT e REsp nº 1.596.880/GO.

Obtempera que o entendimento STJ inaugura nova fase da Lei nº 11.101/2005, em que a proteção patrimonial deverá existir não apenas em relação à empresa recuperanda, como também ao sócio e qualquer outra pessoa que apostou o seu patrimônio pessoal na atividade produtiva.

Alternativamente, entende que a execução deve ser suspensa, haja vista a questão prejudicial discutida no presente processo.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença recorrida e julgando procedentes os embargos à execução.

Contrarrazões às f. 357-359, nas quais a apelada pede o não provimento da apelação, com a majoração dos honorários advocatícios, na forma do artigo 85, § 11 do CPC/2015.

VOTO (EM 14/08/2018)

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Cláudio Antônio Cavol, inconformado com a sentença de f. 245-251 que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos dos embargos à execução, movidos em face de Petrobrás Distribuidora S/A.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido, *in verbis:*

> *Diante do exposto, por entender que não se aplica, in casu a suspensão prevista no art. 6º, da Lei nº 11.101.2005, aliado ao fato de também pactuar do entendimento de que a novação prevista no art. 59, da Lei nº 11.101.2005 não exonera obrigação assumida pelos coobrigados por garantia real ou fidejussória, julgo improcedentes os presentes embargos, determinando-se o prosseguimento da execução em apenso.*
>
> *O embargante fica condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono do embargado, ficando esta última verba fixada em 10% sobre o valor da causa atualizado, considerando como sendo R$ 54.795,04, para 15 de setembro de 2015, nos termos do que dispõe o art. 85, § 2º, do CPC, em especial pela baixa complexidade da matéria, mas levando-se em conta o tempo de duração do processo e o local de prestação dos serviços.*
>
> *Havendo o trânsito em julgado da presente decisão, o embargado deverá apresentar o cálculo atualizado da dívida e postular pela continuidade do feito.*
>
> *Traslade-se cópia ao feito executivo pertinente.*
>
> *Sentença proferida com o exame do mérito (art. 487, I, do CPC.*
>
> *P.R.I.C.-se. Oportunamente, arquive-se.*

Passo à análise do presente recurso.

A controvérsia recursal cinge-se em definir se resta prejudicada a Execução de nº 0839259-34.2015.8.12.0001, embasada pelo Contrato de confissão de dívida, com parcelamento e garantia fidejussória, firmado entre a apelada, Petrobrás Distribuidora S/A e a empresa Três Américas Transportes Ltda. – em recuperação judicial, no qual figurou como fiador o apelante, Cláudio Antônio Cavol.

Em que pesem os argumentos trazidos aos autos, entendo que razão não lhe assiste.

Conforme previsão do artigo 6º, *caput*, da Lei nº 11.101/2005,

> *"(...) decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário".*

Porém o caso em tela diz respeito a execução movida em face do apelante Cláudio Antônio Cavol, tendo em vista ser o mesmo coobrigado pela obrigação, mediante fiança, não estando abrigado pela novação prevista pelo artigo 59, *caput*, da Lei nº 11.101/2005.

Isso porquê a suspensão deve ser considerada conjuntamente com a disposição do artigo 49, § 1º da legislação supramencionada, que expressamente prevê a conservação dos direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Nesse sentido, inclusive, é o posicionamento do c. Superior Tribunal de Justiça, fixado no recurso especial repetitivo de controvérsia, *in verbis*:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 8/2008 – DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROCESSAMENTO E CONCESSÃO – GARANTIAS PRESTADAS POR TERCEIROS – MANUTENÇÃO – SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DEVEDORES SOLIDÁRIOS E COOBRIGADOS EM GERAL – IMPOSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, CAPUT, 49, § 1º, 52, INCISO III, E 59, CAPUT, DA LEI Nº 11.101/2005.*
>
> *1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: "A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005".*
>
> *2. Recurso especial não provido.* (REsp 1333349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015)

Tal posicionamento também encontra-se sumulado pelo STJ, através da Súmula nº 581, nos seguintes termos:

> *"(...) A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória".*

Além disso, também nesse sentido é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça, conforme aresto abaixo colacionado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HOMOLOGADA – POSSIBILIDADE DE A EXECUÇÃO PROSSEGUIR APENAS CONTRA OS COOBRIGADOS – JURISPRUDÊNCIA DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou, por meio de recurso repetitivo, o entendimento de que a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005 (REsp 1333349/SP, art. 543-C do Código de Processo Civil).* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1401770-14.2015.8.12.0000, Sonora, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 26/01/2016, p: 24/02/2016)

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Cláudio Antônio Cavol, porém nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença invectivada.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Rasslan), após a relatora ter negado provimento ao recurso, o 2º vogal aguarda. (com sustentação oral)

VOTO (EM 21/08/2018)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (1º vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Cláudio Antônio Cavol, contra sentença que julgou improcedente os embargos à execução que lhe move Petrobrás Distribuidora S/A.

Pretende, em síntese, a reforma da sentença para julgamento procedente dos embargos à execução

> *"(...) a uma, nos termos do RESP nº 1.532.943 - MT, eis que o crédito vindicado na ação executiva foi novado na Recuperação Judicial da devedora principal e as garantias que sustentam o título executivo extinto, de sorte que com a aprovação do plano pela maioria dos credores, há certa e indissociável vinculação de todos os credores, de forma indistinta, a duas, porque a sequência da execução poderá trazer efeitos maléficos ao apelante e a empresa em recuperação judicial, além do pagamento configurar crime de favorecimento de credores em vista da quitação privilegiada de dívida sujeita à Recuperação Judicial (art. 172, da Lei 11.101/05)."* (f. 270).

Acompanho o entendimento contido no voto da ilustre relatora.

Isso porque a pretensão do apelante é, em verdade, a extinção da garantia prestada e da própria execução, ao argumento de que a novação da dívida em razão da aprovação do plano de recuperação judicial e, ainda, no caso específico, em razão da premissa nº 5, do plano de recuperação judicial da empresa Três Américas Ltda (f. 258), da qual é sócio e para a qual prestou garantia de fiança no empréstimo contraído por esta, leva a extinção das execuções.

Sobre o tema, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.333.349/SP, consolidou, nos moldes do art. 543-C, do CPC/73, que:

> *"(...) A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória,*

> *pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005".*

No referido precedente, constou que o art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, não poderia ser interpretado sem a análise do sistema recuperacional e que:

> *"(...) muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral".*

Portanto, em que pese as razões do apelante, sua pretensão é de extinção da garantia, que não encontra previsão legal.

Aliás, no precedente trazido pelo apelante - REsp nº 1532943/MT, o Ministro Marco Aurélio Bellizze bem esclareceu que:

> *"(...) A extinção das obrigações, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, "os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas"* (art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005).

Significa dizer que é impossível extinguir-se a garantia prestada e objeto da execução, enquanto perdurar o cumprimento do plano de recuperação judicial homologado.

Isto posto, acompanho a i. Relatora, e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. João Maria Lós. (2° 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. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 21 de agosto de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0001484-58.2010.8.12.0012 - Ivinhema
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CIVIL POR ATO ILÍCITO CUMULADA COM DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE INÉPCIA – REJEITADA – POLICIAL MILITAR QUE EMBORA ESTIVESSE EM DIA DE FOLGA DO SERVIÇO, AGIU EM RAZÃO DE SUA CONDIÇÃO PESSOAL DE AGENTE PÚBLICO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – DANO MATERIAL COMPROVADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FIXADA EM VALOR RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça,

"(...) o pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda, sendo extraído de interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo".

No caso concreto verificou-se que o pedido de pensão por morte está incluído/implícito no pedido de dano material arguido pelos autores.

Verificou-se no caso concreto que a morte do esposo/pai dos autores ocorreu em decorrência de fato decorrente da conduta praticada por policial militar, que, embora estivesse em dia de folga do serviço, agiu em razão de sua condição pessoal de agente público, garantidor da segurança pública. A alegação de que o policial agiu mediante violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima não elide a responsabilidade Estatal, que responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, ainda que fora do horário de expediente.

Restou comprovado nos autos que os autores eram economicamente dependentes da vítima que veio a óbito em razão de conduta praticada por agente público, razão pela qual o Estado deve ser responsabilizado em prover os meios de subsistência daqueles que eram dependentes da citada vítima.

A fixação do *quantum* do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, devendo ser fixado de maneira equitativa, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, nem exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento ilícito por parte da vítima, critérios que foram bem observados na sentença recorrida.

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 da relatora.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

O Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de indenização civil por ato ilícito cumulada com danos morais e materiais, ajuizada por Maria Rosineide da Silva e outros, apela a este Tribunal. Também houve remessa necessária.

Afirma, em síntese, que a inicial é inepta em relação ao pedido de indenização por danos materiais. Ressalta que sequer houve pedido de pensão por morte na forma concedida na sentença recorrida.

Aduz que não há comprovação dos danos materiais alegados, em especial da viúva do *de cujus*.

Alega que o policial militar autor dos disparos que causou a morte de Roberto Sanches (esposo da primeira recorrida e pai dos segundos), estava de folga no dia dos fatos e agiu sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, consoante constou do quesito V do Termo de Reunião do Júri, de modo que o homicídio praticado pelo policial não guarda relação com sua qualidade de agente público.

Subsidiariamente, pugna pela redução da quantia fixada a título de indenização, fixando-a no valor máximo equivalente a 10 (dez) salários mínimos.

Contrarrazões às f. 219-226.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização civil por ato ilícito cumulada com danos morais e materiais, ajuizada por Maria Rosineide da Silva e outros.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido:

> *"(...)*
>
> *Isso posto, julgo parcialmente procedente a demanda proposta por Maria Rosilene da Silva, Karina da Silva Sanches e Lucas da Silva Sanches contra o Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de:*
>
> *(a) condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para cada requerente;*
>
> *(b) condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de pensão aos requerentes no valor total correspondente a 2/3 do salário mínimo, sendo que metade da quantia caberá à viúva e a outra metade será dividida, em partes iguais, entre os filhos da vítima. Para a viúva, o termo inicial da pensão será o evento danoso e o termo final a data em que o falecido completaria 75 anos de idade, ou a data em que ela faleça. Para os filhos da vítima, ora requerentes, o termo inicial do pagamento também será a data do evento danoso, enquanto o termo final será, para cada um, a data em que complete vinte e cinco anos de idade. Quando o primeiro filho atingir o termo final para o recebimento da pensão, sua cota será revertida em favor do segundo filho. Quando este atingir o termo final, o valor total da pensão deverá ser revertido à viúva.*

Os juros de mora terão incidência desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

O valor do salário mínimo correspondente ao fixado no momento da prolação da sentença e deverá ser ajustado de acordo dom as variações ulteriores, conforme Súmula 490 do STF.

Em decorrência da sucumbência de parte mínima do pedido pelos requerentes, condeno o requerido ao pagamento dos honorários advocatícios no valor de 10% da condenação a título de danos morais somados à mesma porcentagem sobe a pensão vencida.

Dispensado o requerido do pagamento das custas e despesas processuais na forma do art. 7º, da Lei Estadual 1.936/98.

De acordo com o disposto no art. 475, II do CPC, é o caso de reexame necessário. Em consequência, determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, uma vez que foi proferida sentença contra a Fazenda Pública.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se."

Posteriormente, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, restou decidido:

"(...)

No caso dos autos, de fato, houve omissão no que se refere à incidência e termo inicial da correção monetária e percentual de juros moratórios quanto ao valor fixado a título de danos morais e materiais.

Assim sendo, acolho os embargos de declaração, acrescendo ao dispositivo da sentença, o seguinte:

A) Quanto a indenização por dano moral: o montante indenizatório deverá ser corrigido pelo IGP-M (desde a data da sentença), e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (desde a data da citação), e, a partir de julho de 2009, deverá incidir o disposto no art. 1º- F da Lei 9.494/97, segundo o qual, os valores deverão ser atualizados de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

B) Quanto a indenização por dano material/pensão: o montante indenizatório deverá ser corrigido pelo IGP-M (desde a data do evento danoso (morte), e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (desde a data da citação), e a partir de julho de 2009, deverá incidir o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, segundo a qual, os valores deverão ser atualizados de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

No mais, persiste a sentença tal como está lançada.

Publique. Retifique-se o registro da sentença, anotando-se.

Intimem-se."

Passo à análise do recurso.

Da preliminar de inépcia

Afirma, em síntese, que a inicial é inepta em relação ao pedido de indenização por danos materiais. Ressalta que sequer houve pedido de pensão por morte na forma concedida na sentença recorrida.

Nos termos do parágrafo único do art. 295-A do CPC/1973, aplicável à espécie:

> *"Art. 295-A Considera-se inepta a petição inicial quando:*
>
> *I - Ihe faltar pedido ou causa de pedir;*
>
> *II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;*
>
> *III - o pedido for juridicamente impossível;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5925.htm - art295
>
> *IV - contiver pedidos incompatíveis entre si."*

No caso concreto, observa-se que a parte autora/apelada requereu, expressamente, em sua inicial a condenação do requerido, ora apelante, ao pagamento de indenização por danos materiais, nos seguintes termos:

> *"O dano material no caso em comento, é evidente e de proporções incomensuráveis pois terá para o resto da vida dos autores e seus familiares, posto que são menores, dependerá pemanentemente da ajuda da mãe se poder jamais contar com a presença do pai desde a data do evento danoso.*
>
> *Note-se que além das despesas normais de alimentação, os autores terá ainda outras despesas extras oriundas do evento danoso de que o marido e pai foi vítima, posto estar morto, sendo necessário o tratamento psicológicos em face do dano sofrido, edução, sendo portanto justo que a indenização concernente a esse item abranja também esses gastos permanentes, proporcionando-lhe condições futuras de arcar com tais tratamentos.*
>
> *(...)*
>
> *Requer, ainda, pela procedência da ação a fim de condenar o Requerido ais seguintes pagamentos:*
>
> *(...)*
>
> *III) verba de despesas de tratamento médico, fisioterapêutico e medicamentos a serem suportados em liquidação de sentença.*
>
> *(...)*
>
> *VII) Verba de indenização a título de danos materiais com base em seu rendimento médio.*
>
> *(...)" (sic)*

Como se vislumbra, o dano material alegado se refere às dificuldades/incapacidade financeira dos autores em arcar com despesas de alimentação, educação, etc, que eram arcados pela vítima (esposa da primeira apelante e pai dos segundos), que veio a óbito em razão dos fatos narrados, além das despesas com tratamento psicológico que alegam ser necessário.

Demais disso, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a petição inicial não é inepta quando dos fatos narrados decorrem os pedidos, sendo estes conclusão lógica daqueles. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – PEDIDO DE SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA – NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA – AGRAVO INTERNO DO ENTE ESTATAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2. Da leitura da petição inaugural do Mandado de Segurança, verifica-se que o impetrante ora agravado requereu o pedido de sequestro do valor pertinente ao precatório alimentar com suporte nos princípios constitucionais de garantia à vida e à saúde, de modo que não há falar em decisão extra petita. 3. Consoante jurisprudência assente neste Superior Tribunal de Justiça, não viola os arts. 128 e 460 do CPC/1973 a decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial (AgRg no REsp. 737.069/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 24.11.2009). *4. Agravo Interno do Ente Estatal a que se nega provimento*. (AgInt no REsp 1326499/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

"PROCESSUAL CIVIL – LIMITES DA LIDE – INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO PEDIDO – JULGAMENTO EXTRA-PETITA – INOCORRÊNCIA. 1. Não há error in procedendo no provimento jurisdicional firmado após compreensão lógico-sistemática do pedido, entendido como "aquilo que se pretende com a instauração da demanda" (AgRg no REsp 1155859/MT, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 04/02/2014)*, eis que "o pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda, sendo extraído de interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo"* (AgRg no REsp 1284020/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 06/03/2014). *2. "(...) a obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância dos brocardos da 'mihi factum dabo tibi ius' (dá-me os fatos que te darei o direito) e 'iura novit curia' (o juiz é quem conhece o direito)". Precedente:* REsp 1197476/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 10/10/2014. *3. Agravo regimental não provido*. (STJ - AgRg no REsp: 1455713 SC 2014/0114705-7, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 18/11/2014, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 24/11/2014)."

PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU NULIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – ARTIGOS 21 E 131 DO CPC – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – INCIDÊNCIA – ART. 515 DO CPC – PETIÇÃO INICIAL – INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA – AGRAVO DESPROVIDO. I - A omissão no julgado que enseja violação aos artigos 458 e 535 do Código de Processo Civil é aquela referente às questões, de fato ou de direito, trazidas à apreciação do magistrado, e não a relativa às teses defendidas pelas partes a propósito daquelas questões. Mesmo porque as teses jurídicas podem ser rechaçadas implicitamente pelo julgador. II - Inviável em sede de recurso especial o reexame de fatos e provas constantes nos autos, a teor do enunciado da Súmula 07/STJ, que assim dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". III - Consoante entendimento desta Corte, o pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo seu conteúdo. IV - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp 1122901/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011)

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – SERVIDOR PÚBLICO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CONCURSO PÚBLICO – EXAME

> *PSICOTÉCNICO – CRITÉRIOS SUBJETIVOS – ANULAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – INÉPCIA DA INICIAL – INEXISTÊNCIA – AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como no caso concreto, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, não se devendo confundir "fundamentação sucinta com ausência de fundamentação*" (REsp 763.983/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 28/11/05). *2. "O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'dos pedidos'"* (REsp 120.299/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 21/9/98). *3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1198331/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 20/10/2010)

No caso em análise, consoante bem ressaltado na sentença, o pedido de pensão por morte está incluído/implícito no pedido de dano material.

Desta feita, tem-se que a inicial não apresenta qualquer dos vícios indicados no art. 295-A do CPC/1973, sendo possível identificar o pedido e a causa de pedir.

Destarte, rejeito a preliminar.

Do mérito.

O apelante afirma que o ato praticado pelo policial militar, autor dos disparos que causou a morte de Roberto Sanches (esposo da primeira recorrida e pai dos segundos), não guarda relação com sua qualidade de agente público. Sustentou que não houve comprovação dos danos materiais, bem como que a quantia fixada a título de indenização por danos morais se mostra excessiva.

Pois bem. Não assiste razão ao apelante no tocante a alegação de que a conduta praticada pelo policial militar autor dos disparos que matou o esposo/pai dos recorrentes não guarda relação com sua condição de agente público.

Consoante bem observado pelo juízo singular:

> *"Na ocasião, o Cabo da Polícia procedeu à revista da pessoa chamada Weliton, pois havia suspeitas de que ele estaria portando arma de fogo (atuou, nesse momento, no exercício do cargo público). Ato contínuo, a vítima e Weliton passaram a ofender a classe dos policiais militares, com o intento de provocar o policial, sendo que a vítima, posteriormente, atacou-lhe com um taco de sinuca, ocasião em que o policial reagiu, sacando a arma da corporação militar e desferindo os tiros que levaram Roberto Sanches (marido e pai dos requerentes) a óbito."*

Assim, observa-se que os fatos iniciaram-se com o ato de revista praticado pelo policial militar, que, embora estivesse em dia de folga do serviço, agiu em razão de sua condição pessoal de agente público, garantidor da segurança pública, atuando em nome do Estado e no exercício das atribuições que lhe foram conferidas pela Administração Pública no momento de sua nomeação.

Outrossim, a alegação de que o policial agiu mediante violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima também não elide a responsabilidade Estatal. Isto porque o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, ainda que fora do horário de expediente.

Nesse sentido é o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal Federal. Veja-se:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ASSALTO PRATICADO POR POLICIAL FARDADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS – SÚMULA 279/STF. 1. O Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, ainda que fora do horário de expediente. Nesse sentido: CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO. responsabilidade civil do Estado. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido* (RE 160401, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Dj 04-06-1999). *2. A súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 3. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 4.Agravo regimental a que se nega provimento.* (ARE 644395 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-202 Divulg 19-10-2011 Public 20-10-2011 Ement Vol-02611-02 PP-00212 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 663-667).

Portanto, no caso concreto, não há que se falar em ausência de responsabilidade do Estado pelos danos sofridos pelos apelados.

Em relação à configuração do dano material, também não merece acolhimento a alegação do apelante.

Isto porque, como esclarecido, a pensão por morte foi concedida em razão de que a subsistência dos apelantes era custeada pelo *de cujus*, sendo certo que, tendo o mesmo falecido em razão da conduta praticada pelo agente público, o Estado deve ser responsabilizado em prover os meios de subsistência daqueles que eram dependentes da citada vítima.

Aliás, nem há que se dizer que inexista prova da condição hipossuficiente dos apelados, haja vista que dois deles são menores e em relação à viúva do *de cujus*, consta da procuração juntada à f. 14, que a referida tem como profissão o exercício de trabalho rural e no termo de declaração prestado nos autos do Inquérito Policial nº 135/07, da Delegacia de Polícia Civil de Ivinhema (f. 40), consta que a referida na época dos fatos a mesma era "do lar". Tampouco há que dizer que eventual serviço exercido pela viúva excluiria o dever do Estado arcar com as despesas que certamente seriam providas por seu falecido esposo, mormente tendo em vista (em função de sua qualificação) se tratar de pessoa de condição financeira humilde.

Demais disso, a quantia fixada na sentença a título de pensão por morte, no valor equivalente a 01 (um) salário mínimo, a ser dividido entre os três apelados, certamente lhes garante apenas o mínimo necessário a uma vida digna.

Por fim, em relação à quantia fixada a título de indenização por danos morais, a meu ver, também não se mostra excessiva.

A fixação do *quantum* da indenização por danos morais, que, ressalte-se, deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, deve levar em consideração o dano causado à vítima, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida a conduta do réu e a situação econômica das partes.

No caso vertente, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes, bem como a gravidade dos danos suportados pelos apelados, entendo que a

quantia de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) fixada pelo juízo *a quo*, se mostra razoável, tendo atendido aos critérios acima expostos.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e lhe nego provimento.

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

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801675-06.2012.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – ANULATÓRIA – SUBSÍDIO DOS VEREADORES – INOBSERVÂNCIA AO ART. 29, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEVER DE RESTITUIÇÃO – VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 29, VI, que o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição. Em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos deputados estaduais.

A boa-fé não pode ser oposta à vedação ao enriquecimento ilícito e aos princípios da legalidade, da probidade e moralidade administrativa, de modo que os valores recebidos a maior pelos vereadores, diante da inobservância ao limite estipulado na Constituição Federal, devem ser restituídos.

Recurso não provido. Sentença mantida em sede de remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso e manter a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator, 3º e 4º Vogais, vencido o 1º e 2º Vogais que deram provimento e retificaram a sentença em reexame necessário, de acordo com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Ivone Terezinha Pierezan e outros interpõem apelação cível (f. 328-338) contra sentença (f. 315-321) proferida na demanda anulatória ajuizada contra Estado de Mato Grosso do Sul. O juiz julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de decretar a nulidade da decisão do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (TC n° 05170/2011) apenas com relação ao período compreendido entre janeiro/2008 a fevereiro/2008.

Afirmam terem agido com acerto os vereadores da legislatura de 2001/2004 e o Prefeito Municipal de São Gabriel do Oeste ao aprovarem, os primeiros, e sancionar o último, a norma que fixou os subsídios dos vereadores da legislatura seguinte (2005/2008), de acordo com o regramento constitucional vigente, mediante informações oficiais. Alegam não ter a Assembleia Legislativa comunicado às Câmaras Municipais, tampouco dado publicidade geral, sobre a inversão de rubricas referentes a subsídio e parcela

indenizatória (sem alterar o valor final). Destacam, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não estarem os autores sujeitos à repetição dos valores recebidos de boa-fé, em decorrência de errônea e inadequada interpretação da lei por parte da administração pública. Sucessivamente, caso não seja julgado totalmente procedente o pedido, pretende a redistribuição dos ônus sucumbenciais. Argumentam que a sentença decretou a nulidade em relação a 16,6% da obrigação, percentual que não pode ser reconhecido como mínimo. Requerem a diminuição do percentual de 15%, arbitrado a título de honorários advocatícios em favor do patrono da parte ré.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 353-368.

A representante do Ministério Público Estadual emitiu parecer pelo não provimento do recurso. Sustentou que, diante da vedação ao enriquecimento ilícito, devem ser restituídos os valores recebidos indevidamente pelos vereadores (f. 376-387).

VOTO (EM 30/05/2018)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de apelação cível interposta por Ivone Terezinha Pierezan e outros contra sentença proferida na demanda anulatória ajuizada contra Estado de Mato Grosso do Sul. O juiz julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de decretar a nulidade da decisão do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (TC n° 05170/2011) apenas com relação ao período compreendido entre janeiro/2008 a fevereiro/2008.

Fundamentação

A sentença deve ser mantida.

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 29, VI, que o subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição. Ademais, em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, o subsídio máximo dos vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos deputados estaduais.

Neste contexto, a Lei Municipal nº 572/2004 fixou o subsídio dos vereadores da legislatura de 2005 a 2008.

Não obstante o valor do subsídio tenha sido inicialmente fixado com base em certidão emitida em 17/05/2004, ocorreu redução do subsídio dos deputados estaduais em 01/03/2008, sem que tenha sido promovida a readequação dos valores devidos aos vereadores.

Portanto, diante da irregularidade patente, a boa-fé não pode ser oposta à vedação ao enriquecimento ilícito e aos princípios da legalidade, da probidade e moralidade administrativa, de modo que os valores recebidos a maior pelos vereadores, entre março e dezembro de 2008, devem ser restituídos. A título de complementação, não há como se presumir a boa-fé quando os vereadores, apesar de saberem da inadequação, se negaram a regularizar a situação (f. 43).

Quanto à pretensão de redistribuição dos ônus da sucumbência, em um juízo de ponderação entre o princípio da causalidade e a condenação final, fica reconhecida a sucumbência mínima do réu, que decaiu da parte ínfima, devendo os autores arcarem integralmente com as custas e honorários advocatícios.

Deve ser mantido o percentual de 15%, arbitrado a título de honorários advocatícios, pois observa o trabalho desempenhado pelo patrono da parte ré, o tempo de duração da demanda e a sua complexidade, em consonância com o art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Por fim, em sede de remessa necessária, deve ser mantida a anulação parcial da decisão do Tribunal de Contas. Como afirmado pelo juiz, a Assembleia Legislativa Estadual declarou que o subsídio dos deputados estaduais passaria a ser de R$ 12.384,07, a partir de 01/03/2008 (f. 43). Portanto, até esta data os subsídios dos vereadores estavam dentro do limite constitucionalmente estabelecido, sendo incabível redução ou restituição de valores.

Dispositivo

Ante o exposto, conforme o parecer, nego provimento ao recurso.

Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pelos autores ao patrono do réu para 20% sobre o proveito econômico (valor global das restituições).

Quanto ao mais, mantenho a sentença em sede de remessa necessária.

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

VOTO (EM 27/06/2018)

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

Recebi o voto pelo plenário virtual e pedi vista para analisar mais detalhadamente o ponto central que me chamou a atenção e que consiste no elemento volitivo dos requeridos/apelantes.

Isso porque, foi votado pela Lei Municipal nº 572 de 30.09.2004, a fixação dos subsídios dos vereadores da cidade de São Gabriel do Oeste com base no percentual constitucional do valor referencial (subsídios dos Deputados Estaduais) e, valor este, contido na Certidão emitida pelo 1º Secretário da Assembleia Legislativa em 17.05.2004.

O imbróglio surge com a decisão do Tribunal de Contas do Estado (nº 05170/2011) proferida em 01.03.2018 que decidiu por admitir subsídios menores para os Deputados Estaduais e que levou ao nascimento desta ação, a fim de que os vereadores/autores não sejam obrigados à restituição de valores que receberam a maior pelo não acompanhamento da redução ocorrida por força da referida decisão administrativa do Tribunal de Contas.

E deste imbróglio que reduziu a remuneração dos deputados estaduais é que faz nascer a divergência e o ponto central do resultado de julgamento para este caso, uma vez que há sérias dúvidas de que os autores tenham tomado conhecimento desta decisão administrativa;

Da leitura da contestação do Estado de Mato Grosso do Sul nada consta quando e o qual foi meio da intimação da dita redução. O que consta é que a Presidência da Casa de Leis Municipal tenha tido ciência, contudo e repita-se, não há prova de que esta ciência tenha sido repassada aos vereadores/autores.

E sem este elemento volitivo impossível a restituição por dois fundamentos.

O primeiro fundamento é que os autores receberam a remuneração com base em lei municipal, que pressupõe a legalidade e veracidade dos valores ali aprovados, inclusive, que gerou o que o STJ denomina como "legítima expectativa". E esta expectativa deve ser reconhecida pelo Judiciário e firma a tese da boa-fé dos autores de estarem recebendo valores corretos.

Veja-se pelo STJ:

> *"Todavia, na espécie, a conduta do Juízo a quo revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima nemo potest venire contra factum proprium, na medida em que anteriormente determinou - quando não precisava fazê-lo - a intimação para recolhimento do preparo e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito. V - Tal atitude viola o princípio da boa-fé objetiva porque criou, na parte autora, a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observado-se o devido processo legal"* (REsp 1116574/ES, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011).

> *"Deve ser homenageada a tutela da confiança como corolário da boa-fé objetiva no caso concreto, não se podendo determinar, na hipótese da lide, a deserção na medida em que o juízo de primeiro grau, ao oportunizar a correção do vício de admissibilidade recursal, gerou na parte a legítima expectativa de que sua apelação seria admitida caso recolhesse as custas, conforme anteriormente determinado"* (AgInt no REsp 1576743/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 30/05/2017).

E essa legítima expectativa não serve apenas para fundar a boa-fé dos autores, mas também, para firmar que não se pode responsabilizar alguém por ato que não conheceu, uma vez que é brocardo geral de direito que "ninguém está sujeito ao impossível".

O segundo fundamento é que no mundo jurídico, a dúvida deve ser interpretada pela boa-fé, uma vez que ela se presume, nos termos do entendimento firmado pelo STJ:

> *"A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. O reconhecimento da má-fé exige prova de sua existência, o que não ocorreu no caso dos autos"* (REsp 1546140/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 28/03/2016).

> *"Para fins do art. 543-C do CPC (...) a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova"* (REsp 956.943/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014).

Tanto é verdade que a dúvida é pela boa-fé, que o STJ tem entendimento de que a intempestividade é vício insanável, tanto que sequer admite a comprovação do feriado local após o protocolo do recurso especial, ou seja, sequer admite a aplicação da emenda recursal do art. 932, parágrafo único c.c art. 1029, § 3º, ambos do CPC.

> *"O CPC/2015, porém, não possibilita a mitigação ao conhecimento de recurso intempestivo. De fato, nos casos em que a decisão recorrida tenha sido publicada na vigência do novo CPC, descabe a aplicação da regra do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015, para permitir a correção do vício, com a comprovação posterior da tempestividade do recurso. Isso porque o CPC/2015 acabou por excluí-la (a intempestividade) do rol dos vícios sanáveis, conforme se extrai do seu art. 1.003, § 6º ("o recorrente comprovará a*

> *ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso"), e do seu art. 1.029, § 3º ("o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave"). Nesse sentido:* STJ, AgInt no AREsp 957.821/MS, Rel.Ministro Raul Araújo, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 19/12/2017; AgInt no REsp 1.626.179/MT, Rel.Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 23/03/2017; AgInt no REsp 1.638.816/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 06/04/2017; AgInt no AREsp 991.944/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 05/05/2017; AgInt no AREsp 975.392/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 05/05/2017; AgInt no AREsp 1.017.097/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 09/05/2017; AgInt no AREsp 1.005.100/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 29/05/2017; AgInt no AREsp 1.030.133/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/06/2017. No mesmo sentido o entendimento do STF (ARE 1.033.168 AgR/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 18/09/2017)" (AgInt no AREsp 1179830/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018).

Contudo, na hipótese de dúvida fundada quanto à tempestividade, este entendimento é mitigado para aceitar a tempestividade em homenagem do duplo grau de jurisdição:

> *"Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito"* (REsp 11.834-PB, Quarta Turma, DJ 30/3/1992). Precedentes citados: AgRg no REsp 1.231.666-BA, Primeira Turma, DJe 24/4/2012; REsp 1.210.186-RS, Segunda Turma, DJe 31/3/2011; AgRg no REsp 966.017-RO, Quinta Turma, DJe 9/3/2009; e EREsp 667.672-SP, Corte Especial, DJe 26/6/2008. REsp 1.112.864-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 19/11/2014, DJe 17/12/2014).

É certo que estes acórdãos são afetos à tempestividade dos recursos, contudo, onde há mesma razão deve ser aplicado o mesmo direito (*Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*), o que consiste em dizer que diante da dúvida fundada a respeito do conhecimento pelos autores da decisão administrativa do Tribunal de Contas deve ser homenageada a boa-fé, de forma a acolher a pretensão trazida na petição inicial.

Entendimento este firmado em Sistema de Precedentes pelo STJ:

> *"Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ"* (REsp 1244182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012).

Por fim, me revela que exigir que a remuneração dos vereadores fossem imediatamente reduzida, ainda que não houvesse dúvidas do conhecimento da decisão administrativa, é fazer este Judiciário a praticar ato ilegal, uma vez que a administração pública pauta sua conduta na legalidade, de forma que se a fixação dos valores da remuneração ocorreu por lei, então, a redução teria que seguir a mesma forma e, portanto, de ato não afeto aos vereadores em si considerados, mas sim, que depende de pauta a ser feita pela mesa da câmara de vereadores.

Certo que se admite a minoração da remuneração na mesma legislatura (ao contrário do que sustenta os apelantes), contudo, como dito acima, depende de ato normativo, não afeto aos autores. Inclusive, se

consta consulta ao Tribunal de Conta do Espírito Santo esta possibilidade e a forma desta redução e assim se manifestou:

> *"Retornou os autos à SecexRecursos que posicionou-se quanto ao mérito, respondendo aos questionamentos 1 e 2 da presente consulta da seguinte forma: é possível a redução do subsídio dos vereadores com vigência e efetivação na mesma legislatura, a ser efetivado pelo instrumento normativo adequado, resolução legislativa ou lei".*

Assim sendo, peço vênia ao nobre relator para acolher a pretensão recursal e para inverter o ônus da sucumbência e para rejeitar o reexame necessário. Sem honorários recursais do art. 85, § 11 do CPC.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

Julgamento suspenso em face da necessidade de convocação de novo membro para a técnica do art. 942, do CPC, após o 1º e 2º vogais darem provimento ao recurso e ratificarem a sentença em reexame necessário e o relator negar provimento ao recurso e manter a sentença em reexame necessário.

VOTO (EM 25/07/2018)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (3º vogal)

Trata-se remessa necessária e de apelação interposta por Marcos Antônio Paz da Silveira, Ivone Terezinha Pierezan, Pedro Freitas de Oliveira e Luiz Carlos Freitas Brandão contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Comarca de São Gabriel do Oeste-MS, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelos apelantes na presente ação de nulidade de ato jurídico, a qual foi proposta contra o Estado de Mato Grosso do Sul, em razão da determinação do Tribunal de Contas Estadual (TCE/MS), de restituição de valores recebidos acima do teto constitucional no ano de 2008.

O cerne da questão posta em julgamento consiste em se saber se os autores, que foram Vereadores na Cidade de São Gabriel do Oeste-MS, tinham ciência da modificação (redução) do subsídio dos Deputados Estaduais no ano de 2008, de modo a lhes obrigar a observância desse novo valor para a fixação dos seus respectivos subsídios, de maneira a se respeitar o teto constitucional remuneratório.

Embora o 1º vogal, Des. Alexandre Bastos, tenha divergido do relator, Des. Vilson Bertelli, sob o fundamento de que os autores não tomaram conhecimento da modificação do subsídio dos deputados estaduais no ano de 2008; em verdade, esse fato era de conhecimento público, pois essa modificação decorreu de efeito oriundo da promulgação da Emenda Constitucional nº 25, de 14/02/2000, sendo, pois, tal conhecimento, inescusável e inafastável, sobretudo com relação a integrantes do Poder Legislativo, os quais não podem alegar em sua defesa desconhecimento do ordenamento jurídico.

Além disso, os próprios autores reconheceram – e juntaram prova disso (f. 43) – que a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul certificou, em 01/03/2008, que o novo subsídio dos deputados estaduais tinha passado a ser, à época, à quantia de R$ 12.384,07, de modo que, a partir de então, deviam observar esse valor como referência para fins de respeito ao teto remuneratório constitucional.

Aliás, a sentença tomou o cuidado de delimitar que a restituição de valores observasse a data daquela certidão lavrada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, julgando, assim, parcialmente procedente o pedido para anular a determinação de restituição dos valores percebidos antes de 01/03/2008 (data da certidão de f. 43).

Assim, escorreita a sentença, não merecendo qualquer reparo.

Portanto, não tenho dúvidas em acompanhar o relator, Des. Vilson Bertelli, no sentido do não provimento do recurso dos autores-apelantes.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Marcos Antônio Paz da Silveira, Ivone Terezinha Pierezan, Pedro Freitas de Oliveira e Luiz Carlos Freitas Brandão mas nego-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Por conseguinte, em reexame necessário da sentença, mantenho-a integralmente, também nos termos do voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso e mantiveram a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator, 3º e 4º vogais, vencido o 1º e 2º vogais que deram provimento e retificaram a sentença em reexame necessário, de acordo com o art. 942 do CPC.

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. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0802604-66.2016.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator designado Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ACORDO EM PROCESSO DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL PARA PAGAMENTO DE DÉBITO EM PRAZO SUPERIOR A QUINHENTOS ANOS – PRESENÇA DO DOLO GENÉRICO – CONFIGURAÇÃO DE ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11, *CAPUT* E INCISO I, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) – MULTA CIVIL MANTIDA – APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS.

Configura-se ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública (art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa) a realização de acordo em processo de execução da Fazenda Pública Municipal para pagamento do débito em prazo superior a quinhentos anos, quando o valor executado é proveniente de condenação do Tribunal de Contas do Estado, proferida contra ex-prefeito, ao ressarcimento de valores aos cofres públicos.

As cominações previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/91 podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Manutenção da multa civil e aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos.

Recursos dos réus conhecidos e não providos. Recurso do autor 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 maioria, negar provimento aos recursos de Nilson e José e dar parcial provimento ao apelo ministerial, nos termos do voto do 1º vogal (Des. Vilson Bertelli), em parte com o parecer, vencido o relator que não conhecia do recurso ministerial e dava provimento ao recurso de Nilson e José.

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de Apelação interposta por José Maria Rocha e Nilson Gomes Azambuja e Ministério Público Estadual em face da sentença de f. 612-623, que julgou parcialmente procedente o pedido para que declarar a prática de atos de improbidade prevista no art. 11, *caput* e inciso I e, por via de consequência, com a aplicação da penalidade prevista no art. 12, III da Lei nº 8.429/1992, mais precisamente, multa civil no equivalente a 10 vezes no valor da última remuneração recebida na função pública exercida.

Ministério Público Estadual suscita em seu recurso de apelação de f. 629/635, em apertada síntese: provimento do recurso para condenar os requeridos nas demais penas do inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, mais precisamente, na perda da função pública do requerido José Maria Rocha e, a ambos, a perda dos direitos políticos.

Nilson Gomes Azambuja e José Maria Rocha suscitam no recurso de apelação de f. 637-641 e f. 646-671 (respectivamente), em apertada síntese: provimento do recurso para julgar improcedente o pedido trazido na petição inicial, por atipicidade em atos de improbidade administrativa.

Os recorridos, devidamente intimados (f. 678 e f. 679), somente o autor apresentou contrarrazões às f. 680/689, pelo improvimento do recurso de apelação de ambos os litisconsortes passivos.

A Procuradoria Geral de Justiça – PGJ opinou às f. 702-710 pela conhecimento e provimento do recuso de apelação interposto pelo autor e, pelo improvimento do recurso de apelação interposto por ambos requeridos, bem como, requereu que seja tornado sem efeito a manifestação de f. 698-700, ante o equívoco de sua juntada.

VOTO (EM 11/07/2018)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por José Maria Rocha e Nilson Gomes Azambuja e Ministério Público Estadual em face da sentença de f. 612/623, que julgou parcialmente procedente o pedido para que declarar a prática de atos de improbidade prevista no art. 11, *caput* e inciso I e, por via de consequência, com a aplicação da penalidade prevista no art. 12, III da Lei nº 8.429/1992, mais precisamente, multa civil no equivalente a 10 vezes no valor da última remuneração recebida na função pública exercida.

Há recurso de ambas as partes e de ambos litisconsortes passivos. Por questão de prejudicialidade serão alisados os recursos de ambos os litisconsortes passivos, uma vez portam a mesma pretensão recursal, consistente na improcedência do pedido de condenação em atos de improbidade administrativa, enquanto o autor da ação, pede o agravamento da penalidade aplicada por condenação de atos de improbidade administrativa.

Vejamos.

Nilson Gomes Azambuja e José Maria Rocha suscitam no recurso de apelação de f. 637-641 e f. 646-671 (respectivamente), em apertada síntese, provimento do recurso para julgar improcedente o pedido trazido na petição inicial, por atipicidade em atos de improbidade administrativa.

Com razão aos apelantes.

O que se infere do caso posto à apreciação e que iniciada execução em face de título executivo firmado por decisão administrativa do Tribunal de Contas do Estado e que recebeu o nº 0009920-47.2008.8.12.0021; que o valor executado em face do Requerido, Nilson Gomes Azambuja (ex-prefeito de Selvíria) consiste em R$ 614.040,62; que feita proposta de acordo entre o executado e o Município dento desta execução, de pagamento dos valores em parcelas de cem reais e com consentimento expresso do outro requerido, José Maria Rocha, na qualidade de Procurador Jurídico do Município. A proposta de acordo foi indeferida pelo juízo da execução e com penhora de 20% dos vencimentos do requerido/ex-prefeito. Em face deste fato foi proposta a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa e que julgada parcialmente procedente.

A sentença deve ser reformada por vários fundamentos.

Explica-se.

Em relação ao primeiro fundamento é que estamos em ação civil pública por suposto ato de improbidade administrativa e com previsão de aplicação de pena/punição e, portanto e por via de consequência, abre adequação para aplicação de institutos de direito criminal.

Nesta esteira é brilhante o voto proferido no STJ, pelo Ministro César Asfor Rocha, seguido pelos Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, todos do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do HC 22432:

> *"A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do direito administrativo disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania.*
>
> *"A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.*
>
> *"De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório)".*

Igualmente, no REsp nº 721190/CE sendo relator, o Ministro Luiz Fux:

> *"É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais".*

Firme nesta premissa da teoria do crime que trago o primeiro fundamento da improcedência do pedido de atos de improbidade, uma vez que se quer aplicar pena pela cogitação, ou seja, somente e tão somente porque o feito uma proposta de pagamento dentro da execução derivada de título gerado pelo Tribunal de Contas do Estado.

Ora, sem adentrar no elemento volitivo desta proposta de pagamento, a cogitação1 perante a teoria do crime é revestido de atipicidade, ou seja, se é irrelevante para o direito penal não pode servir de fundamento de condenação em penas por ato de improbidade, mormente, nesta ação, onde os efeitos da pena, por vezes, se revestem de perpetuidade na vida política e social do condenado.

Em relação ao segundo fundamento é que para configuração de ato de improbidade administrativo é que se exige o elemento volitivo, consistente na existência de dolo e culpa (a depender da tipificação como ato do art. 9º, 10 ou 11 da LIA) e, neste caso a tipificação foi por violação aos princípio inerentes à administração pública, portanto, art. 11 da Lei 8.429 que exige o dolo.

1 "Regra geral é que a cogitação e atos preparatórios não sejam puníveis. Em hipótese alguma a cogitação poderá ser objeto de repressão pelo Direito Penal, pois cogitationis poenam nemo patitur" (GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 4. ed. Impetus , 2010, p. 275).

Veja-se pelo STJ:

> *"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)"* (REsp 1564399/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018).

E entendimento este do STJ que anda de mãos dadas com a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 64/90) que exige para aplicação da pena de perda de direitos políticos por atos do art. 11 da LIA de que haja conduta dolosa. Consta do art. 1º, inc. I, alíneas "g" e "l", da Lei Complementar nº 64/90, que serão inelegíveis 'para qualquer cargo':

> *"g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;*
>
> *l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;"*

Firme nesta premissa da exigência de existência de dolo para configuração de ato de improbidade administrativa pelo art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não se revela como possível a condenação por ato de improbidade de simples proposta de pagamento em execução de multa emitida pelo Tribunal de Constas feita em juízo, uma vez que se intenção manifesta fosse de causar prejuízo ao erário público, o que ordinariamente acontece do art. 375 do CPC é que este acordo seria feito às ocultas e, não, dentro da execução e mediante parecer do *Parquet* e com pedido de deferimento pelo juiz da execução.

Em relação ao terceiro fundamento é que o fato do procurador jurídico do município não ter poderes para transigir sobre valores afetos ao poder público não pode ser considerado como ato de improbidade administrativa.

Isso porque, este relator tem adotada a aplicação da teoria da autonomia da responsabilidade por ato de improbidade, e uma de suas vertentes está em separar, por assim dizer, 'o joio do trigo', mais precisamente, neste caso, de aplicação a condenação de atos de improbidade não somente e tão somente diante de uma ilegalidade (art. 37, II da CF/88), mas sim, que a ela seja acrescida o elemento essencial para esta condenação pela lei de improbidade, que consiste numa ilegalidade qualificada, nos termos do entendimento pacificado do STJ:

> *"para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-*

fé. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.5.2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30.6.2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5.3.2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2014" (AgInt no AREsp 763.733/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 13/12/2016).

"Para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. [...] Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015;REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014" (REsp 1.508.169/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)" (REsp 1622001/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017).

"A improbidade administrativa, ligada ao desvio de poder, implica a deturpação da função pública e do ordenamento jurídico; contudo, nem toda conduta assim caracterizada subsume-se em alguma das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA. [...] 7. In casu, o fato praticado pelos recorridos, sem dúvida reprovável e ofensivo aos interesses da Administração Pública, não reclama, contudo, o reconhecimento de ato de improbidade administrativa, apesar de implicar clara violação ao princípio da legalidade. Assim fosse, todo tipo penal praticado contra a Administração Pública, invariavelmente, acarretaria ofensa à probidade administrativa" (REsp 1075882/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010).

Certo que não está de acordo com as normas inerente ao regime jurídico administrativo que haja transação de direito público sem autorização legal, o que revela flagrante ilegalidade administrativa, que pode gerar efeitos outros que não a aplicação das penas de atos de improbabilidade administrativa, uma vez que não revestido de conduta voltada à desonestidade, o que poderia se fazer presente se acaso tivesse ocorrido, a título de ilustração, o perdão da dívida, mas nunca, pelo simples fato do procurador jurídico concordar com pagamento da dívida em parcelas feito em juízo e mediante fiscalização do juiz e do Ministério Público.

Assim sendo, esses três fundamentos me levam a formar a convicção pela inexistência de atos de improbidade e, portanto, de improcedência do pedido de atos de improbidade trazido na petição inicial, de forma a registrar o desacerto e a violação de regras comezinhas que remontam às cadeiras acadêmicas na famigerada proposta de acordo, contudo, não sendo suficiente para se chegar ao ato de improbidade.

Por fim, em relação ao recurso de apelação interposto pelo autor da ação, Ministério Público Estadual, pede objeto a apreciação de sua pretensão recursal, uma vez que pedia o agravamento das penas aplicadas na condenação.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento ao recurso de apelação interposto pelo requerido José Maria Rocha e, também, pelo requerido Nilson Gomes Azambuja para julgar improcedente o pedido trazido na petição inicial e, por via de consequência, não conheço do recurso de apelação interposto pelo autor da ação, o Ministério Público Estadual, uma vez que pedia o agravamento da pena da condenação. Contra o parecer.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º e 2º vogais (Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto), após o relator não conhecer do recurso do Ministério Público e dar provimento ao recurso de Nilson Gomes Azambuja e José Maria Rocha.

VOTO (EM 25/07/2018)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1° vogal)

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Nilson Gomes Azambuja e José Maria Rocha. O pedido foi julgado parcialmente procedente e os réus foram condenados pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11, *caput* e inciso I, com penalidades previstas no art. 12, inciso III, ambos da Lei nº 8.429/92, quais sejam, pagamento, a título de multa civil, do equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida por cada um deles na função pública exercida. No valor da multa deverá incidir correção monetária pelo INPC/IBGE e juros moratórios de 1% a.m, a partir desta data até o efetivo pagamento.

O relator deu provimento ao recurso dos réus, para julgar improcedente o pedido em ação civil pública por ato de improbidade administrativa e, por essa razão, não conheceu do recurso do autor. Peço a vênia para divergir.

Os réus afirmam a ausência de ato de improbidade administrativa, por inexistir prejuízo ao erário, bem como ofensa aos princípios administrativos. Sustentam a elaboração de acordo em processo de execução objetivando atender aos interesses públicos, porque o executado não teria bens para garantir a execução, de forma a ser possível o parcelamento, ainda que de valor baixo e por longo período, pois único meio de viabilizar o recebimento do débito municipal.

Quando se trata de responsabilização por ato de improbidade administrativa, é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/92, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.

Não há necessidade da ocorrência de efetiva lesão ao erário quando se trata da conduta prevista no art. 11 da LIA. Nesse sentido, é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao consignar "*para a configuração da conduta como ímproba, tipificada pelo art. 11 da Lei 8.429/92 - violação de princípio da administração, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo, por outro lado, torna-se despicienda a demonstração de dano ao erário*" (AgInt nos EAREsp 262.290/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 17/08/2016).

Por sua vez, para a configuração da conduta tipificada no art. 11 da Lei nº 8.429/92, é necessária a demonstração do dolo genérico (consciência e vontade do agente praticar os elementos objetivos do tipo).

Na hipótese, o Município de Selvíria era credor do ex-prefeito Nilson no valor de R$ 614.040,62 (seiscentos e quatorze mil, quarenta reais e sessenta e dois centavos), em razão de condenação à devolução de tal quantia aos cofres públicos, proveniente do Tribunal de Contas do Estado. José Maria, ocupante do cargo comissionado de Procurador Jurídico, firmou com o executado (Nilson), como representante do Município, acordo de quitação da dívida mediante o pagamento de parcelas mensais e sucessivas de R$ 100,00 (cem reais).

Apresentaram requerimento de homologação do acordo, nos autos do processo executivo, com omissão sobre o valor devido, eventual atualização do débito, tempo do acordo etc, constando apenas, f. 252:

> *"Fica acordado entre as partes, para início de pagamento e consequente quitação da dívida em contenta, parcelas mensais e sucessivas de 100,00 (cem reais), até a finalização, ou seja, consequente quitação da dívida em deslinde, que será debitada mensalmente, todo dia 05 de cada mês, no modo Débito Automático, em Conta Corrente em nome do Executado; (...)*

Ao contrário do sustentado pelos réus, conforme consta na decisão de f. 253-254, de não homologação do acordo, há, sim, bens em nome do executado, inclusive sobre os quais incidiam penhora (10 lotes de terrenos avaliados em R$ 5.000,00 cada).

Nesse contexto, a apresentação da petição com pretensão de homologação de acordo entre o executado (ex-prefeito do Município de Selvíria condenado à devolução de valor aos cofres públicos) e o representante do Município, Procurador Jurídico, sem atualizar o valor do débito, tampouco mencionar que a quitação do valor, sem atualização, demandaria aproximadamente 521 anos de pagamento evidencia a conduta dolosa dos réus, consistente na consciência e vontade dos agentes, em desconsiderar o patrimônio público e os interesses da Administração Pública, para satisfazer interesses pessoais e escusos.

O princípio da indisponibilidade do interesse público define os limites da atuação administrativa, de forma a impor ao Administrador a impossibilidade de atuar em busca de vantagens individuais, sem atenção ao próprio interesse público.

Por conseguinte, o princípio da impessoalidade expressa a atuação sem discriminação das pessoas, seja em benefício, seja em prejuízo. Como corolário do princípio da isonomia, o Administrador não pode priorizar interesses próprios, ou de terceiros, em detrimento ao interesse público.

Outrossim, o princípio da moralidade exige a honestidade, lealdade, boa-fé na conduta do exercício da função administrativa, impondo ao administrador a atenção aos padrões éticos de conduta, assegurando o exercício da função pública com atendimento das necessidades coletivas.

A realização de acordo com prazo de pagamento de mais de quinhentos anos em nítido favorecimento do réu, ex-prefeito, revela-se ofensiva aos princípios da indisponibilidade do interesse público, da impessoalidade, da moralidade, notadamente da razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade objetiva impedir atuação desarrazoada do Administrador, de forma a não ser possível a atuação do agente público, valendo-se do cargo ou função, com falsa intenção de cumprir a lei, agindo de forma arbitrária, fora dos padrões éticos e adequados ao senso comum.

Já o princípio da proporcionalidade, prevê a imposição de equilíbrio entre os motivos determinantes da prática do ato e a consequência jurídica da conduta, cuja finalidade precípua é evitar abusos na atuação dos agentes públicos.

Dessa forma, a realização de acordo entre o representante do Município e ex-prefeito com prazo de pagamento superior a quinhentos anos revela o descaso com o poder público e a Administração Pública em si, evidenciando o interesse próprio das partes em prejuízo ao interesse público, enquadrando-se no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

É evidente o dolo genérico nas condutas dos réus, suficiente para a caracterização do ato ímprobo atentatório aos princípios. As condutas foram conscientes e voluntárias, voltadas para a realização dos elementos objetivos que compõem os atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública.

Assim, mantenho a condenação dos réus por ato de improbidade administrativa, disposto no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92.

O autor, Ministério Público Estadual, interpôs recurso de apelação objetivando a aplicação da sanção de perda da função pública ao réu José Maria e suspensão dos direitos políticos de ambos os réus (f. 629-635). Subsidiariamente, o réu José Maria também pretendeu a redução da sanção de multa aplicada em 10 vezes ao valor da remuneração.

A regra prevista no art. 12 da Lei 8.429/92 autoriza aplicar de forma isolada ou cumulativa as sanções nele previstas, avaliadas pelo magistrado de acordo com a gravidade do fato. Na hipótese, o magistrado apenas condenou os réus ao pagamento, a título de multa civil, do equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida por cada um deles na função pública exercida.

O inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa dispõe:

> *Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:*
>
> *(...)*
>
> *III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*

Nesse contexto, os réus agiram contra diversos princípios da Administração Pública ao firmarem acordo de pagamento de débito em prazo superior a quinhentos anos. Conforme acima citado, não observaram os princípios da indisponibilidade do interesse público, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, atuando em nítida desvantagem do Município de Selvíria receber quantia devida advinda de condenação de ressarcimento aos cofres públicos e com evidente favorecimento do réu Nilson (ex-prefeito).

Assim, por terem transgredido os bens jurídicos protegidos pelo artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92, conduta de acentuada gravidade, convém aplicar também a suspensão dos direitos políticos em cinco anos aos réus, além de manter a condenação ao pagamento de multa em multa civil, do equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida por cada um deles na função pública exercida.

Em relação à pretensão da sanção de perda do cargo público, o Ministério Público não demonstrou a ocupação do réu José Maria em cargo público, apenas tendo mencionado ser este "indigno do cargo que ocupa", sem explicitar qual seria especificamente (se permanece como Procurador Jurídico do Município de Selvíria ou se está em outro cargo ou função), bem como deixou de apresentar fundamentos concretos sobre a impossibilidade de permanência dele em tal *múnus,* caso ainda ocupe. Por sua vez, é incontroverso o fato de o réu Nilson não ocupar cargo público. Dessa maneira, não é apropriada a imposição dessa sanção.

Frise-se, outrossim, a razoabilidade da quantia da multa aplicada pelo magistrado, ao se considerar a ausência de parâmetro mínimo legal, mas a existência de limite em cem vezes o valor da remuneração. O valor equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida por cada um deles na função pública exercida não configura excesso – ao contrário do sustentado pelo réu José Maria –, sendo suficiente a punir a conduta ímproba dos réus em pactuar acordo em nítido desfavorecimento do Município.

Assim, divirjo do relator para, em parte com o parecer, negar provimento ao recurso dos réus e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo a condenação dos réus na prática de ato de improbidade administrativa prevista no art. 11, *caput e* inciso I, da Lei nº 8.429/92, acrescentando a sanção de suspensão dos direitos políticos em cinco anos aos réus, além de manter a condenação ao pagamento de multa em multa civil, do equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida por cada um deles na função pública exercida.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (2° vogal)

Trata-se de recursos de apelação interpostos, respectivamente, por José Maria da Rocha, Nilson Gomes Azambuja e Ministério Público Estadual contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Três Lagoas.

Ação: civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual contra José Maria da Rocha e Nilson Gomes Azambuja.

Relata que nos autos do processo de execução nº 0009920-47.2008.8.12.0021 o ex-prefeito o município de Selvíria, Nilson Gomes Azambuja, está sendo executado no valor de R$ 614.040,62. Afirma que José Maria da Rocha, à época ocupante do cargo comissionado de Procurador do Município de Selvíria, firmou acordo com o executado para quitação da dívida executada por meio de pagamento de parcelas mensais e sucessivas de R$ 100,00 até integral pagamento do débito.

Afirma que o magistrado responsável pelo processo executivo indeferiu a homologação do acordo encaminhou cópia do processo ao Ministério Público para providências, o que motivou a propositura da presente ação.

Sustenta que os requeridos atentaram contra os princípios da Administração Pública. Afirma que o primeiro réu acarretou prejuízo ao erário e o segundo réu incorreu em enriquecimento ilícito.

Requereu, ao final, a procedência dos pedidos iniciais para:

> *"(...) condenar os requeridos nas sanções previstas no art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92, notadamente a perda das funções públicas, por violação ao art. 11, caput, e inc. I, também da Lei nº 8.429/92; e ainda Nilson Gomes Azambuja, nas sanções previstas no art. 12, I, por violação ao art. 9º, caput, da mesma Lei nº 8.429/92; e José Maria Rocha, nas sanções do art. 12, II, por violação ao art. 10, caput, também da Lei nº 8.429/92"* (f. 1-13).

Sentença: julgou:

> *"(...) parcialmente procedente a presente demanda para declarar que José Maria Rocha e Nilson Gomes Azambuja praticaram atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11, caput e inciso I, com penalidades previstas no art. 12, inciso III, ambos da Lei nº 8.429/1992 e, em consequência, condená-los ao pagamento, a título de multa civil, do equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida por cada um deles na função pública exercida"* (f. 612-623).

Recurso de apelação: interposto pelo autor Ministério Público Estadual em que pleiteia a parcial reforma da sentença para majoração das sanções impostas, a fim de condenar os requeridos à perda da função pública e à perda dos direitos políticos (f. 629-635).

Recurso de apelação: interposto pelo réu Nilson Gomes Azambuja sustentando que não cometeu ato de improbidade administrativa, sendo que apenas fez uma proposta de pagamento da forma que poderia pagar (f. 636-641).

Recurso de apelação: interposto pelo réu José Maria da Rocha em que assevera que:

> *a) não cometeu ato de improbidade administrativa e não houve prejuízo aos cofres públicos, sendo que agiu para defender os interesses públicos; b) o Município tentou por diversas vezes receber o crédito executado, sem sucesso, portanto teve que celebrar acordo com o devedor para pagamento da dívida; c) "foram feitos acordos em vários outros processos como Sr. Nilson Gomes Azambuja, portanto o valor que despenderia para o pagamento à Prefeitura não era só R$ 100,00 (cem reais), mas um valor maior, que seria recebido pelos cofres públicos, valor este que seria vantajoso a administração, tendo em vista que não estava recebendo nada, pois não conseguia penhorar os bens e valores, e quando era realizado tal penhora, o devedor liberava tais bens com recursos judiciais, portanto restou amplamente provado, que o devedor nada pagava, e partir dos vários acordos entabulados, começou a pagar aos cofres públicos, todos os acordos homologados, ficando apenas este, que a exemplo dos outros acordos, dependida de homologação judicial.", e d) caso mantida a condenação, que a sanção aplicada seja reduzida.*

Procuradoria de Justiça: apresentou parecer e opinou pelo conhecimento e não provimento dos recursos interpostos por José Maria da Rocha e Nilson Gomes Azambuja, bem como pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual para *"condenar os requeridos às demais penas previstas no inciso III, do art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa."* (f. 702-710).

Voto do relator: o Exmo. Des. Alexandre Bastos votou pelo conhecimento e provimento dos recursos de apelação interpostos por José Maria da Rocha e Nilson Gomes Azambuja para julgar improcedente os pedidos iniciais. Em consequência, não conheceu do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Voto do 1º vogal: o Exmo. Des. Vilson Bertelli votou pelo conhecimento e não provimento dos recursos de apelação interpostos por José Maria da Rocha e Nilson Gomes Azambuja e pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual para acrescentar a sanção de suspensão dos direitos políticos dos réus, por cinco (5) anos, com manutenção da penalidade de multa.

É o relatório. Decido.

Improbidade Administrativa

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável a correta identificação do dolo quando caracterizadas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429, 02/06/92, ou pelo menos eivadas de culpa grave, nas hipóteses do artigo 10, da mencionada Lei (dano ao erário).

No que diz respeito particularmente ao art. 11 (violação aos princípios da Administração Pública), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, nessa modalidade de improbidade, a par de se exigir a demonstração de dolo, este não precisa ser específico, bastando que seja genérico (v.g., REsp 1.352.535/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25/04/2018; REsp 1.532.378/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/12/2017).

Como sabido, o dolo genérico, diferentemente do dolo específico, é aquele que exige apenas consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo, não sendo necessária uma intenção especial, um requisito subjetivo transcendental, como ocorre com o dolo específico.

No caso, está comprovado que o Município de Selvíria-MS propôs Ação de Execução, autos nº 0009920-47.2008.8.12.0021, contra o réu Nilson Gomes Azambuja para cobrança do valor, à época, de seiscentos e quatorze mil e quarenta reais e setenta e dois centavos (R$ 614.040,72) (f. 20-26).

No processo de execução o ente público peticionou nos autos, por intermédio do Procurador Jurídico Municipal à época, o réu José Maria Rocha, informando a celebrado de acordo com o réu Nilson Gomes Azambuja, pelo qual o executado pagaria a dívida em *"parcelas mensais e sucessivas de R$ 100,00 (cem) reais, até a finalização, ou seja, consequente quitação da dívida"* (f. 252).

O magistrado responsável pelo processo executivo não homologou o acordo, tendo em vista o evidente prejuízo que seria causado à municipalidade (f. 253-254).

É evidente o dolo dos réus (consciência e vontade) em causar dano ao erário e enriquecimento ilícito do réu-executado Nilson Gomes Azambuja, sendo que somente não conseguiram praticar os atos ilícitos porque o Magistrado responsável pelo processo executivo não homologou o acordo celebrado pelos réus.

Não há justificativa plausível para a realização do acordo nos moldes do proposto pelo Procurador Municipal à época, o réu José Maria Rocha, pois, ainda que existisse dificuldade na localização de bens do executado para pagamento da dívida cobrada, tal fato não justifica a celebração de pacto para quitação do débito com parcela irrisória (R$ 100,00) considerando o elevado valor do débito à época, de R$ 614.040,72.

Aliás, o réu José Maria Rocha sequer tinha procuração nos autos do processo de execução, visto que não atuava na causa, e, muitos menos, comprovou que tinha poderes específicos para celebrar acordo em nome do Município de Selvíria-MS.

Conforme consignou o magistrado do processo executivo, no processo de execução já existiam dez (10) lotes de terrenos penhorados que pertenciam ao réu-executado, portanto ao menos parte da dívida poderia ter sido quitada por meio do leilão dos bens (f. 130-145).

Importante salientar que é autorizado que o ente público celebre acordo nos processos judiciais, contudo, em tais casos, o pacto deve ser benéfico ao ente público e não uma verdadeira chacota, como no caso em análise.

As testemunhas arroladas nos autos, funcionárias do Município, confirmam que não é comum a celebração de acordo em processos judiciais de elevado valor e, especial, nos termos em que foi celebrado, com valor ínfimo da parcela e elevadíssimo prazo de pagamento (f. 607).

Nesse contexto, está devidamente demonstrada a má-fé dos réus ao celebrarem acordo evidentemente contrário aos interesses da Administração.

Como bem ponderou o Magistrado de primeiro grau (f. 617-618):

> *"Da análise do instrumento da avença (f. 252), datado de 08 de maio de 2013, nota-se que foram omitidos dados que, inevitavelmente, comprovam a má fé dos Demandados, uma vez que poderiam presumir, que diante do elevado número de feitos em curso neste Juízo, não se atentaria o magistrado para as peculiaridades do acordo extrajudicial entabulado.*
>
> *Assim, primeiro observa-se que não consta descrito no acordo o valor atualizado da dívida que se pretendia ver parcelada, a qual estava no patamar de R$ 614.040,62 (seiscentos e quatorze mil, quarenta reais e sessenta e dois centavos) em 31.10.2008.*

> *Segundo, sequer houve a menção, ainda que velada, de quanto tempo seria concedido ao devedor para pagamento do débito, já que apenas afirma-se no termo que os valores das parcelas seriam de R$ 100,00 (cem reais) até a quitação da dívida.*
>
> *Tais circunstâncias apenas demonstram que os Requeridos tinham plena consciência da imoralidade que tentavam ver homologada, ao submeterem o acordo à apreciação judicial, sem no mínimo discriminarem o montante atualizado da dívida e respectivo prazo para seu pagamento.*
>
> *Não é preciso cálculo complexo para concluir que seria necessário um período aproximado de no mínimo 6.140 (seis mil cento e quarenta e quatro) meses ou mais de 511 anos para que o Devedor efetuasse o pagamento integral do débito executado naquele feito. Ou seja, mais de meio milênio seria necessário para que adimplisse o que foi ajustado.*
>
> *Considerando a expectativa média de vida do brasileiro e que o Demandado Nilson Gomes Azambuja é pessoa que já ultrapassou a meia idade, segundo o Requerido José Maria Rocha contando com 65 anos ou mais (f. 271-272), obviamente que o acordo entabulado, ainda que tivesse 18 (dezoito) anos, seria totalmente inexequível.*
>
> *Ora, inverossímil que os Requeridos, que diga-se, não são pessoas leigas em assuntos jurídico-administrativos (um é advogado e o outro já foi Prefeito Municipal em duas legislaturas), não soubessem que um acordo conforme firmado traria nefastos prejuízos aos cofres públicos, eis que o devedor faleceria sem sequer ter efetuado o pagamento de 3% do débito devido.*
>
> *Não se está presumindo a má fé, que conforme é cediço, precisa ser devidamente comprovada, uma vez que a prova constante dos autos é robusta para evidenciar o dolo específico dos Requeridos em lesar o patrimônio público em detrimento de beneficiamento de devedor."*

O acordo celebrado entre as partes é desproporcional e viola diretamente os princípios da imparcialidade, da legalidade, da lealdade à instituição pública, da impessoalidade, da moralidade, dentre outros.

Desse modo, evidenciado que os requeridos praticaram a irregularidade com dolo genérico, suficiente para a caracterização do ato ímprobo atentador aos princípios.

As condutas dos réus foram conscientes e voluntárias, voltadas para a realização dos elementos objetivos que compõem os atos de improbidade administrativa atentatórios contra a os princípios da Administração Pública.

Aliás, até pelos cargos ocupados pelas partes, ex-prefeito municipal e procurador jurídico municipal, não podem alegar em sua defesa o desconhecimento que estavam incidindo em ato ímprobo, cujo desrespeito, de tão flagrante, faz avultar e emergir, por si só, a presença do dolo genérico.

Acerca da gravidade da violação aos princípios da Administração Pública, bem como das reais finalidades a serem perseguidas pelo gestor público, emblemático também o precedente a seguir citado:

> *"ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – UTILIZAÇÃO DE FRASES DE CAMPANHA ELEITORAL NO EXERCÍCIO DO MANDATO – ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VIOLAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC, REPELIDA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92 – LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO – PRESCINDIBILIDADE – INFRINGÊNCIA DO ART. 12*

DA LEI 8.429/92 NÃO CONFIGURADA – SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS – PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. [...]

2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração. Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele.

3. A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 censura "condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material" (Wallace Paiva Martins Júnior, "Probidade Administrativa", Ed. Saraiva, 2ª ed., 2002).

4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior.

6. A tutela específica do art. 11 da Lei 8.429/92 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, "na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver..." (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material. [...]

8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido."(REsp 695.718/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 12/09/2005, p. 234)

Conforme salientou o Ilustre Procurador de Justiça:

"(...) no caso em testilha, como mencionado, não restam dúvidas de que os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da legalidade, previstos no art. 37, caput, da Lei Maior, foram violados, de forma que o caso amolda-se ao tipo constante do art. 11, da Lei nº 8.429/92. Isto porque, os apelantes utilizaram-se do cargo que detinham, notadamente o requerido José Maria, então Procurador do Município, para obter proveito a terceiros, em detrimento as diretrizes basilares que norteiam a condução da coisa pública. Nesta trilha, induvidoso a presença do dolo no comportamento dos

> *recorrentes/requeridos, mormente porque estavam cientes da ilicitude de seus atos." (f. 702-710).*

Assim, sem maiores delongas, entendo estar suficientemente comprovado o elemento subjetivo – dolo - caracterizador do ato ímprobo, de violação aos princípios da Administração Pública, razão pela qual não vejo motivo para se reformar a sentença, no que tange à infringência ao art. 11, caput e inciso I, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Sanção Aplicada

O réu-apelante José Maria da Rocha pleiteia a redução da sanção aplicada e o Ministério Público Estadual requer a majoração sanção imposta, a fim de condenar os requeridos à perda da função pública e à perda dos direitos políticos.

A sentença julgou:

> *"(...) parcialmente procedente a presente demanda para declarar que José Maria Rocha e Nilson Gomes Azambuja praticaram atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11, caput e inciso I, com penalidades previstas no art. 12, inciso III, ambos da Lei nº 8.429/1992 e, em consequência, condená-los ao pagamento, a título de multa civil, do equivalente a 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida por cada um deles na função pública exercida", ou seja, "o Requerido Nilson Gomes Azambuja é agente tributário estadual aposentado e a multa terá por parâmetro os últimos vencimentos, contemporâneos, percebidos neste cargo, enquanto o Requerido José Maria Rocha, que na época era Procurador do Município de Selvíria, terá como parâmetro para a fixação da multa, a última remuneração recebida neste cargo quando estava vinculado ao ente público"* (f. 612-623).

No tocante à pena aplicada, segundo o parágrafo único, do art. 12, Lei nº 8.429, de 02/06/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na fixação das penas por ato de improbidade o Juiz levará em conta a "*extensão do dano causado*", assim como o "*proveito patrimonial obtido pelo agente*".

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa "*deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade.*" (*v.g.*, REsp 300.184/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 03/11/2003, p. 291).

Nesse sentido, entende-se que, no campo sancionatório, a interpretação que deve conduzir a dosimetria adequada relaciona-se à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a *razoabilidade* da punição (REsp 664.856/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 02/05/2006; REsp 291.747/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 18/03/2002).

Na hipótese dos autos, os atos de improbidade praticados pelos requeridos são graves, em especial, considerando o valor do processo de execução à época, de R$ 614.040,72 e o prejuízo financeiro que seria suportado pelo Município de Selvíria.

Desse modo, coaduno com o entendimento esboçado pelo 1º vogal, Des. Vilson Bertelli, no sentido de que as sanções aplicadas ficaram aquém do esperado, o que impõe a aplicação da penalidade de suspensão dos direitos políticos dos réus, pelo prazo de cinco (5) anos, com manutenção das multas aplicadas.

Assim, com todo o respeito aos sólidos e judiciosos entendimentos em contrário, divirjo do entendimento esposado pelo relator, Des. Alexandre Bastos, e acompanho a divergência instaurada pelo 1º vogal, Des. Vilson Bertelli pelo conhecimento e não provimento dos recursos de apelação interpostos por

José Maria da Rocha e Nilson Gomes Azambuja e pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual para acrescentar a sanção de suspensão dos direitos políticos dos réus, pelo prazo de cinco (5) anos, com manutenção da penalidade de multa conforme arbitrada na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento aos recursos de Nilson e José e deram parcial provimento ao apelo ministerial, nos termos do voto do 1º vogal (Des. Vilson Bertelli), em parte com o parecer, vencido o relator que não conhecia do recurso ministerial e dava provimento ao recurso de Nilson e José.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 25 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0056308-34.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADAS – COMBUSTÍVEL ADULTERADO – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA – ALTERAÇÃO DA FORMA – RESSARCIMENTO AOS CONSUMIDORES – DANOS MORAIS COLETIVOS *IN RE IPSA* – NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A decisão que julga os embargos de declaração integra a sentença, afastando, assim, alegação de omissão sobre a pretensão de chamamento ao processo.

O julgamento antecipado do pedido não configura cerceamento de defesa quando presentes elementos suficientes para a formação do convencimento do magistrado.

A demonstração da adulteração do combustível, bem como sua exposição à venda, caracteriza o vício e o caráter impróprio do produto para consumo.

A publicação da sentença é fundamental ao fim de cumprir o caráter informativo aos consumidores. A forma de publicação, porém, convém ser alterada para atender as peculiaridades do caso concreto.

Os consumidores têm o direito ao ressarcimento em razão do consumo de produto impróprio.

O dano moral coletivo é considerado *in re ipsa*, ou seja, decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita violadora dos direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade.

Não é cabível a condenação em honorários sucumbenciais a favor do Ministério Público.

Recursos do autor e dos réus conhecidos e providos 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 maioria, rejeitar as preliminares e dar parcial provimento aos recursos, vencidos o 2º e 3º vogais, que acolhiam a preliminar e davam provimento aos recursos de Corujão Posto de Serviço Ltda e outros e negavam provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do art. 942, § 1º, do CPC.

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Corujão Posto de Serviço Ltda, João Deoni da Silva e Geise Helena da Silva, e Ministério Público Estadual interpõem recursos de apelação às f. 575-586 e 613/622, contra a sentença (f. 519-529, integrada pela decisão de f. 565-568) de parcial procedência do pedido em ação civil pública.

Corujão Posto de Serviço Ltda, João Deoni da Silva e Geise Helena da Silva, f. 575-586, suscitam a nulidade da sentença por ausência de análise do chamamento ao processo da distribuidora do combustível adulterado. Também alegam a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide. Quanto ao mérito, sustentam a ausência de vício do produto. Argumentam a probabilidade de a alteração ter ocorrido em razão do armazenamento pela agência reguladora, pois teria transportado amostras do combustível para local distante (mais de 1000km) e demorado na realização dos testes (18 dias). Dessa forma, como o produto havia sido aprovado dois dias antes da coleta, afirmam que a alteração ocorreu pelos fatores do transporte e armazenagem do produto até o teste.

Subsidiariamente, alegam a necessidade de alterar o parâmetro da condenação, para corresponder ao limite do combustível armazenado no dia da coleta, qual seja, 13.258 litros. Sustentam a desnecessidade da publicação da sentença em jornal de grande circulação. Afirmam a ausência de vantagem financeira dos apelantes, motivo pelo qual não haveria ressarcimento aos consumidores.

Ministério Público Estadual, f. 613-622, pretende a condenação dos réus ao pagamento de danos morais coletivos, bem como a honorários advocatícios, com fundamento no art. 3º, VI, da Lei Estadual nº 1.861/98.

Contrarrazões às f. 598/612 e 626-632. A Procuradora de Justiça opinou pelo não provimento do recurso interposto pelos réus e parcial provimento ao recurso do autor, f. 641-653.

VOTO (EM 27/06/2018)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Corujão Posto de Serviço Ltda, João Deoni da Silva e Geise Helena da Silva, e Ministério Público Estadual interpõem recursos de apelação às f. 575-586 e 613-622, contra a sentença (f. 519-529, integrada pela decisão de f. 565-568), de parcial procedência do pedido em ação civil pública.

Fundamentação

Do recurso dos réus

Da alegação de nulidade da sentença

Os apelantes suscitam a nulidade da sentença por ausência de análise do chamamento ao processo da distribuidora do combustível adulterado.

Na hipótese, apesar de a sentença de f. 519-529 ser omissa em relação ao chamamento ao processo, na decisão dos embargos de declaração (f. 565-568) o magistrado esclareceu a não inclusão da fornecedora

no polo passivo da demanda, ante a ausência de elementos justificadores, pois não haveria evidência da aquisição do combustível já contaminado.

A decisão que julga os embargos de declaração integra a sentença. Dessa forma, ao contrário da alegação dos recorrentes, a sentença integrada pela decisão de f. 565-568 foi expressa ao afastar o chamamento ao processo, motivo pelo qual não há a alegada nulidade.

Os apelantes também alegam a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado do mérito.

O artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil estabelece o julgamento antecipado do mérito quando não houver necessidade de produção de outras provas.

O julgamento antecipado do mérito não tem o condão de caracterizar cerceamento de defesa desde que o julgador tenha encontrado elementos probatórios suficientes para a sua convicção.

Os apelantes em sede de contestação protestaram genericamente pela produção de provas, tendo inclusive ressaltado "principalmente por intermédio de documentos" (f. 388). Ou seja, o próprio recorrente reconheceu a desnecessidade de produção de outras provas além da documental.

Dessa forma, com a presença de documentos suficientes para a apreciação do pedido, essencial para o julgamento antecipado, não há cerceamento de defesa.

Por isso, rejeitos as preliminares de nulidade da sentença.

Do mérito

Quanto ao mérito, sustentam a ausência de vício do produto. Argumentam a probabilidade de a alteração ter ocorrido em razão do armazenamento pela agência reguladora, pois teria transportado amostras do combustível para local distante (mais de 1000km) e demorado na realização dos testes (18 dias). Dessa forma, como o produto havia sido aprovado dois dias antes da coleta, afirmam que a alteração ocorreu pelos fatores do transporte e armazenagem do produto até o teste.

Em que pesem as alegações dos apelantes, foi constatada a comercialização de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) fora das especificações legais, portanto, impróprio para o consumo, corroborado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), após testes laboratoriais.

Conforme estabelece o art. 18, § 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, constituem-se com vício e são impróprios ao uso e consumo os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.

Os réus receberam autuação da Agência Nacional do Petróleo ante a constatação de que o álcool etílico hidratado comercializado pelos bicos de abastecimento não estava de acordo com as especificações técnicas estabelecidas na legislação, pois a condutividade elétrica apresentou resultado de 1585 uS/m, quando o normal é de até 500 uS/m (f. 70-72).

Nesse contexto, houve a demonstração da adulteração do combustível, bem como sua exposição à venda, caracterizando o vício e o caráter impróprio para consumo.

Outrossim, os documentos não evidenciam a aprovação do combustível dois dias antes da coleta, tampouco demonstram que a adulteração ocorreu pelos fatores do transporte e armazenagem do produto até o teste realizado pela ANP.

Subsidiariamente, alegam a necessidade de alterar o parâmetro da condenação, para corresponder ao limite do combustível armazenado no dia da coleta, qual seja, 13.258 litros.

Todavia, conforme evidenciado nos documentos, dois dias antes da coleta o posto dispunha de 8.543 litros de etanol, momento em que recebeu outros 10.000 litros, totalizando, por isso, 18.543 litros. Nesse contexto, todo o combustível passou a ser impróprio, tanto é que a mistura de um combustível com o outro não foi capaz de regularizá-lo, caso apenas uma das cargas estivesse em desacordo com as normas técnicas.

Assim, houve a exposição ao consumo de 18.543 litros de combustível adulterado. Inclusive, no dia da coleta da amostra para o teste, no estabelecimento havia apenas 13.528 litros, ou seja, já haviam sido comercializados mais de 5.000 litros de etanol adulterado, expondo efetivamente consumidores ao produto impróprio para consumo.

Dessa forma, está correta a quantia de combustível considerado impróprio ao consumo.

Os recorrentes também sustentam a desnecessidade da publicação da sentença em jornal de grande circulação. Entretanto, ao contrário do alegado, convém a publicação para assegurar o resultado prático da sentença, notadamente o conhecimento dos consumidores sobre o dano sofrido mediante a aquisição de combustível adulterado.

Tal medida não se revela inadequada ou desproporcional. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"no ressarcimento individual (arts. 97 e 98 do CDC), a liquidação e a execução serão obrigatoriamente personalizadas e divisíveis, devendo prioritariamente ser promovidas pelas vítimas ou seus sucessores de forma singular, uma vez que o próprio lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal, o nexo etiológico com o dano globalmente reconhecido, bem como o montante equivalente à sua parcela" (REsp 869.583/DF, Quarta Turma, DJe 05/09/2012).*

Dessa maneira, a publicação determinada pela sentença revela-se fundamental ao fim de cumprir o caráter informativo aos consumidores. A forma de publicação, porém, convém ser alterada.

O STJ também já admitiu a alteração na forma da publicidade dada à sentença genérica, a fim de observar as novas disposições do art. 257, incisos II e III, do CPC. Isso para minimizar os custos de publicação física – atualmente regra excepcional no processo civil – e facilitar a divulgação da sentença a um maior número de pessoas (REsp 1.285.437/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 02/06/2017).

Dessa forma, ao se considerar o decurso de aproximadamente 10 anos do ajuizamento da demanda, revela-se mais razoável a substituição da publicação da sentença em jornais por sua publicação em órgãos oficiais e, ainda, pelo período de 15 (quinze) dias.

Por fim, os recorrentes afirmam a ausência de vantagem financeira dos apelantes, motivo pelo qual não haveria ressarcimento aos consumidores. Todavia, ao contrário do sustentado pelos recorrentes, sequer há necessidade de terem auferido lucro ou vantagem financeira com a conduta de expor à venda combustível adulterado.

Os consumidores têm o direito ao ressarcimento em razão do consumo de produto impróprio. Não há relação entre o benefício pecuniário. Basta a conduta inadequada dos réus para ensejar o ressarcimento dos consumidores.

Por isso, dá-se parcial provimento ao recurso dos réus, apenas para substituir a publicação da sentença em jornais para publicação em órgãos oficiais pelo período de 15 (quinze) dias.

Do recurso do autor

Ministério Público Estadual, f. 613-622, pretende a condenação dos réus ao pagamento de danos morais coletivos, bem como a honorários advocatícios, com fundamento no art. 3º, VI, da Lei Estadual nº 1.861/98.

O dano moral coletivo possui três funções: proporcionar reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade, sancionar o ofensor e inibir condutas ofensivas a tais direitos transindividuais.

O entendimento estabelecido pelo STJ é no sentido de que "o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade" (REsp 1.517.973/PE, Quarta Turma, DJe 01/02/2018).

Assim, uma vez constatada a conduta ilícita dos réus, como acima exposto, consistente em expor à venda combustível adulterado, ou seja, produto impróprio para o consumo, há violação ao conteúdo extrapatrimonial da coletividade.

A quantificação do dano moral coletivo, por sua vez, impõe o exame das peculiaridades do caso concreto, atentando-se à relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, além da situação econômica do ofensor, do proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (caso presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social.

Nesse contexto, ao se considerar a exposição ao consumidor de etanol adulterado, a efetivação da venda do produto, a relevância e gravidade existentes nessa conduta que atinge a boa-fé dos consumidores, a capacidade econômica dos réus, impõe-se a condenação de danos morais coletivos em R$ 25.000 (vinte e cinco mil reais) a ser recolhido em favor do fundo estadual disposto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Por fim, não assiste razão quanto aos honorários advocatícios, com fundamento no art. 3º, VI, da Lei Estadual nº 1.861/98.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não ser cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público em ação civil pública. Confira-se:

> *PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de Ação Civil Pública. Nesse sentido:* REsp 1.099.573/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19.5.2010; REsp 1.038.024/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.9.2009; EREsp 895.530/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.2009. *2. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1386342/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014)
>
> *PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO*

ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, por critério de absoluta simetria, no bojo de ação civil pública não cabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.

Precedente: EREsp 895530/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 21.466/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013)

Além disso, o artigo 128, § 5º, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal de 1988, veda de forma expressa o recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais aos membros do Ministério Público.

Ressalte-se, o artigo 3º, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.861/1998, que criou o Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento do Ministério Público FADMP/MS, foi declarado inconstitucional, à unanimidade, pelo Órgão Especial desta Corte, em acórdão assim ementado:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 1.861/1998, ARTIGO 3º, INCISO VI – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E JUDICIAIS PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – FONTE DE RECEITA DO FUNDO ESPECIAL DE APOIO E DESENVOLVIMENTO DA INSTITUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 128, INC. II, ALÍNEA "A", DA CF E ART. 44, INC. I, DA LEI Nº 8.625/93 – RECONHECIMENTO PELA VIA DIFUSA OU INCIDENTAL. A Lei Estadual nº 1.861/1998, artigo 3º, inciso VI, ao prever o recebimento de honorários advocatícios nas ações civis públicas e judiciais propostas pelo Ministério Público, ainda que revertidos em favor do Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento da Instituição, fere o art. 128, inc. II, alínea a, da Constituição Federal, bem como a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), em seu art. 44, inc. I, que vedam expressamente o recebimento da verba" (TJMS, Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível - Lei Especial - Nº 2006.000351-6/0002-00 - Campo Grande, Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, Órgão Especial, j. em 15.10.2008)

Portanto, a fixação de honorários advocatícios em favor do Ministério Público Estadual é incabível, ainda que revertidos para o Fundo Especial de Apoio ao Desenvolvimento do órgão.

Dispositivo

Ante o exposto, em parte com o parecer, conheço dos recursos interpostos. Dou parcial provimento ao recurso do autor para condenar o réu ao pagamento de danos morais coletivos em R$ 25.000 (vinte e cinco mil reais) a ser recolhido em favor do fundo estadual disposto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. Dou parcial provimento ao recurso dos réus, apenas para substituir a publicação da sentença em jornais para publicação em órgãos oficiais pelo período de 15 (quinze) dias.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Alexandre Bastos), após o relator, rejeitar as preliminares e dar parcial provimento aos recursos. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 11/07/2018)

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

Recebi previamente o voto pelo nobre relator e me chamou a atenção o julgamento antecipado da lide, sob a alegação do magistrado recorrido que não haveria provas orais a serem produzidas.

E me chamou a atenção, porque após a fase de saneamento do feito, não somente as *provas orais* poderão ser produzidas, mas também, a prova pericial, que se mostra imprescindível quando demandar conhecimento técnico sobre a matéria.

Se a prova pericial se mostra imprescindível, tenho que ocorreu cerceamento de defesa, *mormente*, se o magistrado sequer determinou a especificação de provas.

Explica-se.

É certo que de um lado há a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa conforme previsão do inciso LV do art. 5º da CF/88, que assim dispõe:

> *"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".*

Contudo, nenhuma garantia é absoluta, mormente, a partir da Emenda Constitucional nº 45 que inseriu o inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 a respeito do princípio da eficiência que assim vem registrado:

> *"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

A consequência deste princípio é que se de um lado é direito das partes o contraditório e a ampla defesa, de outro, é dever do magistrado evitar a dilação probatória sem qualquer resultado prático útil.

Tanto que o art. 130 do CPC/73 impõe ao magistrado o indeferimento de provas inúteis. Eis a norma a respeito:

> *"Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".*

Neste ponto que firmo entendimento pela nulidade e pela existência de cerceamento de defesa, porque o requerido tem insistido na comprovação de fato que depende exclusivamente de conhecimento de *expert*, portanto, imprescindível a produção de prova pericial, para tanto.

Tanto que assim faz constar como cerne de sua tese defesa:

> *"A defesa dos apelantes foi calcada na ausência de vício de qualidade do produto, com base na existência de boletins de conformidade do combustível; possível alteração da amostra em razão do teste ter sido realizado 18 dias após a coleta, em outra localidade e sem a presença da parte (contraditório); e existência de 13.528 (treze mil quinhentos e vinte e oito litros) de álcool no tanque no qual fora feito o ensaio".*

E mais, outro ponto essencial para a tese de defesa e que depende de provas neste sentido, o que revela que a causa não está madura é na alegação de que o produto foi adulterado na distribuidora. Ora, se assim o foi gerará reflexos para o julgamento deste caso, mormente, sobre o elemento volitivo dos apelantes.

E anoto quanto a este ponto, que não se mostra inutilidade de produção de provas de que o produto já veio da distribuidora com adulteração, porque não estamos diante da responsabilidade solidária (art. 7º, parágrafo único do CDC – Lei nº 8.078/1990), porque aqui nesta relação processual não há relação de consumo e sequer tem como parte consumidor. Estamos diante de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual visando responsabilização administrativa do apelante.

Então, é elemento essencial para a responsabilização a aferição do elemento de vontade, uma vez que ela não existe em não existindo, minimamente, a culpa, salvo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o que ocorre com o dano ambiental (teoria do risco integral), que não é o caso.

Portanto, peço vênia ao nobre relator para acolher a preliminar de cerceamento de defesa e, por via de consequência, para anular a sentença e determinar as partes a respeito da especificação das provas. Que seja dada a prioridade do art. 12, § 6º do CPC.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Paulo Alberto), após o relator, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso e o 2º vogal acolher a preliminar de cerceamento de defesa.

VOTO (EM 18/07/2018)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (1° vogal)

Trata-se de duas apelações interpostas pelos réus Corujão Posto de Serviço Ltda, João Deoni da Silva e Geise Helena da Silva e também pelo autor Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande-MS, a qual julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação civil pública para condenar os réus:

> *"a) a obrigação de não fazer, consistente em se absterem de promover a venda e comercialização de combustíveis em desacordo com as normas regulamentares expedidas pela Agência Nacional do Petróleo - ANP, adulterados ou de qualquer outra forma impróprios para o consumo, sob pena de pagamento de multa por evento comprovado, no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), revertida ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos do Consumidor;*
>
> *b) ao ressarcimento dos valores pagos pelos consumidores com a aquisição de álcool etílico hidratado adulterado, com juros e correção monetária, na forma do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, bem como arcar com perdas e danos patrimoniais em relação a todos os consumidores que, em liquidação de sentença, demonstrarem nexo de causalidade com a lesão provocada; e*
>
> *c) a publicar, por duas vezes, a parte dispositiva desta sentença em jornal de grande circulação nesta cidade, na forma contida no item "9" de f. 57*".

Pedi vista dos autos exclusivamente em razão da divergência inaugurada pelo 2º vogal, Desembargador Alexandre Bastos, o qual acolheu a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o fundamento principal de que a lide reclama, necessariamente, a produção de prova pericial, prova esta que teria sido requerida pelos réus.

De início, a respeito do cerceamento de defesa, tenho afirmado que, mesmo que respeitada a livre convicção do juízo *a quo*, não se pode descurar que, em eventual recurso, pode ser adotado entendimento diverso, e, nesse caso, o processo precisa estar suficientemente instruído, para que seja possível a análise do

pedido da parte autora em sua inteireza – mesmo que em sentido diverso daquele trilhado pela sentença –, sob pena de se forçar: ou a adoção do entendimento da sentença, ou o julgamento em sentido diverso à luz de um conjunto probatório insuficiente.

Isso não significa que o juiz de primeiro grau seja obrigado a produzir toda e qualquer prova requerida pelas partes, mesmo porque não se quer um processo ineficiente e contraproducente, mas também é verdade que o juiz tem o dever de bem instruir o processo, sendo previsto, desde a vigência do CPC/73, que ao Juiz cabe, de ofício, ou a requerimento das partes, "*determinar as provas necessárias à instrução do processo*", apenas indeferindo, se for o caso, as *diligências inúteis* ou *meramente protelatórias* (art. 130).

No CPC/15, este dever imposto ao juiz – que, em verdade, já vem previsto no sistema desde a vigência da CF/88, ante a garantia do devido processo legal, máxime em razão de sua vertente substancial – restou robustecido pelo disposto no art. 369, no sentido de que:

> *"(...) as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".*

O controle acerca de eventuais diligências inúteis ou meramente protelatórias continua sendo possível ao juiz, *ex vi* do disposto no art. 370, parágrafo único, do CPC/15, mas resta ainda mais evidente o dever de se permitir ampla margem à dilação probatória, a fim de que as partes possam produzir as provas que guardem relação de pertinência com suas teses, mesmo que, com estas, no plano abstrato e/ou concreto, discorde o Juiz.

O processo somente será verdadeiramente democrático quando permitir que, independentemente da posição que se adote no julgamento da causa, as partes possam, efetiva e integralmente, se assim o desejarem, devolver às instâncias superiores as questões discutidas – isso porque, na esteira da própria Exposição de Motivos do CPC/15, o processo deve ter o "*maior rendimento possível*".

E somente haverá o rendimento adequado em grau recursal se permitida a produção de provas acerca dos fatos que subsidiam as teses do autor e do réu, de modo a assim se tornar possível eventual julgamento em sentido diverso, em sede recursal.

A propósito, assim prevê o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz*".

Na espécie, entretanto, não se vislumbra qualquer nulidade, pois da Contestação está claro que os réus não indicaram, especificamente, a prova pericial como essencial para a elucidação dos fatos que lhe são imputados.

Ao contrário, os réus se limitaram a requerer, genericamente, a produção "*de todos os meios de prova em direito admitidos*" (f. 388), indicando preferência, na oportunidade, apenas para a produção de prova documental (vide item 6.2 da Contestação – f. 388).

A propósito, como bem observado pelo parecer ministerial, "*os próprios apelantes em sede de contestação afirmaram que a principal prova que tinham a produzir era a documental (f. 388), o que certamente foi considerado pelo juiz singular no julgamento antecipado do feito*" (f. 646).

Como cediço,

> *"(...) os requerimentos de prova devem ser feitos pelo autor, já na inicial e, pelo*

> *réu, no momento da contestação; admite-se que, após esta, quando definidos os pontos controvertidos da lide, outra oportunidade para a especificação de provas surja, no que se convencionou chamar de réplica. O Juiz, pode, ainda, intimar as partes para especificarem provas, mas tal proceder não é obrigatório.*
>
> *O que não se admite é que a parte invoque a necessidade de realização de uma prova pericial, que jamais solicitou, apenas após a prolação da sentença que lhe foi desfavorável". (*REsp 1.384.971/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 31/10/2014).

Assim sendo, sem maiores delongas, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, nos termos do voto do relator, Des. Vilson Bertelli.

A segunda preliminar de nulidade da sentença relativamente à pretensão de chamamento ao processo da Distribuidora de combustível, também não prospera, pois, em sede de embargos de declaração, o juízo *a quo* enfrentou – e refutou – a invocação da pretendida intervenção de terceiro (chamamento ao processo) – f. 565-568 –, de modo que, neste ponto, também acompanho o voto do relator.

Por fim, no tocante ao mérito, não tenho dúvida alguma em acompanhar o voto do relator, no sentido de dar provimento ao recurso do Ministério Público, para a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, já que estes, na hipótese, são induvidosamente presumidos *in re ipsa*, haja vista a lesão coletiva à direitos ou interesses difusos.

Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 458, II, DO CPC/73 – INEXISTÊNCIA – VENDA DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO – CABIMENTO – ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *V. A necessidade de correção das lesões às relações de consumo transcende os interesses individuais dos consumidores, havendo interesse público na prevenção da reincidência da conduta lesiva por parte da empresa ré, ora agravada, exsurgindo o direito da coletividade a danos morais coletivos. Com efeito, patente a configuração, no caso concreto, do dano moral coletivo, consistente na ofensa ao sentimento da coletividade, caracterizado pela espoliação sofrida pelos consumidores locais, gravemente maculados em sua vulnerabilidade, diante da comercialização de combustível adulterado.*
>
> *VI. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, consolidada no sentido de ser possível a condenação por danos morais coletivos, em sede de Ação Civil Pública, eis que "a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa". (STJ, REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro Mauro*

Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 10/12/2014). Outros precedentes do STJ: REsp 1.509.923/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 22/10/2015; AgRg no REsp 1.526.946/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/09/2015; AgRg no REsp 1.541.563/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 16/09/2015; AgRg no REsp 1.404.305/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/09/2015; REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 10/12/2014.

VII. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, afigura-se acertada a decisão ora agravada que, com fundamento na Súmula 83 do STJ, obstou o processamento do Recurso Especial.

VIII. Agravo Regimental improvido." (AgRg no REsp 1.529.892/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13/10/2016)

Outrossim, com relação ao recurso dos réus, não há dúvidas de que estes comercializaram produto impróprio para o consumo (vício do produto), já que foram inclusive autuados pela Agência Nacional do Petróleo (vide f. 454-462), conforme bem explicado pelo voto do relator.

Ademais, acerca da falta de prova suficiente dos fatos modificativos alegados pelos réus, o voto do relator é exaustivo, pois esgotou a análise das provas carreadas aos autos, não merecendo qualquer acréscimo, ou mesmo repetição de fundamentos, até mesmo para se evitar tautologia.

Sobre esse assunto, inclusive esclareceu a Agência Nacional de Petróleo - ANP, às f. 458-459, o seguinte:

"A alegação da autuada de que, no momento do recebimento do combustível não se verificou qualquer desconformidade técnica, não serve para afastar a irregularidade, uma vez que a condutividade elétrica é desconformidade verificada em análise laboratorial. Caberia à autuada solicitar a análise da amostra testemunha coletada no caminhão-tanque no momento do recebimento do produto para, assim, comprovar que recebeu o produto contaminado da distribuidora." (f. 458-459)

Por fim, no tocante à forma de publicidade a ser conferida pela sentença, também reputo razoável a solução adotada pelo relator (publicação em órgãos oficiais), haja vista o considerável decurso de tempo (mais de 10 anos) desde a ocorrência dos fatos descritos na inicial; razão pela qual também reputo ser necessário o provimento parcial do recurso dos réus, apenas neste ponto.

Diante do exposto, em parte com parecer, rejeito as preliminares de nulidade da sentença; conheço o recurso interposto por Corujão Posto de Serviço Ltda, João Deoni da Silva e Geise Helena da Silva e dou-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Ainda, também conheço recurso do Ministério Público Estadual e dou-lhe parcial provimento, também nos termos do voto do relator.

Por maioria, rejeitaram a preliminar, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal (Des. Alexandre) que acolhia a preliminar. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Alexandre), após o relator e o 1º vogal darem parcial provimento aos recursos.

VOTO (EM 25/07/2018)

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

Passo ao mérito.

Como dito acima em relação à preliminar de cerceamento de defesa em que fui voto vencido, a tese de defesa funda em dois pontos essenciais, quais sejam, de que o material coletado já veio adulterado pela distribuidora, bem como, realizado após 18 dias ao da coleta e em outra localidade (Brasília - DF) e sem a presença da parte recorrente.

De outro lado, há a tese da parte autora, mais precisamente, que consta como causa de pedir da ação proposta pelo Ministério Público, o fato da realização da vistoria pela agência reguladora e onde constatado irregularidade no combustível revendido pela requerida/apelante.

Da conjugação da tese da acusação e da defesa se infere que não se nega a desconformidade do material, contudo, o fato controverso está quanto ao momento em que ocorreu a desconformidade, mais precisamente, se ocorreu por fato imputado ao posto, à revendedora ou por fato externo.

Fato externo porque consta pela cartilha fornecida pela Agência Nacional de Petróleo, o seguinte: "*problemas na produção e/ou armazenamento podem provocar alteração do ph e da condutividade do álcool hidratado - AEHC*"; este dado é relevante porque entre a coleta do combustível e sua análise transcorreram 18 (dezoito) dias e com transporte para realização do teste a uma distância aproximada de mil quilômetros.

Não se está a dizer que o transporte e armazenamento pela agência reguladora seja causa segura desta alteração, mas também, não há certeza de que quando da coleta já estivesse adulterado no tanque do posto de combustível.

Quando se fala em fato imputado ao posto de combustível é porque se traz tese de defesa de que esta adulteração seja generalizada, ou seja, tenha advindo diretamente da distribuidora e, nem sem diga que a responsabilidade é solidária pelo CDC, porque entre a distribuidora e o posto de combustível não se fala em relação de consumo, por ausência de elemento essencial do tal "consumidor final", como exige o art. 2º da Lei nº 8.078/90 e, ademais, não estamos diante de dano ambiental a justificar a responsabilidade integral e solidária (teoria do risco integral – quem aufere cômodos que suporte os incômodos), mas sim, de ação onde pede punição a empresa por ofensa a regra técnica e administrativa imposta por agencia reguladora, onde não há lei específica em atribuindo responsabilidade solidária entre o posto e a revendedora. Assim, a identificação da autoria é elemento essencial, a fim de que a pena não ultrapasse a pessoa do infrator, o que é vedado por norma constitucional (inciso XLV do art. 5º da CF/88).

Então, não podemos dizer de forma segura de onde partiu a adulteração, ou seja, de conduta do posto de combustível ou por fato de terceiro (a distribuidora).

A consequência processual da ausência de prova segura de fato imputado ao posto, à revendedora ou por fato externo significa dizer que o autor, a quem lançou o fato constitutivo por meio desta ação cabia o ônus da prova quanto a estes fatos.

Explica-se.

O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas quem assume o risco caso não se produza. A regra do ônus somente incidirá caso o fato não esteja provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu.

Nas palavras de José Frederico Marques:

> *"(...) na realidade, a questão do ônus da prova surge principalmente quando se verifica, afinal, a ausência ou precariedade das provas".* (Manual de Direito Processual Civil"; 1ª edição; Editora Bookseller, Campinas, 1997; volume II, p. 218)

Ainda:

> *"(...) as norma pressupõe-se conhecidas do juiz, mas a instrução pode não esclarecer os fatos relevantes e controvertidos do processo. Ainda assim, o juiz tem o dever de julgar, sendo-lhe vedado pronunciar lom liquet. Desta forma, mesmo que o juiz não se convença acerca da realidade fática discutida no processo, ele deve pronunciar uma sentença pondo fim à lide. Tal é a função da regra de julgamento fundada no ônus da prova".* (Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. O ônus da prova no direito processual civil. Coleção de Estatuto de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 135)

Igualmente pelo STJ:

> *"(...) O ônus da prova é da parte (art. 333, CPC). O juiz somente tomará a iniciativa quando o conjunto probatório cause dúvidas ou perplexidades, de regra, devendo julgar segundo o alegado pelas partes ("iudex secundum allegatta et probata partium iudicare debet"). Em contrário, a regra (art. 333, CPC) ficaria derruída, impondo-se ao Juiz suprir a inatividade da parte"* (Recurso Especial nº 108824/RS. Relator Ministro Milton Luiz Pereira).

Ocorre que a regra do ônus da prova impõe ao Autor a demonstração da veracidade deste fato constitutivo trazido na petição inicial, mormente, de que o material não teria sofrido alteração com o transporte e pelo decurso de tempo, bem como, pela ausência de indicação da responsabilidade da distribuidora.

Veja-se o disposto no artigo 373, I do CPC:

> *"Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".*

Forte neste sistema do ônus probatório do Código de Processo Civil, se a parte que trouxe fato constitutivo (adulteração de combustível) e somente alegou e nada provou a respeito do fato de terceiro e de ter ocorrido por fator externo, deixou incidir o princípio: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*) ou, ainda, o princípio jurídico de "*as palavras faladas o vento leva*".

E mais ainda, corrobora a improcedência do pedido, o fato de que consta nos autos (f. 162-163 e f. 195-199), que dois dias antes da inspeção foi emitido "Boletins de Conformidade" do produto, o que revela que ao mesmo tempo que autor traz prova de desconformidade, o requerido traz prova de conformidade e este placar de zero a zero, no mundo processual leva à improcedência do pedido em razão da aplicação da regra do ônus da prova do art. 373, I do CPC.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento ao recurso de apelação para julgar improcedente o pedido contido na petição inicial.

Por maioria, rejeitaram a preliminar, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal que a acolhia. Por maioria, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal que negava provimento ao apelo ministerial e dava provimento ao recurso de Corujão e outros. Assim, fica

adiada a conclusão de julgamento, em face da necessidade de convocação de novos membros, nos termos do art. 942, do CPC.

VOTO (EM 15/08/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (3° vogal)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Corujão Posto de Serviço Ltda, João Deoni da Silva, Geise Helena da Silva e Ministério Público Estadual, na Ação Civil Pública, de nº 0056308-34.2009.8.12.0001, em que contendem entre si.

A sentença objurgada julgou parcialmente procedente o pedido inicial, conforme se infere do dispositivo:

> *"(...) a) a obrigação de não fazer, consistente em se absterem de promover a venda e comercialização de combustíveis em desacordo com as normas regulamentares expedidas pela Agência Nacional do Petróleo ANP, adulterados ou de qualquer outra forma impróprios para o consumo, sob pena de pagamento de multa por evento comprovado, no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), revertida ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos do Consumidor;*
>
> *b) ao ressarcimento dos valores pagos pelos consumidores com a aquisição de álcool etílico hidratado adulterado, com juros e correção monetária, na forma do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, bem como arcar com perdas e danos patrimoniais em relação a todos os consumidores que, em liquidação de sentença, demonstrarem nexo de causalidade com a lesão provocada;*
>
> *c) a publicar, por duas vezes, a parte dispositiva desta sentença em jornal de grande circulação nesta cidade, na forma contida no item "9" de f. 57. (...)'*

O i. relator, por seu turno, conheceu dos recursos interpostos, rejeitando as preliminares, e deu parcial provimento ao recurso do autor para condenar o réu ao pagamento de danos morais coletivos em R$ 25.000 (vinte e cinco mil reais), bem como deu parcial provimento ao recurso dos réus, apenas para substituir a publicação da sentença em jornais para publicação em órgãos oficiais pelo período de 15 (quinze) dias.

O 2º vogal, por sua vez, acolhe a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, conhece e dá provimento ao recurso de apelação dos réus para julgar improcedente o pedido contido na petição inicial, ficando prejudicado o recurso do autor.

Passo ao exame da preliminar de cerceamento de defesa.

Compulsando os autos, verificam-se os seguintes atos daquele juízo:

> *- Decisão que indefere a liminar – f. 315-316;*
>
> *- Despacho mantendo a decisão agravada (f. 315-316) e aguarda o julgamento – f. 393;*
>
> *- Despacho que defere pedido de vista – f. 444;*
>
> *- Despacho referente a criação da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos;*

- Despacho incluindo a Agência Nacional do Petróleo – ANP no pólo ativo e manifestar acerca dos documentos acostados – f. 464;

- Despacho dando ciência da decisão proferida no agravo de instrumento nº 1407654-62.2015.8.12.0000, interposto pelo Ministério Público, que foi recebido somente no efeito devolutivo e, em juízo de retratação, mantenho a decisão agravada, bem com o determinando vista ao Ministério Público para manifestar-se sobre os documentos juntados às f. 196-200, em dez dias – f. 495;

- Despacho de vista ao Ministério Público para manifestar-se acerca da petição de f. 497-498 e anotação do procurador indicado na petição de f. 501 – f. 513;

- Sentença – f. 519-529;

- Sentença dos embargos de declaração – f. 565-568.

Ora, claramente destas informações denota-se a ausência de intimação das partes para indicarem as provas que pretendem produzir, quando tanto autor (f. 59 – item 15) como réus (f. 388 – item 6.2) apontaram em suas peças a pretensão de produção de provas.

Como bem ressalto o i. Des. Alexandre Bastos não se mostra inútil a produção de provas de que o produto já veio da distribuidora com adulteração, por se estar diante da responsabilidade solidária (art. 7º, parágrafo único do CDC – Lei nº 8.078/1990), em que não tem como parte consumidor, embora os direitos defendidos decorram dos consumidores, mas sim uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual visando responsabilização administrativa do apelante.

Diante do exposto, acompanho o voto do i. 2º vogal para acolher a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito

Caso superada a preliminar, em função inclusive do cerceamento da ampla produção de prova, uma vez que limitadas no juízo singular, a demanda não merece acolhimento, senão vejamos.

Isto porque, os litigantes não negam a desconformidade do material, sendo controverso o momento em que ocorreu a desconformidade, mais precisamente, se ocorreu por fato imputado ao posto, à revendedora ou por fato externo.

À míngua de provas produzidas não há como dizer que o transporte e armazenamento pela agencia reguladora fosse a causa segura desta alteração, todavia, também é incerto de que quando da coleta o combustível estivesse adulterado no tanque do posto.

Os "boletins de conformidade" do produto emitido dois dias antes da inspeção (f. 162-163 e f. 195-199), revelando a dualidade de ao mesmo tempo que autor traz prova de desconformidade, o requerido, por seu turno, faz prova de sua conformidade.

Diante deste impasse remanesce a dúvida para afirmar de forma segura de onde partiu a adulteração, ou seja, de conduta do posto de combustível ou por fato de terceiro (a distribuidora), logo a parte autora não comprovou o fato constitutivo do seu direito nos moldes do art. 373, inciso I, do CPC.

Diante do exposto, peço vênia ao i. relator para acompanhar o 2º vogal para dar provimento ao recurso e julgar improcedente o pedido inicial.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (4° vogal)

Acompanho o i. relator, rejeitando as preliminares e dando parcial provimento ao recurso interposto por Corujão Posto de Serviço Ltda. e conhecendo e dando parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, nos termos delineados no voto condutor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioira, rejeitaram as preliminares e deram parcial provimento aos recursos, vencidos o 2º e 3º vogais, que acolhiam a preliminar e davam provimento aos recursos de Corujão Posto de Serviço Ltda e outros e negavam provimento ao recurso do Ministério Público, nos termos do art. 942, § 1º, do CPC.

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, Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

***

4ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1410735-10.2017.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO – REJEITADA – MÉRITO – VIOLAÇÃO À SÚMULA 150 DO STF – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – NORMA NÃO VIOLADA – AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ANEEL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – NÃO VIOLAÇÃO À LEI 7.347/85 – DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – VIOLAÇÃO À LEI 8.987/95 E 9.427/96 – SUSPENSÃO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA A DÉBITO ORIUNDO DE FALHA/DEFEITO NO MEDIDOR – HIPÓTESE DIVERSA DA PROIBIÇÃO PARA DÉBITO PRETÉRITOS – PEDIDO PROCEDENTE.

Não há falar em utilização de ação rescisória como sucedâneo de recurso de apelação se indica a razão pela qual entende haver violação expressa a norma jurídica, devendo o pedido ser examinado no mérito.

Embora a ANEEL seja órgão regulamentador e fiscalizador das concessionárias do serviço de energia elétrica, no caso presente em que se discutiu a responsabilidade sobre os medidores de energia elétrica, a competência limita-se à concessionária local, não havendo violação a qualquer norma de competência no ordenamento jurídico.

Não há falar em violação à Lei nº 7.347/85 tendo em vista que não foi defendido direito individual, mas direitos individuais homogêneos referente a todos os consumidores na mesma situação (origem comum).

Contudo, há violação à Lei nº 8.987/95 e Lei nº 9.427/96, tendo em vista que ambas permitem a suspensão do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento do usuário. É preciso que seja feita distinção entre suspensão em razão de débito pretérito e suspensão em razão de débito inadimplido por falha/defeito no medidor.

A primeira hipótese é proibida tanto pela Resolução Normativa 414/2010 quanto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o débito pretérito, segundo o artigo 172, § 2º, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL é aquele cobrado após o prazo de 90 (noventa) dias contado da data da fatura vencida e não paga, salvo comprovado impedimento de sua execução por motivo justificável.

Contudo, a segunda hipótese pode gerar distorções, porquanto se a falha ou defeito decorrer de fraude, não há qualquer ilegalidade na suspensão do serviço e a fraude é matéria probatória que dependerá da análise de cada caso concreto.

Pedido julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 30 de julho de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A (Enersul) propõe ação rescisória com pedido de antecipação de tutela, objetivando a desconstituição da coisa julgada que recai sobre o acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul nº 0003254-40.2007.8.12.0029 em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Defende a nulidade do acórdão rescindendo em razão de ter sido proferido, em tese, por Tribunal absolutamente incompetente, conforme artigo 966, II, do Código de Processo Civil. Aduz que:

> *"ao contrário do quanto restou consignado ao longo da demanda de origem, compete à Justiça Federal o exame da ação civil pública proposta pelo MP em vista do manifesto interesse da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) no deslinde do feito, ainda que na condição de mero assistente (o que não foi considerado pela r. decisão proferida pela Subseção Judiciária de Naviraí quando remetidos os autos para análise da questão)".*

Argumenta que o acórdão também é nulo por violação ao artigo 485, VI, do CPC, porquanto o pedido central formulado é a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 456/00 da ANEEL, de modo que a condenação da autora na obrigação de fazer relativa à proibição da suspensão do fornecimento de energia em casos de fraude é mero reflexo da declaração de inconstitucionalidade.

Pondera, ainda, que há violação direta aos artigos 29 da Lei nº 8.987/95 e aos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.427/96:

> *"que dispõem que somente o ente titular do serviço público concedido (no caso, a União Federal) tem competência para disciplinar o relacionamento entre os agentes concessionários e os respectivos consumidores, cabendo somente a este determinar e fiscalizar os atos que devem ser realizados pela ENERGISA, como os casos em que se possibilita o corte no fornecimento de energia".*

Alega que:

> *"ainda que se possa falar em débito pretérito na hipótese, o que, como se verá, não se adequa às hipóteses de fraude, não prospera a limitação ao direito de suspensão ao fornecimento de energia em razão do inadimplemento de tais débitos, evidenciando-se a violação aos arts. 6º, § 3º da Lei nº 8.987/95, ao art. 17, caput e § 1º da Lei nº 9.427/96 e art. 476 do Código Civil pelo v. Acórdão Rescindendo".*

Suscita também violação aos artigos 9º, §§ 2º, 10 e 11 da Lei nº 8.987/95, porquanto, no entender do autor, a determinação de impossibilidade de corte no caso de faturas emitidos a partir da fraude no relógio medidor viola frontalmente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, criando ônus excessivos à concessionária de energia e demais usuários.

Requerem sejam concedidas as tutelas de urgência a fim de suspender os efeitos do acórdão rescindendo e, por conseguinte, seja autorizado à Energisa a realização da suspensão do fornecimento aos usuários inadimplentes.

Ao fim, pugna pela procedência dos pedidos formulados para que seja desconstituído o acórdão *"pelo fato de ele ter sido proferido por E. Tribunal absolutamente incompetente, a teor do art. 109 da Constituição Federal e do art. 966, II do CPC, com a consequente anulação dos atos decisórios praticados na demanda e a remessa dos autos à Justiça Federal para novo exame da lide, condenando-se o MP ao pagamento das verbas sucumbenciais"*.

Subsidiariamente, requer a procedência dos pedidos para que seja desconstituído o acórdão pelo fato de violar expressos dispositivos de lei e da Constituição Federal, *"com o consequente proferimento de novo v. acórdão em que seja feito o exame das relevantes questões de direito invocadas neste instrumento e reconhecida a legitimidade da suspensão ao fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento das faturas emitidas após a constatação de fraude, condenando-se o MP ao pagamento das verbas sucumbenciais"*.

Atribui à causa o valor de R$ 10.000,00. Junta as custas iniciais e demonstra haver providenciado o depósito de 5% do valor da causa, em atendimento ao disposto no art. 968, II, do Código de Processo Civil de 2015 (f. 66-75).

Em decisão monocrática, foi indeferida a tutela provisória, determinando-se a citação do réu (f. 1340-1345).

Citado, o réu apresentou contestação. Suscitou preliminar de inadmissibilidade da ação por entender não haver enquadramento no artigo 966 do Código de Processo Civil. No mérito, pugna pela improcedência do pedido formulado (f. 1350-1359).

A autora apresentou impugnação à contestação (f. 1363-1368).

Intimadas as partes a especificarem provas (f. 1370), ambas requererem o julgamento do feito (f. 1374-1378).

Em alegações finais, o réu ratificou os termos da contestação e a autora requereu a procedência do pedido formulado (f. 1387-1393).

VOTO

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

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A (Enersul), objetivando a desconstituição da coisa julgada que recai sobre o acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul nº 0003254-40.2007.8.12.0029 em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Conforme relatado, defende a nulidade do acórdão rescindendo em razão de ter sido proferido, em tese, por Tribunal absolutamente incompetente, conforme artigo 966, II, do Código de Processo Civil. Aduz que *"ao contrário do quanto restou consignado ao longo da demanda de origem, compete à Justiça Federal o exame da ação civil pública proposta pelo MP em vista do manifesto interesse da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) no deslinde do feito, ainda que na condição de mero assistente (o que não foi considerado pela r. decisão proferida pela Subseção Judiciária de Naviraí quando remetidos os autos para análise da questão)"*.

Argumenta que o acórdão também é nulo por violação ao artigo 485, VI, do CPC, porquanto o pedido central formulado é a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 456/00 da ANEEL, de modo que a condenação da autora na obrigação de fazer relativa à proibição da suspensão do fornecimento de energia em casos de fraude é mero reflexo da declaração de inconstitucionalidade.

Pondera, ainda, que há violação direta aos artigos 29 da Lei nº 8.987/95 e aos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.427/96, *"que dispõem que somente o ente titular do serviço público concedido (no caso, a União Federal) tem competência para disciplinar o relacionamento entre os agentes concessionários e os respectivos consumidores, cabendo somente a este determinar e fiscalizar os atos que devem ser realizados pela ENERGISA, como os casos em que se possibilita o corte no fornecimento de energia"*.

Alega que *"ainda que se possa falar em débito pretérito na hipótese, o que, como se verá, não se adequa às hipóteses de fraude, não prospera a limitação ao direito de suspensão ao fornecimento de energia em razão do inadimplemento de tais débitos, evidenciando-se a violação aos arts. 6º, § 3º da Lei nº 8.987/95, ao art. 17, caput e § 1º da Lei nº 9.427/96 e art. 476 do Código Civil pelo v. Acórdão Rescindendo"*.

Suscita violação aos artigos 9º, §§ 2º, 10 e 11 da Lei nº 8.987/95, porquanto, no entender do autor, a determinação de impossibilidade de corte no caso de faturas emitidos a partir da fraude no relógio medidor viola frontalmente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, criando ônus excessivos à concessionária de energia e demais usuários.

Requerem sejam concedidas as tutelas de urgência a fim de suspender os efeitos do acórdão rescindendo e, por conseguinte, seja autorizado à Energisa a realização da suspensão do fornecimento aos usuários inadimplentes.

Ao fim, pugna pela procedência dos pedidos formulados para que seja desconstituído o acórdão *"pelo fato de ele ter sido proferido por E. Tribunal absolutamente incompetente, a teor do art. 109 da Constituição Federal e do art. 966, II do CPC, com a consequente anulação dos atos decisórios praticados na demanda e a remessa dos autos à Justiça Federal para novo exame da lide, condenando-se o MP ao pagamento das verbas sucumbenciais"*.

Subsidiariamente, requer a procedência dos pedidos para que seja desconstituído o acórdão pelo fato de violar expressos dispositivos de lei e da Constituição Federal, *"com o consequente proferimento de novo v. acórdão em que seja feito o exame das relevantes questões de direito invocadas neste instrumento e reconhecida a legitimidade da suspensão ao fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento das faturas emitidas após a constatação de fraude, condenando-se o MP ao pagamento das verbas sucumbenciais"*.

Em princípio, cumpre examinar a preliminar suscitada pelo Ministério Público acerca do não cabimento da ação rescisória.

Para o réu, a ação rescisória está sendo utilizada como sucedâneo recursal, sendo certo que sua pretensão é rediscutir o mérito da causa e reexaminar a sentença rescindendo.

Pois bem. A ação rescisória tem como requisitos específicos de admissibilidade uma sentença de mérito transitada em julgado há menos de 2 (dois) anos, e se processa mediante depósito de 5% sobre o valor da causa, a título de multa. Além disso, os fundamentos do pedido rescisório devem estar entre aqueles listados nos incisos do art. 966, *caput*, do Código de Processo Civil.

No caso em apreço, a requerente pretende rescindir uma sentença de mérito com trânsito em julgado. O trânsito em julgado ocorreu em 27.10.2015 para a requerente, ou seja, dentro do prazo decadencial bienal para a propositura da ação rescisória.

No tocante aos fundamentos do pedido rescisório, consta que a autora alega violação à súmula 150 do STJ, por entender que a competência é da Justiça Federal ante a necessidade de participação da ANEEL. Ademais, alega violação ao disposto no art. 29 da Lei nº 8.987/95 e aos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.427/96; no art. 6º, § 3º da Lei nº 8.987/95, ao art. 17, caput e § 1º da Lei nº 9.427/96 e art. 476 do Código Civil; e no art. 9º, §§ 2º, 10 e 11 da Lei nº 8.987/95, à medida que o v. acórdão recorrido, em tese, esvazia por completo o poder regulamentar da ANEEL ao impor à ENERGISA conduta distinta e conflitante com as disposições contidas na legislação setorial vigente.

Assim, no seu entender, a violação literal de lei apta a sustentar o pedido rescisório há de ser clara e traduzir evidente contrariedade ao dispositivo legal ou constitucional.

Logo, encontra-se preenchido o requisito do art. 966, V, do CPC para fins de análise da pretensão autoral. A seu turno, a apreciação relativa à ocorrência ou não de afronta aos dispositivos literais da lei processual deve ser feita no julgamento de mérito da ação rescisória.

Portanto, encontram-se atendidos os requisitos específicos de admissibilidade da presente ação rescisória, motivo por que rejeito esta preliminar e passo ao exame do mérito.

Quanto ao mérito, o primeiro argumento para a rescisão do acórdão é o de que ele foi proferido por Juízo incompetente, devendo a Justiça Federal processar e julgar o feito, o que preencheria o requisito do art. 966, II, do CPC/2015, *in verbis*:

> *"Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
> *(...) II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente".*

O segundo argumento é o de que o acórdão seria nulo por violação ao artigo 966, VI, do CPC, porquanto a ação civil pública visou, primordialmente, à declaração de inconstitucionalidade da Resolução, constituindo tal o pedido principal e não a causa de pedir, o que não se admite no ordenamento jurídico.

Já o terceiro argumento recai sobre a violação aos seguintes artigos: 6º, § 3º, 9º, §§ 2º, 10, 11 e 29 da Lei nº 8.987/95, bem como, aos artigos 2º, 3º e 17, *caput* e § 1º da Lei nº 9.427/96 e ao artigo 476 do Código Civil.

Consta que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública contra a Enersul - Empresa Energética do Estado de Mato Grosso do Sul, pugnando a condenação da Concessionária i) à obrigação de não fazer consistente em não proceder à cobrança de valores e tarifas incidentes retroativamente em virtude de falha ou defeito constatado em medidores de consumo de energia elétrica, salvo mediante a produção de laudo pericial demonstrando de forma inequívoca a culpa do usuário pela falha ou defeito constatado, respeitado o contraditório e a ampla defesa; ii) a não proceder a suspensão do fornecimento da energia elétrica por débitos retroativos, ressalvada prova inequívoca de culpa do usuário pela origem dos

débitos, respeitado o contraditório e a ampla defesa; e, por fim, iii) à obrigação de devolver em dobro todos os valores recebidos a título de incidência retroativa de tarifa de energia elétrica, aplicada em decorrência de falha ou defeitos constatado no medidor de consumo, em razão de ilegalidades no procedimento de apuração do cálculo, imputação e cobrança dos valores.

Após regular instrução, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar a ré à obrigação de não fazer consistente em não proceder a suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude da falta de pagamento de faturas retroativas, referentes a período que constatou falha ou defeito no medidor de energia, sob pena de multa diária de R$ 3.000,00.

Ambas as partes recorreram, tendo sido negado provimento aos recursos. O acórdão restou assim ementado:

> *EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CORTE DE ENERGIA COMO FORMA DE COMPELIR O CONSUMIDOR A PAGAR DÉBITOS ORIUNDOS DE IRREGULARIDADE CONSTATADA EM MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – ÔNUS DA PROVA – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – PRELIMINARES REJEITADAS – ILEGALIDADE DO CORTE DE FORNECIMENTO – COBRANÇA MEDIANTE MEIOS ORDINÁRIOS – PRECEDENTES DO STJ – APLICAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E FINALIDADE DO ATO – PRÉVIO PROCEDIMENTO COM PERÍCIA PARA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE – RESOLUÇÃO 456/2000 DA ANEEL – REQUERIMENTO DE PERÍCIA PELO USUÁRIO – POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO POR EVENTUAL VIOLAÇÃO A DIREITO OU ABUSO DE PODER – IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAR À CONCESSIONÁRIA O DEVER DE CONFECCIONAR PRÉVIO LAUDO – RECURSOS CONHECIDOS E IMPRÓVIDOS.*
>
> *I - O fato de ser possível determinar individualmente os titulares dos direitos tidos como lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva.*
>
> *II - O corte do fornecimento de energia elétrica como forma de compelir o usuário ao pagamento de supostos débitos pretéritos, oriundos de suspeitas de irregularidades do medidor de energia ou lacre de segurança, não é legítimo, uma vez que ultrapassa os limites da legalidade. Precedentes do STJ.*
>
> *III - A multa cominatória deve ser fixada em montante suficiente a convencer a parte a entender que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem judicial.*
>
> *IV - Inviabilizar a cobrança de valores eventualmente aferidos pela concessionária-ré como devidos em razão de irregularidade em medidor de energia elétrica, mediante prévia confecção de laudo pericial não se mostra adequada, já que eventual interesse do usuário, que se considerar prejudicado, poderá ser contestado administrativamente ou trazido ao Poder Judiciário, visando coibir suposto abuso ou violação de direito.*

A respeito da declaração de inconstitucionalidade, não há fundamento jurídico para rescindir o acórdão porquanto os pedidos na inicial da Ação Civil Pública não recaíram sobre a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma, tampouco ensejam a intervenção da ANEEL, não havendo falar em incompetência.

Em análise ao documento de f. 123, denota-se que o Ministério Público, como pedidos finais da ação civil pública, pugnou pela condenação da Concessionária à obrigação de não fazer consistente em não proceder à cobrança de valores e tarifas incidentes retroativamente em virtude de falha ou defeito constatado

em medidores de consumo de energia elétrica; à obrigação de não fazer consistente em não proceder à suspensão do fornecimento de energia elétrica e à obrigação de devolver em dobro aos consumidores todos os valores recebidos a título de incidência retroativa da tarifa de energia elétrica aplicada em decorrência de falha ou defeito constatado no medido de consumo.

Extrai-se, ainda, da inicial que o Ministério Público não pede a invalidação dos artigos esculpidos pela Resolução, ao contrário, discute a forma de interpretação e aplicação, confrontando-as com a disposições da legislação aplicável e com as normas do Código de Defesa do Consumidor, o que, ao menos em uma primeira análise, não autoriza o ingresso da Agência Reguladora, tampouco desloca a competência à Justiça Federal.

É certo que ANEEL é órgão regulamentador e fiscalizador das concessionárias do Serviço de Energia Elétrica. No entanto, no caso em testilha, em que se discutiu a responsabilidade dos medidores de energia elétrica, a competência para tanto limita-se à concessionária local, nos termos do art. 33, da Resolução nº 456/2000 da ANEEL.

Não obstante, não se pode olvidar que em nenhum momento a Agência Reguladora sinalizou interesse em sua admissão na relação processual, porquanto desnecessário revolver discussão quanto sua condição de assistente, inexistindo razão para se falar em competência da Justiça Federal.

Com relação à inadequação da via eleita, esta igualmente não prospera e não representa qualquer violação à Lei nº 7.347/85. Isso porque a demanda não visou a buscar tutela de interesse individual, mas a defesa de todos os consumidores atingidos pela empresa e que se encontram na mesma situação. Trata-se, pois, do chamado direito individual homogêneo, também chamados *"direitos acidentalmente coletivos"* por José Carlos Barbosa Moreira, são aqueles que decorrem de uma origem comum, possuem transindividualidade instrumental ou artificial, os seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível e admite reparabilidade direta, ou seja, fruição e recomposição individual

Ao fim, no que tange à violação às Leis 8.987/95 e 9.427/96, deve ser feita análise mais apurado.

O artigo 6º da Lei nº 8.987/95 preconiza que é possível proceder a interrupção do serviço de energia elétrica em caso de inadimplemento do usuário, vejamos:

> *Art. 6º: Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas*
>
> *pertinentes e no respectivo contrato.*
>
> *§ 1º: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*
>
> *§ 2º: a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.*
>
> *§ 3º: Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:*
>
> *I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e*
>
> *II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da comunidade*

Por sua vez, a Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, também permite a suspensão do serviço de energia elétrica, senão, vejamos o teor do artigo 17:

> *Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.*
>
> *§ 1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida.*

No acórdão que manteve a sentença, destacou-se que a inadimplência discutida na ação civil pública referia-se apenas a diferenças de consumo decorrentes de rompimento de lacre ou defeito constatado em medidor de energia.

Entendeu-se que o corte do fornecimento de energia elétrica como forma de compelir o usuário ao pagamento de supostos débitos pretéritos, oriundos de suspeitas de irregularidades do medidor de energia ou lacre de segurança, não é legítimo. Diante disso, conclui-se que seria atribuível à própria concessionária a responsabilidade pelo erro na medição.

Finalmente, se a deficiência na medição ocorrer por responsabilidade não atribuível ao consumidor ou à concessionária, incide o disposto no art. 71 da Resolução nº 456/00 (posteriormente substituída pela Resolução nº 414/10), *in verbis*:

> *"Art. 71. Comprovada deficiência no medidor ou demais equipamentos de medição e na impossibilidade de determinar os montantes faturáveis por meio de avaliação técnica adequada, a concessionária adotará, como valores faturáveis de consumo de energia elétrica e de demanda de potência ativas, de energia elétrica e de demanda de potência reativas excedentes, as respectivas médias aritméticas dos 3 (três) últimos faturamentos".*

Ocorre que não é possível determinar, de forma genérica, a proibição de suspensão a todos os usuários que estejam inadimplentes em caso de falha/defeito medidor de energia, eis que os consumidores se beneficiam do consumo menor e não só podem, como devem se atentar para a modificação dos índices, o que é facilmente perceptível pela análise das faturas de energia elétrica.

Existem casos, pois, em que todo o procedimento da medição é acompanhado pelo consumidor, outros não. Não é possível também presumir que a autoria da fraude não seja atribuível ao consumidor.

A respeito da suspensão do serviço quanto a débito pretérito, há muito já sedimentou o Superior Tribunal de Justiça acerca da impossibilidade, vejamos:

> *ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CORTE NO FORNECIMENTO – DÉBITO PRETÉRITO – IMPOSSIBILIDADE – FRAUDE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCABIMENTO. 1. O Tribunal de origem considerou impossível a suspensão de energia elétrica por se tratar de débitos antigos, entendendo, ainda, pela procedência do pleito indenizatório, mesmo em face da ocorrência de fraude. 2. Conquanto o usuário tenha resguardado o seu direito ao fornecimento de energia por se tratar de débito pretérito, mesmo na hipótese de ter ele fraudado o aparelho medidor, não se pode, por outro lado, prestigiá-lo com o recebimento de indenização por um suposto dano moral sofrido em razão de suspensão do serviço que se operou em decorrência de sua má-fé. Ou seja, o simples fato de a jurisprudência desta Corte afastar a possibilidade do corte de energia em recuperação de consumo não-faturado não tem o condão de outorgar ao usuário, que furtou energia elétrica, o direito a reclamar a responsabilização da companhia fornecedora pelos danos morais eventualmente suportados. 3. Recurso especial parcialmente provido.* (STJ. Resp 1070060/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/02/2009).

Contudo, diversa é a hipótese da sentença da ação civil pública, que proibiu a suspensão a todos os casos de falta de pagamento de faturas, referentes a período que constatou falha ou defeito no medidor de energia.

Tal distinção é fundamental: suspensão em razão de débito pretérito x suspensão em razão de débito inadimplido por falha/defeito no medidor.

Repise-se que a primeira hipótese é proibida tanto pela Resolução Normativa 414/2010 quanto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o débito pretérito, segundo o artigo 172, § 2º, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL é aquele cobrado após o prazo de 90 (noventa) dias contado da data da fatura vencida e não paga, salvo comprovado impedimento de sua execução por motivo justificável.

Contudo, a segunda hipótese pode gerar distorções, porquanto se a falha ou defeito decorrer de fraude, não há qualquer ilegalidade na suspensão do serviço e a fraude é matéria probatória que dependerá da análise de cada caso concreto.

Destaca-se que a concessionária possui procedimento padronizado para constatação da irregularidade, devendo, inclusive, por obrigação legal, emitir aviso prévio. Dessa feita, considerando que o acórdão impugnado (o qual manteve a sentença) tratou, de forma igual, duas situações distintas, entendo que houve violação à lei federal, notadamente ao artigo 6º da Lei nº 8.987/95 e ao artigo 17 da Lei 9.427/96.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial para rescindir o Acórdão nº 0003254-40.2007.8.12.0029 e julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial da referida ação civil pública. Em decorrência extingo o processo com resolução do mérito, conforme o art. 485, I, do Código de Processo Civil. Deixo de condenar o réu ao pagamento de custas e despesas processuais, haja vista que a parte é o Ministério Público, sendo ação rescisória decorrente de ação civil pública, devendo ser observado o disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer.

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 30 de julho de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0001423-71.2008.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – REGRA DE INSTRUÇÃO – PRECLUSÃO – STF – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 61-A E 67 DA LEI Nº 12.651/12 – APLICAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em matéria ambiental, têm incidência a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII, do CDC ou nos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, em função das especificidades do caso concreto.

A inversão do ônus da prova se trata de regra de instrução, *"devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos"*. (Segunda Seção. EREsp 422.778-SP.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, vem manifestando pela *"constitucionalidade dos artigos 3º, XIX; 4º, III, e § 1º e § 4º; 4º, § 5º e § 6º; 5º, caput, § 1º e § 2º; 8º, § 2º; 12, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º e § 8º; 13, § 1º; 15; 44; 48, § 2º; 61-A; 61-B; 61-C; 62; 63; 66, § 3º, § 5º e § 6º; 67; 68; 78-A; ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões "gestão de resíduos" e "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais e internacionais", contidas no art. 3º, VIII, b; das expressões "demarcadas" e "tituladas", contidas no art. 3º, parágrafo único; da expressão "realizada após 22 de julho de 2008", contida nos arts. 7º, § 3º, e 17, caput e § 3º; e dos arts. 59 e 60, todos da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal)*."

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, negar provimento, contra o parecer.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Ministério Público Estadual apela a este Tribunal, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública ambiental ajuizada em desfavor de Ana Maria Cherri.

Alega que a decisão deve ser reformada, eis que entende serem inconstitucionais os artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, por ferirem os artigos nº 225, *caput*, § 1º, I, III, § 3º; e 186, II, da Constituição Federal, conforme já decidido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, requerendo o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Argumenta, que, mormente não tendo sido determinada a inversão do ônus da prova, o que deveria ter sido feito, não restaram analisadas as seguintes questões: a existência ou não de área consolidada e que exerce atividades agrossilvipastoril, de ecoturismo ou de turismo rural na propriedade reclamada; e, a quantidade de mata nativa afirmada como existente na propriedade, seria a mesma existente em 22 de julho de 2008 a fim de ser considerada reserva legal reduzida/isentada; aduzindo que caberia à apelada provar que sua propriedade está de acordo com as normas ambientais e que preenche os requisitos legais para obtenção de determinado benefício, sob pena de lhe ser imposta obrigação de constituir reserva legal no importe de 20% da área.

Sustenta que a mera declaração unilateral contida no CARMS, que sequer foi aprovado pelo IMASUL, foi considerada suficiente para provar que a apelada estaria dispensada de recompor a reserva lega, autorizando-a a possuir reserva legal reduzida.

Requer:

> *"1 - Seja declarada a inconstitucionalidade incidental do artigo 67 da Lei 12.651/12, determinando que o apelado readéque o CARMS 0006203;*
>
> *2 - Caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, seja determinada a inversão do ônus da prova, reconhecendo como não provado que as propriedades tenham áreas consolidadas, bem como reconhecendo que a apelada não provou que a mata encontrada em sua propriedade é nativa e que a quantidade é a mesma que a encontrada em 22 de julho de 2008, compelindo-o a possuir área de reserva legal no importe de 20% (vinte por cento) do tamanho de sua propriedade, retificando as informações contidas no CARMS 0006203".*

Contrarrazões (f. 241-48), pugnando pelo desprovimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer (f. 256-62), opinando pelo provimento do recurso de apelação.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Ivinhema, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública ambiental ajuizada em desfavor de Ana Maria Cherri.

Conforme relatado, a sentença julgou improcedentes os pedidos.

Inversão do ônus da prova:

Inicialmente, no tocante ao requerimento do apelante, de reforma da sentença, com vistas a ser declarado a inversão do ônus da prova, impende observar que, muito embora o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da alteração legislativa trazida pelo novo CPC, já tenha decidido que, em matéria ambiental, têm incidência a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, VIII, do CDC ou nos princípios da

precaução e do *in dubio pro natura*, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, em função das especificidades do caso concreto; faz-se necessário salientar que aquela Corte Superior passou a adotar o entendimento de que a inversão do ônus da prova se trata de regra de instrução, *"devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos"*. (Segunda Seção. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Minº João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Minº Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012).

Portanto, não tendo o apelante se manifestado após o despacho de f. 209, requerendo a inversão, a questão resta preclusa.

Dessa forma, não se conhece do requerimento de declaração da inversão do ônus da prova.

Mérito:

Alega o apelante a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, por ferirem os artigos 225, *caput*, § 1º, I, III, § 3º; e, 186, II, da Constituição Federal.

Inobstante, em consulta ao Supremo Tribunal Federal, vê-se que está sendo julgada a Ação de Declaratória de Constitucionalidade nº 42, tendo o relator já proferido o seu voto para julgar parcialmente procedente a ação para:

> *"i) declarar a constitucionalidade dos artigos 3º, XIX; 4º, III, e § 1º e § 4º; 4º, § 5º e § 6º; 5º, caput, § 1º e § 2º; 8º, § 2º; 12, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º e § 8º; 13, § 1º; 15; 44; 48, § 2º; 61-A; 61-B; 61-C; 62; 63; 66, § 3º, § 5º e § 6º; 67; 68; 78-A; ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões "gestão de resíduos" e "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais e internacionais", contidas no art. 3º, VIII, b; das expressões "demarcadas" e "tituladas", contidas no art. 3º, parágrafo único; da expressão "realizada após 22 de julho de 2008", contida nos arts. 7º, § 3º, e 17, caput e § 3º; e dos arts. 59 e 60, todos da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal), pediu vista antecipada dos autos a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Plenário, 8.11.2017."*

Portanto, não há falar em inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal).

A propósito, tal questão já foi objeto de apreciação desta Quinta Câmara Cível:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – IRREGULARIDADES AMBIENTAIS – ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO TAC – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – VERIFICAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO ACORDO CONFORME ANÁLISE DAS PROVAS NOS AUTOS – ARTIGO 61-A DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO DECLARADA – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 01. O compromisso de ajustamento é um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei. 02. Ocorre que se houve verificação, por meio de ofícios expedidos pela Secretaria responsável, do cumprimento das medidas estabelecidas, não deve ser executado o Termo de Ajustamento de Conduta, devendo ser extinto o feito. 03. No caso, o PRAD – Programa de Recuperação da Área Degradada foi devidamente apresentado, tendo o agravante tomou medidas efetivas, tanto que em relatório posterior, foi reconhecida a recuperação da Área da Preservação Permanente. 04. Ademais, o Código Florestal (artigo 61-A) obriga a recomposição de área de apenas cinco metros*

> *contados da borda da calha do leito regular em propriedade com área de até 01 módulo fiscal, exatamente esta a extensão da propriedade em exame. Tal dispositivo é aplicável, vez que não teve sua inconstitucionalidade formalmente declarada. 05. Recurso conhecido e provido".* (destaquei – TJMS. AI nº 1408908-95.2016.8.12.0000. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. Quinta Câmara Cível. J: 31.1.2017)

Dessa feita, tratando o Código Florestal de Lei de aplicabilidade imediata, aplica-se ao caso os benefícios estipulados nos arts. 61-A e 67 do Novo Código Florestal, que desobrigam a averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel e isentam os proprietários de imóveis rurais de recompor área de reserva legal em áreas de até quatro módulos fiscais, no que se enquadra o presente caso, eis que o imóvel em questão possui área de 61,7029 hectares, o que representa 2,04 módulos fiscais.

Por sua vez, a alegação de que a apelada não provou que a mata encontrada em sua propriedade é nativa e que a quantidade é a mesma que a encontrada em 22 de julho de 2008, os documento de f. 198-201 e 207, do Cadastro Ambiental Rural de Mato Grosso do Sul, informam que: i) a área total levantada do imóvel não era diferente de 22 de julho 2008 (f. 198); ii) a reserva legal do imóvel está submetida à legislação do período de 22/07/2008 (f. 199); possui área remanescente de vegetação nativa de 4,5669ha (f. 199); área de preservação permanente de 1,4690ha (f. 199); e área de curso d'água natural perene ou intermitente de 1,4690ha.

Insta frisar, ademais, que o profissional, responsável técnico, possui cadastro para a realização do Cadastro Ambiental Rural, respondendo perante o órgão responsável, caso sejam apuradas quaisquer informações não verdadeiras inclusas no documento.

Por fim, apenas a título de observação, observa-se que a ação civil pública de obrigação de fazer ajuizada pelo Ministério Público objetivou *"seja juntado aos autos o "Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD), devidamente protocolizado junto ao órgão ambiental estadual e/ou federal, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da citação a fim de impelir a requerida a cumprir a obrigação de fazer, consubstanciada na recuperação da área degradada de sua propriedade"* (sic – f. 4).

Entretanto, segundo o TAC anexado aos autos pelo próprio autor (f. 38-40), pode-se verificar a previsão das cláusulas quarta e quinta, *verbis:*

> *"Cláusula Quarta: Em contrapartida às contribuições do compromissário,* ***as entidades participantes*** *dentro de suas atribuições constantes do programa, providenciarão a elaboração de um* ***Projeto de Recuperação da Área Degradada – PRAD"****, devidamente firmado por profissional legalmente habilitado, acompanhado da respectiva ART – Anotação de Responsabilidade Técnica, com a anuência do compromissário, visando a solução definitiva da degradação verificada em sua propriedade, consistente na falta de reserva florestal legal e de floresta de preservação permanente.*
>
> *Cláusula Quinta: Providenciado o projeto a que alude a cláusula terceira* ***o compromissário deverá executá-lo*** *(....)"* (sic – f. 39 – grifo nosso).

Portanto, a requerida/apelada se comprometeu a resgatar a área degradada, após a elaboração do PRAD pelas entidades participantes, contribuído com valores para a contratação de profissionais para realização de trabalhos técnicos (parágrafo único da cláusula terceira), o que leva à conclusão de que o objeto desta ação (obrigação de fazer) não é de responsabilidade da apelada. Porém, como tal não foi suscitado, não há que se imprimir qualquer reforma à sentença.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso interposto e, contrário ao parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 0819274-74.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – MÉRITO – CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – IRREGULARIDADE FISCAL – MEIO DE COERÇÃO PARA RECEBIMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO E DA ATIVIDADE ECONÔMICA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Não há falar em ilegitimidade passiva se houve encaminhamento de *e-mail* ao impetrante por parte da Secretaria de Fazenda, além de o Secretário ter defendido o mérito do ato, aplicando-se a teoria da encampação.

O 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, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade em Agravo nº 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.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 24 de setembro de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

S & M Comércio Varejista de Artigos Infanto Juvenil Ltda impetra Mandado de Segurança, com pedido liminar, contra ato coator praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul concernente à coerção da empresa à quitação integral de seus impostos para que não seja cancelada a inscrição estadual.

Aduz que o artigo 36, *caput,* 38, II, "a", 42, V, todos do Decreto Estadual nº 14.644/16 expressamente prevêem que o não pagamento do débito tributário imporá ao contribuinte o cancelamento de sua inscrição estadual, contudo, tal determinação inviabiliza o próprio exercício da atividade econômica.

Afirma que a jurisprudência tanto dos Tribunais Superiores quanto desta Corte são pacíficas no sentido de não admitir tal método de coação. Assevera que:

> *"A medida viola direito líquido e certo da impetrante, eis que 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 próprio execução fiscal, sob pena de estar violando o princípio do livre exercício do trabalho e da atividade econômica, insculpidos no art. 5º, inciso XIII e art. 170, parágrafo único, ambos da Constituição Federal".*

Pondera que o Órgão Especial em mais de uma Arguição de Inconstitucionalidade reconheceu que a suspensão da inscrição estadual por parte do Fisco como meio de coerção fere o princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica.

Pugna pela concessão da medida liminar *"para o fim de determinar que a autoridade coatora não efetue a suspensão ou cancelamento da inscrição estadual da impetrante, se por decorrência de pendência fiscais ou fisco-tributárias, ou, se já o fez, que efetue sua imediata reativação, sob pena da aplicação de multa diária e tipificação do crime de desobediência"*, concedendo, ao fim, a ordem para confirmar a liminar.

Houve deferimento da medida liminar pleiteada.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações à f. 65-73. Suscitou preliminar de ilegitimidade passiva, por entender que o ato coator pertence ao Superintendente de Administração Tributária. No mérito, pugnou pela denegação da segurança.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela concessão da segurança (f. 82-88).

VOTO

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por S & M Comércio Varejista de Artigos Infanto Juvenil Ltda contra ato coator praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul concernente à coerção da empresa à quitação integral de seus impostos para que não seja cancelada a inscrição estadual.

Conforme relatado, aduz que o artigo 36, *caput,* 38, II, "a", 42, V, todos do Decreto Estadual nº 14.644/16 expressamente prevêem que o não pagamento do débito tributário imporá ao contribuinte o cancelamento de sua inscrição estadual, contudo, tal determinação inviabiliza o próprio exercício da atividade econômica.

Afirma que a jurisprudência tanto dos Tribunais Superiores quanto desta Corte são pacíficas no sentido de não admitir tal método de coação. Assevera que *"A medida viola direito líquido e certo da impetrante, eis que 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 próprio execução fiscal, sob pena de estar violando o princípio do livre exercício do trabalho e da atividade econômica, insculpidos no art. 5º, inciso XIII e art. 170, parágrafo único, ambos da Constituição Federal".

Pondera que o órgão especial em mais de uma arguição de inconstitucionalidade reconheceu que a suspensão da inscrição estadual por parte do fisco como meio de coerção fere o princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica.

Pugna pela concessão da medida liminar *"para o fim de determinar que a autoridade coatora não efetue a suspensão ou cancelamento da inscrição estadual da impetrante, se por decorrência de pendência fiscais ou fisco-tributárias, ou, se já o fez, que efetue sua imediata reativação, sob pena da aplicação de multa diária e tipificação do crime de desobediência"*, concedendo, ao fim, a ordem para confirmar a liminar.

Acerca da preliminar da ilegitimidade passiva arguida pelo Secretário de Estado de Fazenda, sem maiores delongas, esta não prospera. Primeiramente porque, conforme documentos de f. 32-33, o e-mail encaminhado ao impetrante é originário de um auditor fiscal da Secretaria de Estado de Fazenda a respeito do cancelamento da inscrição estadual da empresa.

Em segundo lugar, conforme destacou o Ministério Público em seu parecer, nas informações de f. 65-72 a autoridade contestou o mérito da ação mandamental, defendendo a legalidade do ato atacado, ou seja, naquele instante tornou-se parte legítima para figurar no polo passivo, em face à chamada teoria da encampação.

Assim, rejeito a preliminar arguida e passo ao exame do mérito.

Como cediço, o mandado de segurança é a garantia constitucional apropriada *"para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"* (artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal).

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

> *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 Nº 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 consequentemente o próprio desenvolvimento da atividade econômica, como modo de coação para satisfação de crédito tributário, nos autos da arguição de inconstitucionalidade em agravo nº 1602952-22.2013.8.12.0000. O STF E STJ também já se pronunciaram acerca de atos coercitivos que visam compelir as empresas,*

1 MEIRELLES, Hely Lopes, et. al. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

> *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. 5°, XIII e art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.* (TJMS. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1600209-05.2014.8.12.0000, Capital, Órgão Especial, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 23/05/2018, p: 24/05/2018)
>
> *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 nº 1602952-22.2013.8.12.0000, Capital, Órgão Especial, Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes, j: 26/02/2014, p: 13/03/2014)

Tal entendimento vai ao encontro daquele externado pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos os precedentes:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL – SUSPENSÃO DO PAGAMENTO EM FUNÇÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DESTA CORTE: AGRG NO ARESP 277049/DF, REL. MINº BENEDITO GONÇALVES, DJE 19.03.2013. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. 2. Esta Corte Superior tem firmada a jurisprudência de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência. Precedentes. 3. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do Agravo em Recurso Especial (fls. 174-178). 4. Agravo Regimental do ESTADO DE SERGIPE a que se nega provimento.* (AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 271.151 - SE (2012/0264804-3) Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. J em 15.09.2015)

Ante o exposto, com o parecer, concedo a segurança para determinar que não seja suspensa ou cancelada a inscrição estadual da empresa impetrante, em decorrência de pendências fiscais e tributárias ou, caso já tenha ocorrido a suspensão ou cancelamento, seja reativada a inscrição. Sem custas. Sem honorários, pois não são cabíveis na espécie.

Sem custas processuais e honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 24 de setembro de 2018.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Agravo Interno nº 1404609-07.2018.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA EM *HABEAS CORPUS* – POSSIBILIDADE – EXCESSO DE PRAZO – DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – PERDA DO OBJETO CARACTERIZADA – NÃO PROVIMENTO.

Inexiste no direito processual penal brasileiro qualquer vedação que impeça o relator de julgar monocraticamente recurso cuja pretensão esteja manifestamente em confronto com súmula de Tribunal Superior – haja vista a possibilidade de aplicação analógica do art. 932, do Código de Processo Civil, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, e do art. 3º, da Lei Adjetiva Criminal.

Constatada que o alegado excesso de prazo amparava-se no não recebimento da denúncia ofertada em desfavor do paciente, e tendo sido adotada referida providência pelo julgador singelo, que deu regular prosseguimento no feito, designando audiência de instrução e julgamento para data próxima, resta caracterizada a perda do objeto da impetração anterior.

Agravo regimental em *habeas corpus* ao qual se nega provimento, dada a higidez jurídica da decisão monocrática impugnada.

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, 25 de junho de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Ney Colman Ibanes interpõe agravo interno objetivando a reforma do acórdão que julgou prejudicado o *habeas corpus* antes impetrado diante da perda superveniente do objeto.

Aduz que o instituto da decisão monocrática, prevista no Código de Processo Civil, não poderia ser utilizado para decidir em desfavor do acusado.

Argumenta que: *"tratando-se de réu preso a tramitação da ação penal deve ser célere e prioritária, o que não houve no caso em apreço" e não pode ser considerada suprida por designação de audiência devendo ser reconhecido o excesso de prazo.*

Pugna pela retratação do *decisum* ou, mantida a decisão, submissão ao órgão colegiado.

VOTO

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

Ney Colman Ibanes interpõe agravo interno objetivando a reforma do acórdão que julgou prejudicado o *habeas corpus* antes impetrado diante da perda superveniente do objeto.

Em que pese os argumentos expendidos pela agravante, mantenho meu posicionamento no sentido de que o *writ* não merece seguimento.

Primeiro, a aplicação analógica do art. 932, do Código de Processo Civil, em sede de apelação é totalmente viável, porquanto a finalidade da norma é conferir efetividade a um antigo preceito constitucional, ou seja, a necessidade de uma justiça célere, que recentemente ficou explícita no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Sobre o assunto, já reafirmou o Supremo Tribunal Federal que:

> *"(...) a norma constitucional não impede a instituição de mecanismos que visem à racionalização do funcionamento dos Tribunais, ante a necessidade de tornar dinâmica a prestação jurisdicional."*[1]

Segundo, a despeito de a Constituição Federal ter estabelecido a competência dos tribunais para o julgamento de determinados recursos,

> *"(...) não há determinação alguma no sentido que esse julgamento deve ser levado a cabo por tal ou qual 'órgão do tribunal'. Em vista disso, nenhuma restrição existe a que se confira ao relator – desde que este também é um dos órgãos do tribunal – poderes para julgar, monocraticamente, qualquer espécie de recurso. Inexiste qualquer lesão ao princípio do juiz natural nessa prática, sendo absolutamente incensurável do ponto de vista constitucional."*[2]

Assim, atendidos os requisitos aludidos pela lei, o magistrado *ad quem* não só pode como deve proceder ao julgamento monocrático.

É certo que, na esfera processual penal não há dispositivo legal semelhante ao encontrado na legislação processual civil, todavia, a circunstância não impede a sua incidência, pois art. 3º, do Código de Processo Penal, prescreve de maneira clara e precisa que *"a lei processual admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."*

De mais a mais, não há, tanto no Regimento Interno dessa Casa, quanto no Código de Processo Penal, vedação a esse respeito.

Seria um contrassenso e feriria o princípio da proporcionalidade, e outros mais, aplicar o instituto aqui discutido, tão somente, no processo civil, que tutela primordialmente o patrimônio da pessoa, em detrimento do processo penal, cujo objeto é a liberdade, bem de maior importância.

De outro lado, mantenho o posicionamento exarado quando da análise do mérito da questão posta, vez que a designação de audiência de instrução e julgamento supre a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, *in verbis*:

> *"Vistos, etc.*
>
> *Os advogados Hugo Fuso Rezende Correa e Maria de Fátima da Silva Gomes ingressam com pedido de habeas corpus, com pleito liminar, em favor de Ney Colman*

1 *HC* 88.730-9/RJ, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14/11/2006.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2007, p. 585.

Ibanes sob a alegação de que esse sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

Aduz que o paciente foi preso, aos 16 de novembro de 2017, pela prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33 e art. 35, ambos da Lei nº 11.343/06), tendo sido denunciado e apresentado resposta à acusação aos 05 de fevereiro de 2018.

Aventa excesso de prazo na formação da culpa, eis que até presente data a inicial sequer foi recebida.

A liminar foi indeferida (f. 146-147), e a autoridade coatora prestou informações (f. 157-159).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina seja julgada prejudicada a impetração (f. 162-166).

É o relatório. Passo a decidir.

Extrai-se das informações que, aos 25 de maio de 2018 foi exarada decisão interlocutória recebendo a inicial acusatória, bem como designando audiência de instrução e julgamento para o dia 26 de junho de 2018, às 16 h (f. 158), de modo que o presente pleito perdeu seu objeto, sendo que, nos termos do art. 659, do Código de Processo Penal, "se o juiz ou tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido."

Nesse passo, com base no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, aplico de maneira analógica o art. 557, do Código de Processo Civil, como permite o art. 3º, do Código de Processo Penal, e a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores[3], e julgo prejudicado o pedido de habeas corpus impetrado em favor de Ney Colman Ibanes ante a perda superveniente do objeto"

Vê-se que a irresignação do impetrante apontava o não recebimento da denúncia sendo que referida providência foi sanada pelo julgador singelo que ademais deu regular prosseguimento no feito designando audiência de instrução e julgamento para data próxima. Assim, seria indevido o não reconhecimento da perda do objeto.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno interposto por Ney Colman Ibanes.

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. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 25 de junho de 2018.

***

3 STF, AI-Ag 460.264/DF; STJ, AgRg-*HC* 51.249/DF, e *HC* 23.944/RJ.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0009190-23.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – ROUBO – ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – AUTORIA ADMITIDA – REEMBOLSO DE DÍVIDA DE JOGO OU APOSTA QUITADA – PRETENSÃO ILEGÍTIMA – CONDENAÇÃO DEVIDA – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – REDUÇÃO NECESSÁRIA – REGIME PRISIONAL – PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – ABRANDAMENTO DEVIDO – ISENÇÃO DE CUSTAS – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – PARCIAL PROVIMENTO.

Tendo o acusado admitido que ameaçou a vítima para que a mesma lhe reembolsasse valor pago a título de dívida de jogo, a absolvição pura e simples é absolutamente descabida.

A legislação civil preceitua que as dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento, mas também não autorizam a cobrança de reembolso. Assim sendo, considerando que a pretensão do acusado em reaver a quantia perdida em apostas não pode ser pleiteada perante o Poder Judiciário, inviável a desclassificação de sua conduta de roubo para exercício arbitrário das próprias razões.

Constatada a inidoneidade da fundamentação da sentença em relação a todos elementos judiciais a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal.

A pena igual ou inferior a 04 (quatro) anos, somada a primariedade e a ausência de circunstâncias judiciais negativas, autoriza a aplicação do regime inicial aberto. Interpretação do art. 33, § 2º, do Código Penal, em conformidade com a Súmula nº 719, do Supremo Tribunal Federal, e com a Súmula nº 269, do Superior Tribunal de Justiça.

Inexistindo elemento mínimo de prova quanto a hipossuficiência (nem mesmo declaração de tal condição) e sendo o acusado atendido por advogado particular durante toda a ação penal, inviável a isenção de custas processuais.

Apelação defensiva a que dá parcial provimento, ante a necessidade de adequação da sentença ao ordenamento jurídico.

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.

Campo Grande, 2 de julho de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Luciano Renato Ferreira de Souza contra a sentença (f. 128-132) que o condenou a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 75 (setenta e cinco) dias-multa, pela prática do crime do art. 157 (roubo), do Código Penal.

Sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pretende a desclassificação de sua conduta para o crime de exercício arbitrário das próprias razões; redução da pena-base ao mínimo legal; diminuição da multa imposta, isenção de custas processuais e abrandamento de regime prisional inicial (f. 154-165).

Contrarrazões pelo parcial provimento, para que seja deferida a isenção de custas processuais (f. 174-191).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo parcial provimento, para que a pena-base seja reduzida (f. 198-213).

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por Luciano Renato Ferreira de Souza contra a sentença (f. 128-132) que o condenou a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 75 (setenta e cinco) dias-multa, pela prática do crime do art. 157 (roubo), do Código Penal.

Consta na denúncia que, aos 13 de setembro de 2012, por volta das 11h18min, no Bar da Antônia, situado na Rua João Moraes Correa da Costa, Vila Nhá Nhá, em Campo Grande, mediante grave ameaça, Luciano Renato Ferreira de Souza subtraiu R$ 230,00 (duzentos e trinta reais) em espécie, da vítima Alex Martins Lopes.

No dia, hora e local mencionados, o ofendido e o acusado jogavam uma partida de sinuca, valendo R$ 2.000,00 (dois mil reais), quando este perdeu e disse que iria até a sua casa pegar o dinheiro, mas retornou na posse do revólver Jaguar, cal. 22, nº de série c04320, sem o tambor, anunciou o roubo, e ordenou a entrega de R$ 230,00 (duzentos e trinta reais) em espécie, fugindo em seguida.

Logo após, Alex compareceu na Delegacia Especializada de Roubos e Furtos (DERF), registrou o B.O. nº 572/2012, e confirmou os fatos. Interrogado, Luciano Renato confirmou o roubo, entregando a arma de fogo utilizada na prática delitiva. O revólver foi apreendido e periciado, concluindo os peritos que o objeto estava danificado e não tinha condições de efetuar disparos. A *res furtiva* não foi recuperada.

Inicialmente, Luciano Renato sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas, ou, subsidiariamente, pretende a desclassificação de sua conduta para o crime de exercício arbitrário das próprias razões.

A vítima Alex Martins Lopes foi ouvida somente na fase inquisitiva, quando disse que jogava partidas de sinuca com apostas contra o acusado, que já havia ganhado R$ 200,00 (duzentos reais). Como o dono do bar estava fechando, Luciano Renato, vulgo "Renatinho" sugeriu que fossem a um bar de seus tios, onde continuaram jogando a o acusado passou a dever R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Em dado momento, o acusado disse ao declarante que ia na casa dele pegar o dinheiro para pagar o valor devido e já retornava, onde então Alex permaneceu no bar em companhia do tio de "Renatinho", aguardando o retorno deste. Passados alguns instantes, "Renatinho" retornou se aproximou do declarante e disse para este ficar de cabeça baixa e não olhar para ele, ato continuo exigiu que o declarante passasse a carteira para ele, ordem essa que foi acatada, onde "Renatinho" pegou a carteira do declarante e subtraiu uma quantia aproximada de R$ 200,00 (duzentos reais) que estava em seu interior, posteriormente jogou a carteira do declarante no chão e mandou que ele pegasse, pagasse toda a conta do bar e sumisse dali (f. 28-29).

A testemunha Roberto Bezerra de Lima declarou que viu ambos jogando sinuca, tendo visto o acusado afirmar que iria sair para buscar o cartão para pagar a dívida oriunda da partida de sinuca. Entretanto, Luciano Renato retornou com uma arma de fogo e exigiu o valor que Alex possuía. Esclareceu que é casado com a tia do acusado (arquivo de áudio – f. 97).

Por seu turno, Luciano Renato Ferreira de Souza disse que vinha jogando sinuca com Alex desde outro bar, mas não conseguia ganhar do mesmo. Sendo que o ofendido não permitia que o acusado parasse de jogar, em razão disso, acabou tomando a atitude em questão. Relatou que não pegou o dinheiro da vítima, mas apenas pretendia restituir seu dinheiro de volta (arquivo de áudio – f. 97).

A tese absolutória não encontra respaldo sequer na declaração do acusado, que confessou a conduta de ameaçar Alex com um revólver e exigir o dinheiro que perdera apostando em partidas de sinuca. Assim sendo, fácil concluir que a conduta de Luciano Renato é antijurídica, cabendo unicamente analisar de classifica-se como roubo ou exercício arbitrário das próprias razões (tese subsidiária).

O Código Civil disciplina questões atinentes a dívidas de jogo e respectivas tentativas de reembolso:

> "*Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 815. Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar.*"

Sobre o tema, o jurista Jones Figueirêdo Alves lembra:

> "*Diante de tais consequências jurídicas, onde se torna inexequível a perda experimentada pelo jogador inexitoso, e, por outro lado, irrecuperável a quantia daquele que, vencido, satisfez voluntariamente a dívida, a lei fulmina de nulidade, de consequinte, qualquer contrato que envolva o reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo, não alcançado, porém, o terceiro de boa-fé, a cujo respeito impõe-se uma aferição complexa de tal qualidade.*"[1]

Assim sendo, ainda que realmente o acusado pretendesse somente reaver o valor perdido para o ofendido nas apostas das partidas de sinuca, evidente que a legislação cível veda a possibilidade de cobrança lícita daquele numerário.

1 SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). **Código civil comentado**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 717.

Tal ponto é imprescindível, porquanto o crime de exercício arbitrário das próprias razões somente se aperfeiçoa se o interesse buscado puder ser satisfeito pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona:

> "*Caráter da* pretensão*: há de ser um interesse que possa ser satisfeito em juízo, pois não teria o menor cabimento considerar* exercício arbitrário das próprias razões *– delito contra a administração da justiça – a atitude do agente que consegue algo incabível de ser alcançado através da atividade jurisdicional do Estado. Nessa ótica: STJ: 'Para a configuração do crime de exercício arbitrário das próprias razões é necessário que a pretensão seja legítima, o que não ocorre se o agente, mediante uso de violência ou grave ameaça, subtrai bens e exige o pagamento de juros oriundos do crime de usura'* (REsp 1.101.831-RJ, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 16.04.2009)."[2]

Neste contexto, sendo ilícita a pretensão de reembolso de Luciano, bem como reconhecida a grave ameaça empregada, absolutamente inviável a desclassificação de sua conduta para o delito do art. 345, do Código Penal.

Mantida a condenação por roubo, o acusado pretende a redução da pena-base ao mínimo legal, alegando inidoneidade da fundamentação e desproporcionalidade da exasperação. Para adequada compreensão da *quaestio*, transcreve-se análise dos elementos judiciais do art. 59, do Código Penal, empregada pela sentença (f. 131-132):

> "*A sua culpabilidade é normal a espécie; os antecedentes não são bons, sua vida pregressa registra incursões policiais e processos criminais e condenação penal; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não provou a existência de trabalho licito), fato este que evidencia ter personalidade propensa a pratica criminosa, posto que dotado de periculosidade e perseverante na pratica delitiva, e, também, denota a insensibilidade moral e desprezo pela vítima, posto que insensível ao sofrimento físico, moral e patrimonial a que a submete, em decorrência do potencial lesivo da conduta. De destacar que, a conduta de praticar crimes, causando danos a outrem, não é ato de bondade, sensibilidade e afetuosidade com a vítima, altruísmo, honestidade e ausência de ambição; que o motivo é injustificável, posto que não trabalha honestamente para auferir rendimentos para a sua subsistência, mas busca auferir vantagem as custas da vida, saúde e trabalho de outrem (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador) - (como acima dito, o acusado não provou a existência de trabalho licito); as circunstâncias são normais a espécie; que as consequências foram sérias, pois, além dos danos patrimoniais (resultado – elemento do tipo), é fato notório que a ação do condenado causa trauma psicológico na vítima, quiçá com sequelas irreversíveis (resultado – não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito.*
>
> *Bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo como pena-base para o réu em 06 (seis) anos de reclusão e para a pena pecuniária em 100 (cem) dias-multa.*"

Observa-se que a sentença estabeleceu a pena-base em 02 (dois) anos acima do mínimo legal por considerar negativos os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as consequências do crime.

De pronto, nota-se a inadmissibilidade da fundamentação mencionada para a exasperação da reprimenda inicial. Infelizmente, percebe-se nitidamente a existência de um padrão de análise atribuído indistintamente à maioria dos acusados e crimes, violando acintosamente o princípio da individualização da pena.

2 **Código penal comentado**. 13. ed., São Paulo: RT, 2013, p. 1.277.

Analisando os documentos de f. 98-102, percebe-se que o acusado não conta com nenhuma condenação definitiva por fato anterior ao denunciado, inviabilizando por completo a negativação dos antecedentes criminais.

Sendo inequívoca a primariedade do agente, absolutamente dispensável tecer maiores considerações acerca da análise da conduta social e da personalidade do agente efetuada pelo juízo *a quo*, porquanto é nítido que se baseou apenas na suposta reiteração delitiva de Luciano, algo inexistente, como visto.

Aliás, o simples fato de um acusado não provar a existência de trabalho lícito não autoriza a conclusão precipitada (como a do magistrado *a quo*) de que faz do crime um meio de vida. Afinal, por mais recomendável e enobrecedor que seja o trabalho, existem inúmeras pessoas que não exercem atividade laboral, e nem por isso são criminosos habituais.

Quanto aos motivos do crime, o julgador avaliou como desfavorável porquanto o acusado não teria demonstrado trabalho lícito e pretendia auferir vantagem indevida às custas de outrem.

Além de a comprovação (ou não) de trabalho lícito não ter qualquer ligação com os motivos do crime, inevitável reconhecer que a pretensão de vantagem indevida às custas de outrem é elemento inerente a todo e qualquer delito patrimonial.

Ademais, não fosse o bastante a impossibilidade de negativação dos motivos do crime pela intenção de auferir vantagens às custas de outrem, evidente que o juízo *a quo* adotou a mesma fundamentação (ilícita) empregada para a conduta social, incorrendo em *bis in idem* da própria ilegalidade. Assim sendo, esta circunstância deve ser afastada.

Na sequência, é nítida a abstração da análise da sentença que considerou as consequências:

> *"(...) sérias, pois, além dos danos patrimoniais (resultado – elemento do tipo), é fato notório que a ação do condenado causa trauma psicológico na vítima, quiçá com sequelas irreversíveis (resultado – não é elemento do tipo); que o comportamento da vítima nada influiu para o cometimento do ilícito".*

Tais elementos são inerentes a todo e qualquer crime de roubo, sendo dispensáveis maiores considerações para reconhecer que a fundamentação não se presta à exasperação da pena-base.

Assim sendo, levando-se em consideração os elementos judiciais mencionados, a pena-base deve ser estabelecida em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ainda que presente a atenuante da confissão espontânea, em observância à Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, torno a reprimenda definitiva neste patamar, ante a ausência de outros elementos modificadores.

Em relação ao regime prisional, o Código Penal estabelece:

> *"Art. 33. (...) § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
>
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;*

> *c)* ***o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto****.*"*(Destaques não originais)*

Sobre os efeitos da reincidência na imposição do regime prisional inicial, o jurista Guilherme de Souza Nucci leciona:

> "*Reincidência e regime fechado: a regra estabelecida no Código Penal é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento de pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante de sua pena. E tem sido posição majoritária na doutrina e jurisprudência não poder o réu reincidente receber outro regime, mormente quando apenado com reclusão, que não seja o fechado. (...) Atualmente, está em vigor a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça: 'É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'. Essa posição harmoniza-se com o entendimento de que penas curtas, quando cumpridas em regime fechado, somente deterioram ainda mais o caráter e a personalidade do sentenciado, produzindo mais efeitos negativos do que positivos.*"[3]

Não se olvida a existência da Súmula nº 719, do pretório excelso, que preceitua: "*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

Ocorre que a leitura dos dispositivos legais e dos verbetes sumulares não pode ser feita de forma isolada e descontextualizada.

Conforme mencionado na obra de Guilherme de Souza Nucci, a interpretação literal da previsão originária do Código Penal era de que todo sentenciado reincidente deveria iniciar o cumprimento de pena em regime fechado, independente do *quantum* atribuído à nova sanção.

Ao longo dos anos, a jurisprudência flexibilizou este entendimento aos condenados a penas iguais ou inferiores a 04 (quatro) anos e sem circunstâncias judiciais desfavoráveis, culminando no verbete sumular nº 269, do Superior Tribunal De Justiça.

Já a Súmula nº 719, do Supremo Tribunal Federal, deve ser interpretada com grande cautela, porquanto, embora num primeiro momento o verbete sumular passe a impressão de que qualquer regime mais severo traga a necessidade de motivação exaustiva, a própria Corte Suprema oferece a solução para a questão.

A edição de súmulas pelos Tribunais Superiores é resultado da reiteração de julgados numa determinada diretriz. Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal menciona como precedentes sumulares os *habeas corpus* 77.613/SP, 74.896/SP, 73.174/RJ, 73.068/SP, 72.937/SP, 72.589/DF, 72.106/SP, 72.381/RS, 71.190/PB, 70.662/RN, 70.784/RJ, 70.904/PE, 70.998/RJ, 70.650/ES e 69.929/SP.

Não por coincidência, todos os julgados retratam situação de acusados primários que foram condenados a regimes mais severos que os previstos em lei sem qualquer motivação ou apenas com menção à gravidade abstrata do delito.

Assim sendo, a mensagem do colegiado do Supremo Tribunal Federal é de que aos réus primários não se aplica regime mais severo que o previsto em lei, salvo motivação idônea.

No caso concreto, o acusado é primário, a pena definitiva é de 04 (quatro) anos de reclusão e não há qualquer circunstância judicial negativa, portanto, o cumprimento de pena deve ser iniciar pelo regime prisional aberto.

3 **Código penal comentado**. 10. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 340.

Por fim, Luciano sustenta que deve ser cassada sua condenação ao pagamento das custas processuais, ao argumento de ser hipossuficiente.

Neste momento, esta pretensão não pode ser atendida.

Nota-se que desde o primeiro momento o acusado foi defendido por advogado particular e não apresentou sequer uma declaração de hipossuficiência financeira ou demonstrou minimamente a impossibilidade de pagamento de custas processuais, mas somente pediu genericamente a isenção das custas processuais.

Assim como as decisões judiciais devem ser fundamentadas, os pedidos devem vir amparados em causas de pedir consistentes. Não havendo qualquer concatenação entre o pedido e os elementos dos autos, não há como acolhê-lo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Luciano Renato Ferreira de Souza, para reduzir sua pena-base ao mínimo legal e abrandar o regime prisional ao aberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 2 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000067-05.2017.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E DESOBEDIÊNCIA – RECURSO MINISTERIAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NÃO CARACTERIZADAS – CONDENAÇÃO INVIÁVEL – *QUANTUM* DE REDUÇÃO PELA ATENUANTE – DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR – APELO DEFENSIVO – DESOBEDIÊNCIA – ORDEM DE PARADA DESRESPEITADA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – TRÁFICO DE DROGAS – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – INOCORRÊNCIA – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – REDUÇÃO INVIÁVEL – INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE DIVISAS – CONDUTA EVENTUAL – QUANTIDADE DE DROGA DESTINADA AO COMÉRCIO VAREJISTA DOS ACUSADOS – DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS – REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DE PENA – ABRANDAMENTO INDEVIDO – NÃO PROVIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO.

Inexistindo provas da estabilidade, permanência e divisão de tarefas entre os acusados, inviável a condenação pelo art. 35, da Lei nº 11.343/06.

A redução da pena pelas atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea é estabelecida de acordo com a discricionariedade do julgador, sendo incabível modificação do quantum imposto na sentença quando não verificada ilegalidade.

Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico. Nesse sentido, é de ser mantida a absolvição do agente ante a prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade.

À configuração da excludente de culpabilidade da coação moral irresistível, além da presença dos requisitos legais, mister que se demonstre grave ameaça, não sendo cabível a aplicação do instituto com base em meras alegações do acusado, a fim de se eximir da responsabilidade penal.

Constatada a idoneidade da análise das circunstâncias judiciais, bem como a proporcionalidade da exasperação, inviável a modificação da reprimenda pelo Tribunal *ad quem*.

Prescindível a efetiva transposição de divisas para caracterização da causa de aumento do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, bastando que se comprove o *iter criminis* no sentido da realização do tráfico de drogas entre diferentes Estados da federação.

Ainda que primário, se os elementos de convencimento demonstram que o acusado transportava considerável quantidade – aproximadamente 145 kg (cento e quarenta e cinco quilos) de maconha – inviável o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Apelação ministerial a que se nega provimento, ante a insubsistência das alegações recursais; e recurso defensivo a que se dá parcial provimento, em razão de adequar o provimento jurisdicional aos ditames da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Quanto ao recurso ministerial: negar provimento unânime. Quanto aos recursos defensivos: prover parcialmente nos termos intermediário proferido pelo relator, vencidos, em parte, o revisor e o vogal.

Campo Grande, 9 de julho de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Adriel Vilas Boas Mata Martins e Charlie Leandro Leite Guimarães Júnior contra a sentença (f. 279-284) que condenou o segundo a 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, 15 (quinze) dias de detenção e 850 (oitocentos e cinquenta) dias-multa, e o último a 06 (seis) anos de reclusão, 15 (quinze) dias de detenção e 610 (seiscentos e dez) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei nº 11.343/06, e do art. 330 (desobediência), do Código Penal.

O *Parquet* sustenta que os acusados devem também ser condenados pelo delito do art. 35, da Lei de Drogas, bem como as atenuantes da dosimetria de pena de Charlie Leandro devem incidir em menor fração nas dosimetrias de pena (f. 308-322).

Por seu turno, Adriel e Charlie Leandro pugnam pela absolvição de ambos quanto ao delito de desobediência, por atipicidade da conduta, e de Adriel quanto ao crime de tráfico de drogas, por coação moral irresistível.

Subsidiariamente, pretendem a fixação das penas-bases no mínimo legal; afastamento da causa de aumento do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06; incidência para Charlie Leandro da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da mesma lei, na fração de 2/3 (dois terços); abrandamento de regime prisional inicial e substituição de pena (f. 324-341).

Contrarrazões pelo não provimento do recurso *ex adverso* (f. 342-350 e 366-380).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não provimento ao recurso ministerial e parcial provimento do apelo defensivo, a fim de que os acusados sejam absolvidos do delito de desobediência (f. 388-408).

VOTO

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

Trata-se de apelação interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Adriel Vilas Boas Mata Martins e Charlie Leandro Leite Guimarães Júnior contra a sentença (f. 279-284) que condenou o segundo a 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, 15 (quinze) dias de detenção e 850 (oitocentos e cinquenta) dias-multa, e o último a 06 (seis) anos de reclusão, 15 (quinze) dias de detenção e

610 (seiscentos e dez) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei nº 11.343/06, e do art. 330 (desobediência), do Código Penal.

Consta na denúncia que, em data incerta, mas anterior a 14 de dezembro de 2016, em Ribeirão Preto (SP), Adriel Vilas Boas Mata Martins e Charlie Leandro Leite Guimarães Júnior associaram-se entre si e a terceiro ainda não identificado, para o fim de promoverem o tráfico de drogas.

Já aos 14 de dezembro de 2016, por volta das 04h30min, na Rodovia BR-463, no Posto Fiscal Capey, KM 68, em Ponta Porã, Adriel e Charlie Leandro foram surpreendidos transportando 145 kg (cento e quarenta e cinco quilos) de maconha, rumo ao Estado de São Paulo.

Por fim, que na mesma ocasião, Adriel e Charlie Leandro desobedeceram ordem de parada dada pelos policiais rodoviários federais e abandonaram o veículo carregado com a droga referida, empreendendo fuga em meio ao matagal, vindo a ser capturados 12 (doze) horas depois, ocasião em que andavam pela rodovia a procura de carona.

Na madrugada de 14 de dezembro de 2016, mais precisamente por volta das 04h30min, policiais rodoviários federais realizavam fiscalização de rotina no Posto Capey, localizado na Rodovia BR-463, KM 68, momento em deram ordem de parada ao veículo GM/Monza, da cor verde, placas CWD-6219, de José Bonifácio (SP), conduzido por Charlie Leandro e tendo como passageiro Adriel.

Apesar da ordem de parada ter sido clara e dos acusados terem visto os policiais, estes não obedeceram o comando e empreenderam fuga, acelerando o veículo e furando o bloqueio.

Em seguida, os policiais iniciaram acompanhamento tático, contudo, em determinado momento Charlie Leandro e Adriel abandonaram o veículo e embrenharam-se em meio ao matagal, sendo que realizadas diligências nas imediações, não foi possível localizá-los de imediato.

Em revista ao veículo abandonado, os policiais encontraram no seu porta malas 141 (cento e quarenta e um) tabletes de maconha, que ao ser pesada, totalizou 145 kg (cento e quarenta e cinco quilos).

Com o intuito de localizar e prender os acusados, a policiais rodoviários federais manteve rondas constantes, objetivando capturar os ocupantes do veículo. Dessa forma, por volta das 16h00min do mesmo dia, na altura do KM 66 da BR-463, outra equipe policial avistou os acusados caminhando às margens da rodovia pedindo carona.

Questionados durante a abordagem, Charlie Leandro e Adriel não souberam dizer onde estavam e apresentaram nervosismo exacerbado. Indagados sobre o porquê de estarem muito sujos, os acusados acabaram confessando que naquela manhã estavam no GM/Monza e quando fugiram dos policiais adentraram na mata. Disseram que foram contratados para pegar o referido veículo em Ponta Porã e que chegando nesta cidade encontraram o veículo carregado com droga e pretendiam realizar o transporte até Barretos (SP).

Por fim, informaram que cada qual receberia R$ 2.000,00 (dois mil reais) pelo serviço.

Formalmente interrogados, Charlie Leandro disse que foi contratado pelo *facebook* para transportar o veículo GM/Monza até uma cidade que fica após Barreto (SP), entretanto, negou ciência sobre a existência da droga no porta-malas do carro. Disse, ainda, que não sabia o nome do seu contratante e nem mesmo o valor que receberia pelo serviço.

Adriel também negou a pratica delitiva alegando que apenas veio a esta região a pedido de Charlie Leandro para acompanhá-lo no transporte de um veículo. Afirmou que nesta cidade a pessoa que contratou Charlie Leandro disse que se a polícia os parasse era para abandonar o carro e correr.

Por ordem de prejudicialidade, devem ser analisados inicialmente os pedidos de absolvição de Adriel e Charlie Leandro quanto ao delito de desobediência, por atipicidade da conduta, bem como de Adriel quanto ao crime de tráfico de drogas, por coação moral irresistível.

Não há dúvidas que Adriel e Charlie Leandro trafegavam pela rodovia e receberam ordem de parada os policiais, vindo a furar o bloqueio e, posteriormente, foram localizados pelos agentes públicos.

Com efeito, o desrespeito a ordem de parada não constitui crime, vez que tal infração encontra-se consagrada no art. 195, da Lei nº 9.503/97, sendo, portanto, de natureza administrativa.

Dessarte, em homenagem ao princípio da fragmentariedade do Direito Penal, bem como por ser o mesmo a *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais, imperiosa a desconstituição da condenação de 1ª instância.

Idêntico posicionamento sufraga o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> "*Desobediência. Não acatamento à ordem de parada emanada por policial. Fuga a fim de evitar prisão em flagrante e preservar o status libertatis. Absolvição que se impõe, de ofício.*"[1]

Desta forma, deve-se decretar a absolvição de Adriel e Charlie Leandro, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em relação ao tráfico de drogas, Adriel pretende o reconhecimento da excludente de coação moral irresistível, ao argumento de que apenas em Ponta Porã tomou conhecimento de que o carro a ser transportado estava com drogas, tentou desistir da empreitada, mas foi ameaçado com arma de fogo pelo proprietário dos narcóticos.

De acordo com a lição de Guilherme Souza Nucci, a caracterização da excludente de culpabilidade da coação moral irresistível necessita de 05 (cinco) requisitos, *in verbis*:

> "*a) a existência de uma ameaça de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato; b) inevitabilidade do perigo na situação concreta do coato; c) ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas. Se não se tratar de pessoas intimamente ligadas ao coato, mas estranhos que sofram a grave ameaça, caso a pessoa atue, para proteger quem não conhece, pode-se falar em inexigibilidade de conduta diversa, conforme os valores que estiverem em disputa; d) existência de, pelo menos, três partes envolvidas, como regra: o coator, o coato e a vítima; e) irresistibilidade da ameaça da ameaça avaliada segundo o critério do homem médio e do próprio coato, concretamente. Portanto, é fundamental buscar, para a configuração dessa excludente, uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência do homem normal, fazendo-o temer a ocorrência de uma mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator.*"[2]

Em seu interrogatório judicial, Adriel afirmou que após aceitarem o transporte de um Monza de Ponta Porã para o Estado de São Paulo, alguém efetuou um depósito na conta bancária de seu padrasto e

1 Ap 2013.019062-2, 3ª Câm. Crim., rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 28/05/2013.

2 **Código penal comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 249.

determinou que os acusados fossem para São José do Rio Preto (SP), para iniciar a viagem a Ponta Porã (MS). Posteriormente, verificou tratar-se de Monza distinto da foto que lhe fora mostrada, quando então descobriu que tinha maconha no veículo, pediu para Charlie Leandro desistir da empreitada criminosa, mas os donos da droga disseram que os acusados deveriam devolver o valor gasto para levá-los até Ponta Porã ou seriam mortos. Em razão disso, teria adentrado no veículo e solicitado que Charlie Leandro o deixasse em Dourados (arquivo audiovisual – f. 123).

Vê-se pelas declarações do acusado que não se fazem presentes os requisitos exigidos para caracterização da coação moral irresistível, eis que sequer tentou identificar quem seria o coator, bem como não se mostra crível o temor do acusado que foi inclusive seria bem remunerado para transportar um Monza (carro sabidamente de baixo valor de mercado) da região de fronteira seca brasileira.

Assim, descabido o pleito absolutório amparado na excludente.

Nesse sentido, colhem-se os arestos:

> "*Para a aplicação da excludente do art. 22 do CP, a coação moral deve ser provada, estreme de dúvidas. Além disso, deve ser irresistível, inevitável e insuperável.*"[3]
>
> "*A irresistibilidade da coação deve ser medida pela gravidade do mal ameaçado. Ameaças vagas e imprecisas não podem ser consideradas suficientemente graves para configurar coação irresistível e justificar a ausência de crime, pela inexigibilidade de conduta diversa.*"[4]
>
> "*Não há falar em coação moral irresistível se não foi comprovada a presença dos requisitos que a autorizem, não bastando apenas mera alegação, pelo próprio réu, de inevitabilidade da prática do crime em face de ameaça de terceiro, a quem o acusado teria conhecido na noite do crime e cujo nome desconhece.*"[5]

Assim, a defesa não se desincumbiu do ônus que lhe competia, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, razão pela qual a absolvição é inviável.

Mantida a condenação de ambos por tráfico de drogas, é recomendável a análise da pretensão do *Parquet* sustentando que os acusados devem também ser condenados pelo delito do art. 35, da Lei de Drogas.

Apesar de comprovado o transporte de substâncias ilícitas pelos acusados, não há como chancelar a conclusão de que os mesmos também praticaram o delito do art. 35, da Lei nº 11.343/06. Isso porque não basta o mero concurso de agentes para a caracterização deste delito, sendo imprescindível a demonstração de estabilidade e permanência nesta união de desígnios.

A própria exordial acusatória narrou que a associação entre Charlie Leandro e Adriel somente ocorreu em data incerta anterior ao tráfico de drogas porque os mesmos precisaram viajar do Estado de São Paulo até Mato Grosso do Sul. Não foi produzida qualquer prova que demonstrasse estabilidade, divisão de tarefas e distribuição de lucros nas atividades.

A jurisprudência traz precedentes neste sentido:

> "*Para caracterização do delito de associação para o tráfico mostra-se necessária a comprovação inequívoca e incontroversa de que haja um vínculo associativo entre os*

3 TJRS, Ap 309882-83.2012.8.21.7000, 1ª Câm. Crim., rel. Des. Júlio Cesar Finger, j. 14/11/2012.

4 TJDFT, Ap 2009.01.1.044848-8, 2ª T. Crim., rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, DJ 29/04/2010.

5 TJRS, Ap 452468-46.2012.8.21.7000, 6ª Câm. Crim., rel. Des. José Luiz John dos Santos, j. 13/06/2013.

> *envolvidos de caráter estável e permanente, com divisão de tarefas altamente organizadas e pré-determinadas.*"[6]
>
> "*Ademais, o crime de associação para o tráfico exige a prova de vinculação subjetiva entre os indivíduos e de estabilidade. No caso, não há qualquer evidência de organização – com planejamento de ações a partir de prévia divisão de tarefas entre os associados – voltada para facilitar a prática da traficância.*"[7]

Neste contexto, imperioso prestigiar o princípio *in dubio pro reo*, em relação ao crime do art. 35, da Lei nº 11.343/06, mantendo-se a sentença absolutória.

Permanecendo unicamente a condenação dos acusados por tráfico de drogas, Adriel e Charlie pretendem a fixação das penas-bases no mínimo legal, argumentando inidoneidade da fundamentação adotada e desproporcionalidade na quantificação de elementos judiciais desfavoráveis.

Observa-se que a sentença impôs as penas-bases 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa acima do mínimo legal considerando a quantidade – 145 kg (cento e quarenta e cinco quilos) – de maconha transportada pelos acusados.

A pretensão defensiva deve ser rechaçada sem grandes delongas, eis que a quantidade de drogas é circunstância preponderante na dosimetria de pena, conforme disposição expressa do art. 42, da Lei nº 11.343/06. Ademais, deve-se mencionar que tamanha quantidade de maconha é significativa em qualquer lugar do Brasil, podendo (e devendo) ser valorada na fixação da pena-base, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena.

Ademais, conveniente relembrar que:

> *"(...) a Lei não impõe a observância de qualquer critério lógico ou matemático para quantificar o grau de aumento ou de diminuição de pena diante de circunstâncias legais. Ao Magistrado é concedida discricionariedade regrada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade."*[8]
>
> *Assim sendo, as penas-bases devem permanecer incólumes.*

Na segunda fase, o *Parquet* sustenta que as atenuantes da dosimetria de pena de Charlie Leandro devem incidir em menor fração nas dosimetrias de pena, sob a alegação de que estar-se-ia respeitando a proporcionalidade, a razoabilidade, a necessidade e a suficiência à reprovação e prevenção ao crime no caso concreto (f. 322).

Sabidamente, "*o Código Penal não estabelece o* quantum *da diminuição ou do aumento referente às circunstâncias atenuantes e agravantes, que fica, portanto, ao livre arbítrio do Julgador.*"[9]

Acerca do tema o Tribunal de Justiça do Espírito Santo decidiu que "*o quantum de redução das atenuantes deve ser fixado de forma discricionária pelo magistrado sentenciante*"[10], tal como ocorreu *in casu*, em que se estabeleceu *quantum* condizente às peculiaridades do feito.

Destarte, descabido o pleito ministerial.

6 TJMG, Ap 1.0105.16.035438-4/001, rel. Des. Doorgal Andrada, j. 22/11/2017, DJ 29/11/2017.

7 TJRS, Ap 0202383-64.2017.8.21.7000, 2ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª Rosaura Marques Borba, j. 28/09/2017, DJ 20/11/2017.

8 TJDFT, Rec 2014.11.1.003407-5, 2ª T. Crim., rel. Des. Souza e Ávila, DJ 14/05/2015, p. 152.

9 CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena.** 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 117.

10 TJES, Ap 0036518-26.2012.8.08.0048, 2ª Câm. Crim., rel. Des. subst. Fábio Brasil Nery, j. 26/11/2014, DJ 04/12/2014.

Na terceira fase de dosimetria de pena, os acusados pleiteiam o afastamento da causa de aumento do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06; incidência para Charlie Leandro da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da mesma lei, na fração de 2/3 (dois terços).

Não merece prosperar o pleito de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na fração de 2/3 (dois terços), ao argumento de que o acusado é primário. À aplicação da minorante faz-se necessário o preenchimento cumulativo dos requisitos: não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

No tráfico de drogas há uma grande rede de cooperação, nela se enquadrando o acusado, mormente pelo fato de transportar grande quantidade de droga, o que demonstra não se tratar de simples "mula", mas de elo indispensável de uma grande organização criminosa, ramificada em diversos níveis de atuação e competência, seja na compra, transporte, guarda, divisão, entrega, venda e recebimento das importâncias devidas.

Assim, certo é que o acusado – se não integra organização criminosa propriamente dita – ao menos contribui com a mesma, sendo elemento essencial para a "cadeia produtiva do crime".

A jurisprudência encampa este entendimento:

> "*Não obstante o agravante seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, não faz jus à regra excepcional do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida em seu poder – quase 3 kg (três quilos) de cocaína, acondicionados em 63 (sessenta e três) embalagens –, circunstância a indicar que se dedica a atividades delituosas.*"[11]

Feitas essas considerações, mostra-se impossível o reconhecimento da benesse da eventualidade prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Também não há que se falar em exclusão da causa de aumento do art. 40, V, nº 11.343/06, ao argumento de que não ultrapassou as divisas de Mato Grosso do Sul.

Ocorre que a efetiva transposição de divisas entre os Estados da Federação para a caracterização da majorante é dispensável, bastando que seja demonstrada a intenção do agente em transportar os narcóticos entre diferentes Estados.

In casu, os acusados confessaram, durante toda a persecução penal, que levariam o narcótico a outro Estado da Federação, corroborando com as declarações testemunhais.

O fato de o narcótico ter sido interceptado no mesmo Estado em que o acusado o adquiriu não altera a incidência da causa de aumento do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06.

Isso porque para a aplicação da interestadualidade é desnecessária a efetiva transposição das divisas entre os Estados, considerada apenas como mero exaurimento do crime. Logo, comprovado o dolo do agente em transportar a droga entre diferentes unidades da Federação, qualificado está o aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas.

O Superior Tribunal de Justiça chancela o entendimento:

> "*Firmou-se, nesta eg. Corte, o entendimento de que, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de Drogas, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente a constatação de que a droga tinha como destino outro Estado.*"[12]

11 STJ, AgRg-REsp 1.348.974/SP, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18/12/2012, DJ 01/02/2013.

12 AgRg-REsp 1.426.527/MS, 6ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09/09/2014, DJ 25/09/2014.

> "*Esta Corte Superior possui o entendimento de que a incidência da causa de aumento de pena referente à interestadualidade do tráfico de substâncias entorpecentes prescinde da efetiva transposição das fronteiras do estado, sendo suficiente a existência de elementos que evidenciem a destinação final da droga para fora dos limites estaduais.*"[13]

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul já decidiu nesse sentido:

> "*Comprovado que o tráfico de drogas caracterizou-se na modalidade interestadual é de se aplicar a majorante do art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, ainda que o agente não tenha ultrapassado as divisas entre os estados da federação.*"[14]

> "*Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, não é necessária a efetiva transposição da divisa interestadual, sendo suficiente que fique demonstrado, pelas circunstâncias e provas dispostas nos autos, que a substância entorpecente apreendida teria como destino localidade de outro estado da federação.*"[15]

> "*Não é necessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da federação, para que seja aplicada a majorante do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, bastando que fique evidenciado, pelos elementos de prova, que a droga transportada teria como destino outro estado da federação, o que restou comprovado nos autos. Precedentes do STJ e STF. Causa de aumento mantida.*"[16]

Destarte, deve ser mantida a majorante do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06.

Assim sendo, considerando a absolvição dos acusados pelo delito de desobediência, restam condenados Adriel Vilas Boas Mata Martins a 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e 850 (oitocentos e cinquenta) dias-multa, e Charlie Leandro Leite Guimarães Júnior a 06 (seis) anos de reclusão, e 610 (seiscentos e dez) dias-multa, pela prática do crime do art. 33 (tráfico de drogas), da Lei nº 11.343/06.

Por fim, os acusados buscam o abrandamento de regime prisional inicial e substituição de pena.

Observa-se que a sentença impôs regime inicial fechado a ambos os acusados, com fundamento nas penas *in concreto*, na reincidência (Adriel) e na circunstância negativa (quantidade de droga).

O Código Penal estabelece:

> "*Art. 33. (...) § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
>
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;*
>
> *c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*"

13 AgRg-AREsp 421.551/SP, 5ª T., rel.ª Minª Laurita Vaz, j. 20/05/2014, DJ 27/05/2014.

14 Ap 0001650-42.2014.8.12.0015, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJ 23/07/2015.

15 EIfNu 0007462-10.2014.8.12.0001/50000, Seção Criminal, rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, DJ 17/03/2015.

16 Ap 0002160-93.2011.8.12.0004, 1ª Câm. Crim., rel.ª Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, DJ 24/10/2014.

A Súmula nº 719, do Supremo Tribunal Federal, preceitua: "*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

O verbete sumular deve ser interpretado com grande cautela, porquanto, embora num primeiro momento passe a impressão de que qualquer regime mais severo traga a necessidade de motivação exaustiva, a própria Corte Suprema oferece a solução para a questão.

A edição de súmulas pelos Tribunais Superiores é resultado da reiteração de julgados numa determinada diretriz. Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal menciona como precedentes sumulares os *Habeas Corpus* 77.613/SP, 74.896/SP, 73.174/RJ, 73.068/SP, 72.937/SP, 72.589/DF, 72.106/SP, 72.381/RS, 71.190/PB, 70.662/RN, 70.784/RJ, 70.904/PE, 70.998/RJ, 70.650/ES e 69.929/SP.

Não por coincidência, todos os julgados retratam situação de acusados primários que foram condenados a regimes mais severos que os previstos em lei sem qualquer motivação ou apenas com menção à gravidade abstrata do delito.

Assim sendo, a mensagem do colegiado do Supremo Tribunal Federal é de que aos réus primários não se aplica regime mais severo que o previsto em lei, salvo motivação idônea.

No caso concreto, a pena de Adriel é superior a 08 (oito) anos de reclusão e sua reincidência é incontroversa, sendo desnecessária qualquer discussão sobre o tema. Quanto a Charlie Leandro, reprimenda é superior a 04 (quatro) anos de reclusão e sua primariedade é indiscutível. Neste contexto, é evidente a necessidade de avaliar a fundamentação da sentença.

Evidente que o julgador *a quo* considerou o fato de o acusado sair do Estado de São Paulo para vir até região de fronteira seca de Mato Grosso do Sul e transportar enorme quantidade de narcótico de volta para a fixação do regime inicial fechado.

Neste contexto, flagrante a necessidade de recrudescimento do regime prisional inicial, eis que o semiaberto não seria suficiente para a reprovação da conduta e ressocialização do indivíduo.

Sendo o pedido de substituição da pena subsidiário ao pleito de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, resta o mesmo prejudicado, eis que as reprimendas definitivas encontram obstáculo no art. 44, do Código Penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual e dou parcial provimento ao apelo de Adriel Vilas Boas Mata Martins e Charlie Leandro Leite Guimarães Júnior, para absolvê-los do crime do art. 330, do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Revisor)

Acompanho o e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, a fim de negar provimento ao apelo ministerial e dar parcial provimento aos apelos defensivos.

No entanto, o faço com ressalvas de posicionamento e reforma de ofício na sentença.

Com efeito, sempre entendi que a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06 exige a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação, notadamente em observância do princípio da legalidade estrita, pela impropriedade de se punir intenções e da possibilidade de que haja desistência precoce do agente antes de se transpor limites estaduais, evitando,

assim, a disseminação do produto e não criando dificuldades maiores à investigação, que são os objetivos preventivos da aludida majorante.

No entanto, certo é que as Cortes Superiores e também este Tribunal de Justiça construíram entendimento francamente majoritário em sentido contrário.

Assim, no intuito de uniformizar jurisprudência, passo a adotar a conclusão externada na sentença, a fim de considerar caracterizada a majorante do art. 40, V, da Lei 11.343/06, quando comprovada destinação da droga a outro Estado, como no caso.

Todavia, vou reduzir, de ofício, a fração aplicada à aludida moduladora, pois a fixação acima do mínimo legal fora justificada na quantidade de droga apreendida, a qual, por já ter sido utilizada no aumento da primária, não poderia novamente ser invocada na terceira fase dosimétrica, ponderada a vedação ao *bis in idem*. Ademais, apontou-se na sentença que o entorpecente não ultrapassou nem sequer a fronteira do município onde fora embarcada, pelo que não há motivos para a eleição de fração distinta da mínima de 1/6.

Feitas essas considerações e mantendo-se os demais termos da sentença, com as reformas efetuadas no voto condutor, resta Adriel definitivamente condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 816 dias-multa, à razão unitária mínima, enquanto Charlie Leandro a 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 dias-multa, à razão unitária mínima.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (vogal)

Divirjo do relator, para negar provimento aos recursos defensivos.

No presente caso, a divergência cinge-se à configuração do crime de desobediência, cuja condenação, no meu entendimento, deve ser mantida.

Inicialmente, esclareço que, sobre o tema, vinha entendo como atípica a conduta de desobedecer ordem de parada emanada por agentes públicos, no exercício da atividade de policiamento ostensivo, destinada à repressão de crimes, quando os fatos evidenciavam que o acusado, ao descumprir o comando legal, almejava, em verdade, evitar eventual prisão em flagrante. Entendia que, nessas circunstâncias, o acusado não visava lesar o bem jurídico tutelado pela norma do art. 330 do Código Penal, mas sim, em verdade, preservar o seu *status libertatis*, como manifestação legítima do seu direito à autodefesa, decorrência lógica da garantia constitucional à não autoincriminação.

Entretanto, depois de muito refletir sobre a matéria, passei a adotar entendimento diverso, alinhando-me, nesse ponto, ao atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado no julgamento do HC 369.082/SC, de relatoria do Ministro Felix Fischer, fazendo uma separação decorrente da origem da ordem.

Nos termos do referido julgamento, passou-se a considerar crime a conduta acima referida, subsumindo-a ao tipo previsto no art. 330 do Código Penal, em conformidade com a análise, a fim de embasar a sua conclusão, pelo Ministro relator expôs o seguinte:

> *"(...).* ***Não há que se falar em atipicidade da conduta pelo exercício do direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo****, o que supostamente justificaria a fuga empreendida pelo paciente para evitar sua prisão em flagrante. Com efeito,* ***os direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo não são absolutos****, razão pela qual* ***não podem ser invocados para a prática de outros delitos. Embora por fatos diversos, aplica-se ao presente caso a mesma solução jurídica*** *apresentada pela Terceira Seção desta Corte Superior quando do julgamento do* ***REsp nº 1.362.524/MG****, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual foi fixada a tese de que "típica é a conduta de atribuir-se falta identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada*

> *autodefesa" Vale dizer,* ***o exercício da autodefesa não pode ser invocado para autorizar e nem justificar o cometimento de outros delitos.*** *Referida tese também é adotada pelo excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se nota do RE nº 640.139/DF, julgado com repercussão geral (...). Quanto à atipicidade da conduta por ausência de dolo, razão também não assiste à impetrante, pois restou expressamente consignado no v. acórdão combatido que o paciente, de forma consciente e deliberada, desobedeceu a ordem de parada emitida pelos policiais militares, exatamente para não ser penalizado pela conduta criminosa de portar arma de fogo. (...). (Destaquei).*

Assim, nos termos desta nova orientação do STJ, estou revendo o posicionamento que vinha adotando para entender que o descumprimento de ordem de parada emitida por agente público no contexto de atividade de policiamento ostensivo de segurança pública, ante a suspeita de ilicitude, é fato considerado delituoso, enquadrando-se na definição típica do art. 330 do Código Penal.

Diferentemente, porém, seria a hipótese de ordem de parada pronunciada por autoridades de trânsito, no controle cotidiano do tráfego local, o que, a depender das circunstâncias concretas, pode afastar a incidência do direito penal, amoldando-se como mera infração administrativa (art. 195, CTB).

Colaciono, oportunamente, a ementa do referido julgado do STJ:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – DESOBEDIÊNCIA – ART. 330 DO CÓDIGO PENAL – ORDEM DE PARADA EMANADA DE POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE OSTENSIVA – ORDEM NÃO DIRIGIDA POR AUTORIDADE DE TRÂNSITO E NEM DE SEUS AGENTES – INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO DE TRÂNSITO PREVISTA NO ART. 195 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – TIPICIDADE DA CONDUTA – DESOBEDIÊNCIA E FUGA – SUPOSTO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUTODEFESA E DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – DIREITOS NÃO ABSOLUTOS – IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO PARA A PRÁTICA DE DELITOS – AUSÊNCIA DE DOLO – REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO NO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. pretório excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - Segundo jurisprudência deste Tribunal Superior, a desobediência de ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou mesmo por policiais ou outros agentes públicos no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime de desobediência, pois há previsão de sanção administrativa específica no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de sanção penal. Assim, em razão dos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima, inviável a responsabilização da conduta na esfera criminal.*
>
> *III - No presente caso, contudo, a ordem de parada não foi dada pela autoridade de trânsito e nem por seus agentes, mas por policiais militares no exercício de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes, que foram acionados para fazer a abordagem do paciente, em razão de atividade suspeita por ela apresentada, conforme restou expressamente consignado no v. acórdão impugnado. Desta forma, não*

restou configurada a hipótese de incidência da regra contida no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, do entendimento segundo o qual não seria possível a responsabilização criminal do paciente pelo delito de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal.

IV - Os direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo não são absolutos, razão pela qual não podem ser invocados para a prática de outros delitos. Embora por fatos diversos, aplica-se ao presente caso a mesma solução jurídica decidida pela Terceira Seção desta Corte Superior quando do julgamento do REsp nº 1.362.524/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual foi fixada a tese de que "típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa".

V - Inviável o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de dolo uma vez que restou expressamente consignado no v. acórdão combatido que o paciente, de forma consciente e deliberada, desobedeceu a ordem de parada dada pelos policiais militares. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para afastar o dolo do paciente demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

VI - O pedido de compensação integral entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão não foi apreciado pelo eg. Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder a análise da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido. (HC 369.082/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)."

A propósito, esse mesmo entendimento já vem sendo manifestado por outros Tribunais de Justiças do país, a saber:

"APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA – ***ORDEM DE PARADA EMANADA DE POLICIAIS MILITARES EM POLICIAMENTO OSTENSIVO. TIPICIDADE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA*** *–* ***NÃO CARACTERIZAÇÃO*** *– CONDUTA PENALMENTE TÍPICA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DIREÇÃO PERIGOSA (ART. 311 DO CTB) – FUGA – PERIGO CONCRETO COMPROVADO – DEPOIMENTO POLICIAL – CONFISSÃO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA.* ***1. A desobediência à ordem de parada emanada de policiais militares em policiamento ostensivo, fora do contexto da fiscalização das regras de trânsito, constitui conduta penalmente típica****, porquanto, para tal insubmissão, não se aplica a cominação não cumulativa de multa prevista no art. 195 do CTB. 2. Mantêm-se a condenação pelo crime de direção perigosa (art. 311 do CTB) quando demonstrado, pelos uníssonos depoimentos dos policiais ouvidos em juízo, bem como pela confissão espontânea, confirmando que o réu, após ingerir bebida alcoólica, conduzia seu veículo na contramão da via e em velocidade incompatível, quase colidindo com transeunte, gerando perigo concreto. 3. Recurso não provido.* (TJRO - APL: 00180578620148220002 RO 0018057-86.2014.822.0002, Relator: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno, Data de Julgamento: 20/05/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 28/05/2015)". (Destaquei).

"RECURSO CRIME – DESOBEDIÊNCIA – ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL – SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. 1- ***Réu que desobedece a ordem legal de parada, emanada de policiais militares que realizavam patrulhamento ostensivo, fugindo em alta velocidade, comete o delito de desobediência, merecendo a reprimenda penal.*** *2- Validade do depoimento dos policiais para embasar a condenação porque, até prova em contrário, tratam-se de pessoas idôneas e que merecem*

credibilidade, não se verificando, ainda, que tivessem qualquer motivo para realizar uma falsa imputação contra o réu. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS - RC: 71004167508 RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Data de Julgamento: 11/03/2013, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/03/2013).” (Destaquei).

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – DESOBEDIÊNCIA (CP, ART. 330) – MOTORISTA EM ATITUDE SUSPEITA QUE NÃO ACATA SINAL DA AUTORIDADE POLICIAL PARA PARAR MOTOCICLETA – RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA – DENÚNCIA REJEITADA – RECURSO MINISTERIAL – ORDEM EMANADA DE POLICIAL MILITAR NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO TÍPICA E NÃO COMO AGENTE DE TRÂNSITO – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 195 DO CTB NÃO CONFIGURADA – CONDUTA TÍPICA – RECURSO PROVIDO. Não se desconhece que, nos termos da melhor doutrina e da jurisprudência pátrias, ***o crime de desobediência somente se configura quando não existir outra forma de punição extrapenal à conduta*** *ou quando, ainda que prevista sanção administrativa ou civil para o fato, o dispositivo legal que a defina permita expressamente a cumulação das penalidades. Contudo, se a denúncia narra que* ***o policial militar não agiu como autoridade fiscalizadora do trânsito mas no exercício de sua função típica - de polícia ostensiva e com vistas à preservação da ordem pública*** *(art. 144, § 5º, da CRFB)* ***- não há falar em caracterização da infração administrativa prevista no art. 195 do CTB e, por conseguinte, em atipicidade da conduta do agente que****, considerado suspeito, descumpre, em tese, a ordem emanada do agente estatal para averiguação.* (TJ-SC - RC: 20130314538 SC 2013.031453-8 (Acórdão), Relator: Rodrigo Collaço, Data de Julgamento: 03/07/2013, Quarta Câmara Criminal Julgado, Data de Publicação: 15/07/2013 às 07:46. Publicado Edital de Assinatura de Acórdãos Inteiro teor Nº Edital: 6431/13 Nº DJe: Disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico Edição nº 1671).” (Destaquei).

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO – DESOBEDIÊNCIA – RECURSOS DOS RÉUS -–ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL – DOSIMETRIA. I. A palavra firme dos policiais militares, a prisão em flagrante e a versão não comprovada dos réus autorizam condenação segura. II. No crime de receptação, a prova do elemento anímico do agente faz-se, sobretudo, por meio das circunstâncias fáticas que envolvem a apreensão do bem, como a reação do agente, o local e o próprio objeto. Analisam-se também as alegações acerca da posse da res, afastadas aquelas inverossímeis e absurdas, do contrário, jamais se conseguirá provar o crime. III. ***A ordem de parada desobedecida pelo condutor do veículo partiu de policial militar em patrulhamento ostensivo. Caracterizado o crime do art. 330 do CP.*** *IV. Parcial provimento aos recursos para reduzir as penas.* (TJDF 20151110048743 0004742-44.2015.8.07.0011, Relator: Sandra de Santis, Data de Julgamento: 09/03/2017, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/03/2017. Pág.: 534/546).” (Destaquei).

“APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA E CRIME DE TRÂNSITO (ART. 309 DO CTB) – RECURSO DA DEFESA – ***ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE DESOBEDIÊNCIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPROCEDÊNCIA*** *– A CONFISSÃO DO RÉU E OS DEPOIMENTOS DOS MILICIANOS INDICAM QUE O* ***APELANTE, DE FORMA DELIBERADA, NÃO OBEDECEU À ORDEM DE PARADA EMITIDA PELOS AGENTES DA LEI – BEM DELINEADA A PRÁTICA DO DELITO, SALIENTADO QUE OS POLICIAIS MILITARES ATUAVAM NA OCASIÃO EM TÍPICA FUNÇÃO OSTENSIVA, E NÃO COMO AGENTES DE TRÂNSITO*** *- ABSOLVIÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 309 DO CTB POR AUSÊNCIA DE PERIGO/RISCO CONCRETO – INADMISSIBILIDADE – A PROVA ORAL INDICA TRANQUILAMENTE QUE O RÉU CONDUZIU VEÍCULO AUTOMOTOR EM LOCAL BASTANTE MOVIMENTADO, POR VÁRIAS RUAS, CAUSANDO RISCO DE DANO, JÁ QUE EMPREENDEU ALTA VELOCIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO*

PARA LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENAS BEM FUNDAMENTADAS – RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. (TJSP - APL: 09110242020128260506 SP 0911024-20.2012.8.26.0506, Relator: Sérgio Ribas, Data de Julgamento: 15/09/2016, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 20/09/2016).” (Destaquei).

“PENAL – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E DESOBEDIÊNCIA – PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – ORDEM EMANADA DE POLICIAIS MILITARES EM ATIVIDADE OSTENSIVA – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ANTECEDENTE – TRÂNSITO EM JULGADO DE CONDENAÇÃO REFERENTE A CRIME ANTERIOR – VALORAÇÃO NEGATIVA SENTENÇA CONDENATÓRIA – VALORAÇÃO NEGATIVA – PERSONALIDADE DO AGENTE. NEUTRA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA – MUDANÇA DE REGIME COM A CONSEQUENTE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. O pedido de absolvição efetuado pela Procuradoria de Justiça em parecer deve ser conhecido como habeas corpus substitutivo de recurso, o qual apenas é admitido em casos excepcionais, diante de flagrante ilegalidade. ***Tendos os policiais militares, em atividade ostensiva, determinado a parada de suspeitos que trafegam em motocicleta, o descumprimento da ordem policial configura crime de desobediência, não sendo absoluto o direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo.*** *Atualmente, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi firmado no sentido de que, mesmo quando posterior à nova prática delitiva, o trânsito em julgado de condenação referente a crime anterior justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes. O simples fato de o apelante estar respondendo por outro crime não justifica a valoração negativa da personalidade do agente, devendo a pena ser redimensionada. Na hipótese de a pena aplicada ser superior a 4 (quatro) anos e não exceder a 8 (oito), caso o réu não tenha na data do fato condenação transitada em julgado em seu desfavor, a pena deverá ser cumprida, inicialmente, em regime semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal. Fixado o regime semi-aberto, o recorrente não pode aguardar o trânsito em julgado do presente feito em regime mais gravoso do que foi estabelecido, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade, já que, nesta situação, determinaria um modo de execução da pena mais severo apenas pelo fato de a parte ter interposto recurso ou de aguardar a execução definitiva. Recurso conhecido para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, no sentido de condenar o apelante ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 15 (quinze) dias de detenção, bem como ao pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, devendo ser cumprida, inicialmente, em regime semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal. Decisão unânime.* (TJAL - APL: 07009890520158020067 AL 0700989-05.2015.8.02.0067, Relator: Juiz Conv. Maurílio da Silva Ferraz, Data de Julgamento: 06/09/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/09/2017).” (Destaquei).

Assim, considerando que, no presente caso, a desobediência disse respeito à ordem legal emanada por Policiais Militares, que atuavam no exercício de suas atividades típicas de policiamento ostensivo, em prestígio à segurança pública, as condutas descritas na denúncia são típicas, enquadrando-se perfeitamente no art. 330 do Código Penal.

Por isso, afasto tal pretensão.

Posto isso, divergindo parcialmente do relator, nego provimento aos recursos defensivos e acusatório.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Quanto ao recurso ministerial: negaram provimento unanime.

Quanto aos recursos defensivos: proveram parcialmente nos termos intermediário proferido pelo relator, vencidos, em parte, o revisor e o vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 9 de julho de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003960-95.2017.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS ACUSATÓRIA E DEFENSIVA – ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO – INVIABILIDADE – GRAVE AMEAÇA COM EMPREGO DE ARMA – CONDENAÇÃO POR CRIME DE ROUBO – AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA – LEI 13.654/18 – *NOVATIO LEGIS IN MELIUS* – APLICAÇÃO DE OFÍCIO – CONCURSO FORMA DE CRIMES CONFIGURADO – UMA CONDUTA CONTRA VÍTIMAS DIVERSAS – APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CP – RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO E DA ACUSAÇÃO PROVIDO – AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DA MAJORANTE REFERENTE AO EMPREGO DE ARMA – INOVAÇÃO LEGISLATIVA BENÉFICA.

Se o manancial probatório amealhado durante toda persecução penal vislumbra-se suficiente a comprovar a utilização de uma faca para subtração de bens das vítimas, devida a condenação por crime de roubo, afastando a pretensão à desclassificação para furto. Tal conclusão se deu, considerando o reconhecimento das vítimas, suas declarações prestadas extra e judicialmente no mesmo sentido e confirmada pelos policiais que efetivaram a prisão do réu em flagrante.

Diante da inovação trazida pela Lei 13.654/2018, com a revogação do § 2º, inciso I, do art. 157 do CP, seguida da inserção do § 2º-A, inciso I, a causa de aumento aplicada teve seu âmbito de incidência restrito ao roubo praticado com emprego de arma de fogo. Destarte, a restrição promovida pela Lei 13.654/18 é benéfica, ou seja, em homenagem ao princípio estampado no art. 5º, XL, da Constituição Federal, deve retroagir para retirar a majorante relativa a todos os roubos cometidos com objetos outros que não armas de fogo, como o que ocorreu nos autos.

Se o réu pratica uma única conduta para subtrair bens de vítimas diversas que estavam juntas no momento de sua ação, há configuração de concurso formal de crimes, previsto no art. 70 do CP, afastando-se assim, o reconhecimento de crime único ou continuidade delitiva (art. 71 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, em parte com o parecer, negar provimento ao recurso defensivo e dar provimento ao recurso ministerial. De ofício, afastaram a causa de aumento referente ao emprego de arma.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Willians Carlos Fernandes e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença que condenou o acusado condenou pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa; desclassificando uma das condutas para o art. 155, *caput*, do mesmo diploma legal, à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Willians em suas razões recursais (f. 101-9) requer a desclassificação do roubo para furto simples, arguindo que inexistem provas acerca da grave ameaça utilizada na empreitada. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da causa de aumento relativa ao uso de arma, diante da ausência de sua apreensão e perícia, bem assim, o reconhecimento do crime único ou da continuidade delitiva. Por fim, suscita prequestionamento.

O *Parquet*, por sua vez (f. 162-170), pleiteia a condenação do réu pela prática de roubo contra as duas vítimas, o reconhecimento do concurso formal imperfeito e a imposição do regime inicial fechado.

Contrarrazões das partes (f. 171-181 e 183-9), pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer, opina pelo conhecimento das apelações e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso defensivo, apenas para que se afaste a causa de aumento referente ao emprego de arma e total provimento do apelo acusatório, para condenação do réu, nos termos da denúncia.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Willians Carlos Fernandes e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença que condenou o acusado condenou pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa; desclassificando uma das condutas para o art. 155, *caput*, do mesmo diploma legal, à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Pois bem. Narra a denúncia os seguintes fatos:

> *Consta dos autos que, no dia 01 de junho de 2017, quinta-feira, por volta das 23h50min, na Avenida Clodoaldo Garcia esquina com a Rua Tiradentes, bairro Santos Dumont, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado Willians Carlos Fernandes, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, subtraiu, para si, coisa alheia móvel, consistente em 01 (uma) bolsa na cor dourada contendo 01 (uma) carteira de cigarro, 01 (um) molho de chaves e 01 (uma) presilha de cabelo, pertencentes à vítima Carlos Eduardo da Silva, e 01 (uma) bicicleta, modelo Voyce, cor preta, 01 (um) molho de chaves e R$15,00 (quinze reais) em dinheiro, pertencentes à vítima Wanderlei Roseno Pereira da Silva Junior, mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma branca (faca).*
>
> *De acordo com o apurado, no dia dos fatos, as vítimas Wanderlei e Carlos Eduardo estavam conversando, no local acima descrito, quando foram surpreendidos por um indivíduo que se aproximou, sacou uma faca de sua cintura e ordenou que Wanderlei lhe entregasse o radinho (celular) e a carteira.*

Wanderlei então afirmou que não possuía nem celular e nem carteira, sendo que o denunciado, ainda empunhando a faca, verificou os bolsos da calça da vítima, apoderando-se da quantia de R$15,00 (quinze reais) em dinheiro. Ato contínuo, o denunciado ordenou que a vítima Wanderlei descesse de sua bicicleta, apossando-se da mesma.

Não satisfeito, o denunciado partiu em direção à outra vítima, Carlos Eduardo, o qual, amedrontado, jogou sua bolsa em direção aos pés do acusado, dizendo que poderia levá-la. Em seguida, o indiciado, de posse dos objetos subtraídos, evadiu-se do local.

Ocorre que, Carlos Eduardo, mantinha seu aparelho celular escondido em sua bota, utilizando-o para acionar a Polícia Militar.

Policiais Militares em ronda pelas proximidades do local, logo em seguida, abordaram o denunciado pedalando uma bicicleta e levando outra ao lado, o qual, ao notar a presença da viatura policial, largou os objetos roubados ao chão e tentou empreender fuga, sem sucesso.

Inicialmente, o acusado negou a prática do delito, entretanto, ambas as vítimas reconheceram Willians Carlos Fernandes, vindo em seguida, o autor a confessar a prática da conduta delitiva.

Após regular instrução do feito, o juiz condutor do feito condenou o acusado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, em relação à vítima Wanderlei Roseno Pereira da Silva Junior, mas com relação à vítima Carlos Eduardo da Silva, desclassificou o crime para furto simples (art. 155, *caput*).

Irresignado, Willians requer a desclassificação do roubo para furto simples e subsidiariamente, pugna pelo afastamento da causa de aumento relativa ao uso de arma, bem assim, o reconhecimento do crime único ou da continuidade delitiva.

Já o *Parquet* pleiteia a condenação do réu pela prática de roubo contra as duas vítimas, o reconhecimento do concurso formal imperfeito e a imposição do regime inicial fechado.

De início, é necessário exaltar que a formação de um juízo condenatório deve encontrar respaldo em elementos de prova que sejam capazes de demonstrar, de forma inequívoca e incontroversa, a existência do crime e a condição de autor do acusado, vale dizer, a materialidade e a autoria do fato delituoso.

Nessa perspectiva, debruçando-se sobre o contexto probatório, o magistrado deverá formar o seu convencimento com base nas provas validamente produzidas em contraditório judicial (art. 155 do CPP).

Daí o impedimento de fundamentar eventual condenação com base exclusivamente nos elementos investigativos colhidos durante o inquérito policial, porquanto, nesta fase da persecução penal, vige o princípio inquisitivo e não há necessidade de observância das garantias inerentes à ampla defesa.

Ademais, os riscos advindos de uma eventual condenação equivocada são de gravidade indiscutível, o que faz com que a dúvida sempre milite em favor do denunciado.

Ocorre que, analisando os autos, é possível observar que o manancial probatório amealhado durante toda a atividade de persecução penal vislumbra-se suficiente a embasar o pronunciamento do juízo condenatório em desfavor do acusado, nos termos da denúncia, na medida em que estão satisfatoriamente comprovadas tanto a materialidade quanto a autoria dos fatos delituosos, conforme será doravante demonstrado.

Verifico que os crimes de roubos praticados contra as vítimas Carlos Eduardo da Silva e Wanderlei Roseno Pereira da Silva Júnior restaram demonstrados, devendo ser acolhida a pretensão acusatória e rejeitada a da defesa (desclassificação para furto) nesse ponto.

O próprio réu em seu interrogatório judicial (f. 83) confirma a prática de "assalto" contra as vítimas, embora alegue que não tenha utilizado arma e que a bolsa de Carlos Eduardo teria enroscado na bicicleta.

Quando perguntado acerca dos fatos, respondeu que (f. 83):

> *"(...) aconteceu que eu fiz mesmo, eu peguei e assaltei mesmo eles; eu tava passando na rua e vi um rapaz vindo né, da bicicleta, daí peguei e voltei atrás dele, só que não tava com faca não, eu peguei falei que tava, mas não tava não".*

As duas vítimas entretanto, afirmaram que o acusado estava com uma faca e teria mostrado para subtrair-lhes os bens.

Carlos Eduardo da Silva, em sua declaração de f. 16 disse que:

> *"(...) conversava com o colega de prenome Wanderlei, quando um home, conduzindo uma bicicleta de cor amarela e preta se aproximou, sacou uma faca de sua cintura e ordenou que Wanderlei lhe entregasse o "radinho e carteira; ... que, vendo que o autor se dirigia em direção ao declarante, jogou sua bolsa nos pés dele, dizendo que poderia levar".*

Do mesmo modo, Wanderlei Pereira da Silva Júnior declarou na Delegacia que (f. 14):

> *"(...) conversava com seu amigo Carlos Eduardo da Silva, na Av. Clodoaldo Garcia, esquina com Rua Tiradentes, Bairro Santos Dumont, quando um indivíduo do sexo masculino, conduzindo uma bicicleta de cor amarela e preta se aproximou e com uma faca nas mãos exigiu que o declarante lhe entregasse o aparelho celular e carteira".*

Em juízo (f. 83), a vítima Wanderlei confirmou suas declarações, confirmando que o réu teria mostrado uma faca branca na empreitada para subtrair seus bens e de Carlos Eduardo da Silva.

Para corroborar a veracidade das narrativas das vítimas, os depoimentos dos policiais (f. 83) Marcelo Alencar e Sérgio Barbosa dos Santos, que prenderam o réu em flagrante, na posse dos bens das vítimas, os quais asseveram que ele confessou a prática ilícita, com utilização de uma faca para intimidação.

Percebe-se assim, que o réu somente conseguiu levar os pertences das vítimas, diante da gravidade da ameaça empregada pelo uso de uma faca, sem a qual não poderia lograr êxito na empreitada, pois estava sozinho, ao passo que as vítimas estavam em menor número.

Tanto assim, que a própria vítima Carlos Eduardo disse que entregou-lhe a bolsa porque o réu dirigiu-se contra ele.

Diante desse contexto, tenho que a materialidade e a autoria do crime de roubo, com emprego de uma faca, para subtração de bens das duas vítimas restou evidenciado, especialmente considerando o reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitorial pelas vítimas, corroborado pelos depoimentos em juízo dos policiais e uma das vítimas, que se mostrou firme e coerente, descrevendo de maneira harmônica, com clareza, as circunstâncias em que o roubo foi perpetrado.

A propósito da relevância da palavra da vítima para a comprovação dos delitos de natureza patrimonial, consagra a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FATÍCO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ – RECURSO IMPROVIDO.

1. A Corte de origem, de forma fundamentada, concluiu acerca da materialidade e autoria assestadas ao agravante, especialmente considerando os depoimentos prestados pelas vítimas e pelos policiais que realizaram o flagrante, que se mostraram firmes e coerentes, no sentido de que teria ele transportado os demais agentes ao local dos fatos e com eles tentado empreender fuga após a consumação do roubo, não havendo que se falar em ilegalidade no acórdão recorrido.

2. Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos.

3. O depoimento dos policiais constitui elemento hábil à comprovação delitiva, mormente na espécie dos autos, em que, como assentado no aresto a quo, inexiste suspeita de imparcialidade dos agentes.

4. A desconstituição do julgado no intuito de abrigar o pleito defensivo absolutório não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Tribunal Superior de Justiça aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível em recurso especial, conforme já assentado pela Súmula nº 7 desta Corte.

5. Agravo improvido. (AgRg no AREsp 1250627/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018)

Desta forma, na hipótese, não há elementos que incutam dúvidas acerca da materialidade e da autoria dos delitos de roubo praticado com emprego de grave ameaça, mediante uso de uma faca.

Por tais razões, nego provimento ao pleito desclassificatório da defesa e dou provimento ao acusatório, para acolhimento do pedido, tal como denunciado, qual seja, condenação pela prática de dois crimes previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do CP.

Noutra via, imperioso o decote da majorante referente ao emprego de arma, não pelos fundamentos utilizados pela defesa, mas diante da inovação trazida pela Lei nº 13.654/2018.

A nova lei revogou o § 2º, inciso I, do art. 157 do CP e inseriu o § 2º-A, inciso I, restringindo como causa de aumento de pena, apenas o emprego de arma de fogo.

Vejamos a nova redação do art. 157, § 2º-A, I, do CP:

§ 2ºA A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

Como se vê, é indubitável que estamos diante de *novatio legis in mellius*.

De fato, a restrição promovida pela Lei nº 13.654/18 é benéfica, ou seja, deve retroagir para retirar a majorante relativa a todos os roubos cometidos com objetos outros que não armas de fogo, como o que ocorreu nos autos.

Destarte, em respeito ao princípio da retroatividade da lei benéfica, estampado no art. 5º, XL, da Constituição Federal, é de rigor o afastamento da majorante referente ao emprego de arma, como, aliás assentou o i. Procurador de Justiça, em seu parecer:

> *A Lei nº 13.654/18 alterou o dispositivo em epígrafe ao revogar expressamente a causa de aumento de pena pelo emprego de arma branca para a prática de roubo, remanescendo imposta apenas às armas de fogo.*
>
> *Desta forma, tratando-se de alteração legislativa mais benéfica ao réu, de rigor seja aplicada retroativamente, afastando-se a incidência da referida majorante ao caso em tela, consoante entendimento deste e. Tribunal de Justiça.*

Tendo em vista esse panorama, deve ser afastada a majorante do emprego de arma branca.

Por fim, a defesa requer o reconhecimento do crime único, ou pela continuidade delitiva, ao passo que o Ministério Público pugna pela aplicação do concurso formal imperfeito, com a consequente fixação de regime inicial fechado.

Nesse ponto, novamente, assiste razão à acusação, pois configurado o concurso formal de crimes, na forma prevista no art. 70 do CP:

> *Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.*

Dessarte, as provas encartadas nos autos comprovam que o réu dirigiu-se contra duas vítimas para subtrair-lhes seus bens, ou seja, mediante uma ação, atingiu o patrimônio de duas pessoas, com desígnios autônomos.

Dessa forma, tal conduta enquadra-se perfeitamente ao disposto no artigo 70, do CP, razão porque aplico o concurso formal de crimes.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO – PENAL – CRIME DE ROUBO MAJORADO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPROCEDÊNCIA – PROVA TESTEMUNHAL QUE DEMONSTRA QUE O APELANTE ROSINALDO ABREU DE ARAÚJO PRATICOU O DELITO – AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL DOS CRIMES DE ROUBO – DESCABIMENTO – APELANTES QUE SUBTRAÍRAM O PATRIMÔNIO DE MAIS DE UMA VÍTIMA – EQUÍVOCO NOS CÁLCULOS DAS REPRIMENDAS – INEXISTÊNCIA – DESPROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INOCORRÊNCIA – AFASTAMENTO DAS MAJORANTES – IMPOSSIBILIDADE – ELEMENTOS DE COGNIÇÃO QUE PROVAM QUE O CRIME FOI COMETIDO EM CONCURSO DE PESSOAS, EMPREGO DE ARMA E COM RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE UMA DAS VÍTIMAS – INCIDÊNCIA DO § 2º DO ART. 387 DO CPP – RECONHECIMENTO QUE NÃO BENEFICIA OS APELANTES – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. 1. ABSOLVIÇÃO DE ROSINALDO ABREU DE ARAÚJO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. (...) 2. AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL DOS CRIMES DE ROUBO. Os recorrentes, mediante grave ameaça exercida com uma faca, subtraíram jóias e dinheiro da vítima Marcirene Frutuoso Maia e o telefone celular do ofendido Dinael Maia Campos, atingindo assim, patrimônios diferentes, caracterizando o concurso formal de crimes que pode ser reconhecido ainda que os sujeitos passivos sejam da mesma família. Precedentes do STJ.*

(...) (TJ-PA - APL: 201330185625 PA, Relator: Romulo Jose Ferreira Nunes, Data de Julgamento: 04/02/2014, 2ª Câmara Criminal Isolada, Data de Publicação: 05/02/2014)

Assim, considerando o número de vítimas (duas), a pena de um dos crimes de roubo deve sofrer majoração da fração mínima prevista no art. 70 do CP, de apenas 1/6.

Saliente-se que não há como configurar o crime continuado, pois para tal instituto requer-se a pluralidade de condutas, senão vejamos a redação do art. 71 do diploma penal:

> *Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*

Entretanto, no caso, ficou demonstrado que o réu praticou uma única conduta dirigida à duas vítimas para subtrai-lhes os bens, razão porque rejeito o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva.

Passo ao redimensionamento da pena do condenado:

> *Considerando todas as circunstâncias judiciais favoráveis, nos termos da sentença, mantenho a pena-base fixada no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.*
>
> *Na segunda fase da dosimetria, presentes a atenuante da confissão espontânea, bem assim, a agravante da reincidência (f. 54), opero a compensação entre as circunstâncias, mantendo-se a pena intermediária.*
>
> *Na terceira fase, inexistindo causa de diminuição da pena e afastada a causa de aumento do emprego de arma branca, resta a pena fixada em em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.*
>
> *Por fim, configurado o concurso formal de crimes, com majoração da pena em 1/6, fica a pena definitiva fixada em 04 anos e 08 meses de reclusão, além do pagamento de 11 dias-multa.*
>
> *O valor de cada dia-multa fica mantido em 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época do pagamento efetivo.*
>
> *Considerando a quantidade de pena e a reincidência do réu, fixo o regime prisional fechado, nos termos do art. 33, § 2º, do CP e Súmula 269 do STJ.*
>
> *O apelante não faz jus ao benefício inscrito no art. 44 do CP, porquanto o crime foi cometido com grave ameaça à pessoa, pena superior a 04 anos e reincidência.*

Por fim, no que tange ao prequestionamento suscitado, a matéria ventilada não merece abordagem específica ou pormenorizada, haja vista ter sido suficientemente enfrentada, de modo que não houve nenhuma inobservância quanto a este ponto.

Diante de todo o exposto, conheço dos apelos interpostos por Ministério Público Estadual e Willians Carlos Fernandes, sendo que no mérito, nego provimento ao recurso defensivo e dou provimento ao da acusação, para o fim de condenar o réu, conforme imputação feita na denúncia, afastando a desclassificação para furto operada na sentença, reconhecer o concurso formal de crimes e fixar o regime fechado para cumprimento de pena. De ofício, em razão da inovação legislativa benéfica (Lei nº 13.654/2018), afasto a causa de aumento referente ao emprego de arma.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao recurso ministerial. De ofício, afastaram a causa de aumento referente ao emprego de arma.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0011133-36.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ART. 230, DO CPM – VIOLAÇÃO DE SEGREDO PROFISSIONAL – PRELIMINAR ARGUIDA – PRETENSÃO À APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 90-A, DA LEI 9.099/95 – PLEITO ABSOLUTÓRIO NEGADO – CONDUTA SE ENQUADRA NO TIPO PENAL – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231, DO STJ – RECURSO IMPROVIDO

O art. 90-A introduzido pela Lei nº 9.839/99 na Lei nº 9.099/95, dispõe acerca da não aplicabilidade da Lei dos Juizados para o âmbito da Justiça militar.

A conduta do apelante se enquadra perfeitamente no crime do art. 230, do CPM, eis que revelou segredo de que tinha ciência em razão de sua função, resultando dano à vítima, que afirmou ter se sentido constrangido pela exposição de sua família ao público.

O artigo 68, do Código Penal não permite ao sentenciante extrapolar os marcos abstratos mínimo e máximo de pena. Pelo que, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado de Súmula de nº 231, *in verbis*: "*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*"

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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Francisco Leite Gutierres interpõe recurso de apelação (f. 240-247), manifestando seu inconformismo com a sentença (f. 222-227) que o condenou à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 230, do Código Penal Militar.

Inconformado, o apelante alega, preliminarmente, que tem direito a concessão da suspensão condicional do processo prevista na Lei nº 9.099/95. No mérito, requer sua absolvição, seja por ausência de dolo em sua conduta, ou, porque o acusado não tinha condições de prever a ocorrência do resultado danoso. Ainda, pugna pela aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Em contrarrazões (f. 253-258), o Ministério Público Estadual manifesta-se pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às f. 266-274, opina pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se a sentença proferida por seus próprios e bem lançados fundamentos.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Francisco Leite Gutierres interpõe recurso de apelação (f. 240-247), manifestando seu inconformismo com a sentença (f. 222-227) que o condenou à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 230, do Código Penal Militar.

Consta da denúncia (f. 01-02) que:

> *"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, em data próxima ao dia 19 de março de 2014, na cidade de Bela Vista/MS, o autor dos fatos acima qualificado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, revelou, sem justa causa, segredo de que tinha ciência, em razão de profissão exercida em local sob administração militar, resultando dano à pessoa de Johnys Hemory Denis Basso. Segundo se apurou, o denunciado realizou consulta e impressão de ocorrências policiais em nome de Johnys Hemory Denis Basso junto ao sistema Sigo, vazando tais informações posteriormente a terceiros, que publicaram na integra prints do próprio sistema SIGO na rede social denominada Facebook.*
>
> *Tal ação do denunciado, provavelmente se deu em razão de questões políticas, haja vista que em pesquisa na rede mundial de computadores, pode-se observar que o denunciado atualmente é vereador no Município de Bela Vista, assim como a vítima Johnys. Também na rede mundial de computadores, restou possível concluir que ambos compuseram coligações políticas diversas nas eleições de 2016 (informações encaminhadas em anexo à presente denúncia)."*

Após a regular instrução do feito, o denunciado foi condenado como incurso nas penas do art. 230, do Código Penal Militar.

Inconformado, o apelante alega, preliminarmente, que tem direito a concessão da suspensão condicional do processo prevista na Lei nº 9.099/95. No mérito, requer sua absolvição, seja por ausência de dolo em sua conduta, ou, porque o acusado não tinha condições de prever a ocorrência do resultado danoso. Ainda, pugna pela aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Feitas tais considerações passo à análise do recurso.

Preliminar – aplicação da suspensão condicional do processo

Preambularmente, aduz o apelante que, se a pena cominada ao crime militar é compatível com a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95, não se pode impedir a concessão do benefício da suspensão condicional do processo pelo simples falo de se tratar de crime militar.

Razão não lhe assiste.

Isso porque, o art. 90-A introduzido pela Lei nº 9.839/99 na Lei nº 9.099/95, dispõe acerca da não aplicabilidade da Lei dos Juizados para o âmbito da Justiça militar.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal Federal:

> *EMENTA – HABEAS-CORPUS ORIGINÁRIO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – CRIMES MILITARES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA E ABANDONO DE POSTO – LEI Nº 9.099/95: EXIGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO PARA O PRIMEIRO CRIME (ARTIGOS 88 E 91) E POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL (ARTIGO 89) PARA O SEGUNDO – DIREITO INTERTEMPORAL: ADVENTO DA LEI Nº 9.839/99 EXCLUINDO A APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099 DO ÂMBITO JUSTIÇA MILITAR. 1. A jurisprudência deste Tribunal entendeu aplicável à Justiça Militar as disposições da Lei nº 9.099/95 e, assim, a necessidade de representação, no caso de lesão corporal leve ou culposa (artigos 88 e 91), e a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.* ***Entretanto, esta orientação jurisprudencial ficou superada com o advento da Lei nº 9.839/99, que afastou a incidência da Lei nº 9.099/95 do âmbito da Justiça Militar****. 2. Fatos ocorridos em 1998, portanto, na vigência da Lei nº 9.099/95 e antes do advento da Lei nº 9.839/99. 3. Conflito de leis no tempo que se resolve à luz do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição (a lei penal não retroagirá, senão para beneficiar o réu), ou seja, sendo a nova disposição lex gravior, não pode alcançar fatos pretéritos, que continuam regidos pelo regramento anterior (lex mitior). Este assento constitucional afasta, no caso, a incidência do artigo 2º do CPP, que prevê a incidência imediata da lei processual nova. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido, integralmente quando ao primeiro paciente, para declarar a extinção da punibilidade em face da recusa de representação por parte do ofendido, e, em parte, quanto ao segundo, para determinar que seja colhida a manifestação do Ministério Público Militar sobre a oportunidade, ou não, de proposta de suspensão condicional do processo.* (HC 79988, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 28/03/2000, DJ 28-04-2000 PP-00091 Ement Vol-01988-03 PP-00586)

Logo, diante da expressa vedação legal, a qual não padece de inconstitucionalidade, a rejeição da preliminar aventada é medida que se impõe.

Pretensão à absolvição

Inicialmente, convém destacar que a materialidade do crime encontra-se amparada no extrato do Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO) acostado às f. 60-66, o qual demonstra a divulgação de informações da vítima Jhonnys Hemory Denis Basso, publicadas na rede social *facebook* de terceira pessoa (Felipe Loureiro Ocariz).

Inconteste também é a autoria do crime, a qual recai sobre a pessoa do apelante. Vejamos.

Com efeito, a vítima Jhonnys Hemory Denis Basso, ouvida durante a fase inquisitorial, afirmou que:

> *"(...) que o declarante na época se sentiu muito constrangido na época pois expôs sua família ao público e por se tratar de dados sigilosos; que sua família ficou bastante abalada com a situação. Perguntado ao declarante se havia algum tipo de animosidade entre o mesmo e o Sgt PM Gutierres antes dos fatos, respondeu que não, pois não tem amizade com o Sgt Gutierres e nunca conversou com o mesmo" (f. 52)*

Em juízo (f. 162), ratificou seu depoimento extrajudicial, esclarecendo que não sabe o motivo de suas informações terem sido divulgadas pelo acusado.

Quando ouvidos na fase judicial (f. 186), os policiais Oscar Leite Ribeiro e Januário Fleitas, foram enfáticos em afirmar que a transmissão de dados à imprensa deveria ser realizada através de resenhas, consistente em "pequeno texto", e não de cópias de documentos policiais, pois não tinham autorização para fornecê-los, tampouco divulgar informações constantes no SIGO.

Nada obstante, o próprio acusado confessou ter fornecido as ocorrências disponíveis no sistema SIGO ao jornalista João Carlos Velasques, pois não teve tempo de fazer uma resenha e encaminhar para o mesmo. Aliás, assumiu que cometeu um "erro" porquanto as informações da vítima não poderia ter sido publicada daquela forma (rede social *facebook* – f. 62-66).

> *Frise-se que "tipo penal tutela em primeiro plano é a liberdade individual pela manutenção da intimidade e da vida privada da pessoa, vilipendiadas em face da revelação de um segredo"*[1].

Assim, considerando que o acusado tinha conhecimento da proibição do fornecimento de dados, em sua íntegra, à imprensa, resta perfeitamente caracterizada o dolo em sua conduta, eis que revelou segredo da vítima de que tinha ciência em razão de sua função, causando constrangimento a ele e sua família.

Nesse passo, rejeito a pretensão à absolvição.

Da aplicação da atenuante da confissão espontânea

Igualmente, no tocante ao pedido de redução da pena aquém do mínimo legal em razão da atenuante da confissão espontânea, entendo que este não merece prosperar.

Ora, como se sabe, "individualizar a pena" é função do julgador e consiste em aplicar, depois de examinar os elementos do fato, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

Para tanto, o Código Penal estabeleceu parâmetros, qual seja, deve ocorrer estrita obediência ao sistema trifásico de individualização da pena estabelecido no art. 68, do Código referido, majorando ou reduzindo o montante da pena dentro dos limites impostos, para, ao final, impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer.

Extrai-se de referido artigo, que inexiste permissão ao magistrado para extrapolar os marcos abstratos mínimo e máximo de pena. Pelo que, para o fim de encerrar a questão, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado de Súmula de nº 231, *in verbis*: "*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*"

Portanto, tendo em vista que a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal, não há se falar em redução da pena para aquém deste mínimo, por afronta ao artigo 68, CP e Enunciado de Súmula de nº 231, STJ.

Em que pese posições contrárias à aplicação da Súmula 231 do STJ:

> *Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*
>
> *§ 1º Entendo que na segunda fase da dosimetria da pena, não é possível a sua redução abaixo do mínimo legal. Isso porque, muito embora o Enunciado citado não tenha eficácia vinculante, não é despiciendo que se observe a diretriz estabelecida pelo novo Código de Processo Civil, a qual irradia-se sobre toda a ordem jurídica interna, inclusive sobre o processo penal, no sentido de que os tribunais devem uniformizar sua*

1 NEVES, Cícero Robson Coimbra; NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, conforme estabelecem os arts. 926 e 927, inc. IV, ambos do NCPC.

Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Nesse sentido, é de bom alvitre que se observe os precedentes fixados pelos Tribunais de Superposição, ainda que, sem eficácia vinculante, como fez acertadamente o juízo *a quo,* que apesar de reconhecer a atenuante da confissão espontânea ao apelante, manteve a pena fixada ao mínimo legal.

Conclusão

Por fim, despicienda a descrição pormenorizada dos dispositivos aventados, tendo em vista que foram indicados todos os fundamentos necessários para o deslinde da questão.

Pelas razões expendidas, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se irretocável a sentença condenatória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram a preliminar e 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 Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 7 de agosto de 2018.

***

2ª Seção Criminal
Representação Criminal/Notícia de Crime nº 1412653-54.2014.8.12.0000
Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – DECLARAÇÃO DE PERDA DE POSTO E PATENTE DE POLICIAL MILITAR – PRELIMINARES DE NULIDADE – SUPOSTA ILEGALIDADE DO REGIMENTO INTERNO DESTE SODALÍCIO FACE A LEI ESTADUAL Nº 105/80 – INOCORRÊNCIA – INTERDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL E FALTA DE INTERESSE DE AGIR – CONSEQUENTE SOBRESTAMENTO DO FEITO – IMPROCEDÊNCIA – SUSPEIÇÃO DO SUBSCRITOR DA AÇÃO – EXTEMPORANEIDADE DA ALEGAÇÃO – INDULTO – CONCESSÃO QUE NÃO AFETA A PENA ACESSÓRIA – PREJUDICIAIS AFASTADAS – MÉRITO – REQUERIDO CONDENADO PELOS CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA – MANIFESTA OFENSA AO PUNDONOR POLICIAL MILITAR – INDIGNIDADE PARA O EXERCÍCIO DO OFICIALATO RECONHECIDA – PLEITO DEFENSIVO DE CONCESSÃO DA REFORMA – IMPOSSIBILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANUTENÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – JULGAMENTO PROCEDENTE.

Não se reconhece qualquer ilegalidade entre o Regimento Interno desde Sodalício face a Lei Estadual nº 105/80, pois é certo que consubstanciam regramentos que abarcam matérias completamente distintas. Outrossim, a própria Constituição Federal confere ao Ministério Público atribuição para a propositura da ação declaratória de perda de posto e patente, ratificando a previsão do art. 829 e ss. do referido Regimento.

Inexiste interdependência entre as esferas administrativa e judicial, de modo que não há de se cogitar a competência exclusiva do Conselho de Justificação para a declaração da perda do posto e patente, o que afasta, portanto, a alegação de falta de interesse de agir do órgão ministerial para a propositura da demanda, tampouco possibilita o sobrestamento do feito, para que se aguarde eventual decisão a ser prolatada pelo Governador do Estado acerca do procedimento instaurado no âmbito administrativo.

Não se reconhece qualquer suspeição por parte do subscritor da peça inaugural, mormente quando a alegação encontra-se desacompanhada de provas e é realizada de forma totalmente extemporânea.

A concessão do indulto ao requerido não afasta a possibilidade de ajuizamento da ação para declaração da perda do posto e patente, quando o próprio decreto presidencial é expresso ao não alcançar a pena acessória.

O policial militar que no exercício da função comete crimes de especial gravidade, a saber, extorsão mediante sequestro, inobservância de lei ou regulamento e corrupção ativa, fere os deveres funcionais a que se comprometeu cumprir e, via de consequência, o pundonor policial militar, não sendo digno de permanecer como membro das fileiras da corporação.

Nos termos do recente entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 609826, não é possível transferir ou manter o requerido para reserva remunerada, ante a sua manifesta inconstitucionalidade, já que fere de morte o disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal e o princípio da separação dos poderes.

A matéria atinente à possibilidade ou não de manutenção dos proventos de aposentadoria do oficial da reserva excluído do seio da corporação militar deve ser discutida em ação própria, sendo inadequado seu conhecimento na presente ação constitucional, que tem por fim, apenas e tão somente, discutir a possibilidade ou não de permanência do requerido nas fileiras da corporação.

Representação criminal pela perda de posto e patente a que se julga procedente, para o fim de excluir o requerido das fileiras da corporação policial militar, ante a manifesta indignidade para o exercício do oficialato.

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 rejeitar as 04 primeiras preliminares; por maioria, rejeitar a 5ª preliminar, nos termos do voto do relator, vencidos o revisor e o 1º vogal. No mérito, por unanimidade, julgaram procedente a representação criminal.

Campo Grande, 12 de setembro de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de representação criminal para declaração da perda de posto e patente ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do oficial da reserva Cel PM Sebastião Otímio Garcia Silva, objetivando a declaração de incapacidade do representado em permanecer nas fileiras da corporação e da perda de seu posto e patente, com a consequente exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Relata que o representado foi condenado definitivamente à pena de 12 (doze) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes do art. 244, § 1º, c/c art. 70, II, "g" e "l", c/c art. 53, § 5º; art. 324, e art. 308, § 1º, c/c art. 53, § 5º, todos do Código Penal Militar.

Sustenta que a conduta do representado afigura-se incompatível com a que se espera de um integrante da corporação policial militar, mormente porque contraria o disposto no art. 26, I, IV, VII, XIII, XVI, XVII e XVIII, art. 28, I, III, IV e V, art. 30, *caput* e § 2º, art. 40, parágrafo único, art. 108 e art. 109, I, todos da Lei Complementar Estadual nº 53/90.

Defende que:

> *"(...) o policial militar que pratica crime de* ***extorsão mediante sequestro, inobservância de lei e corrupção passiva****, abala a credibilidade da sociedade em relação à Corporação, pois o envolvimento de policiais militares em fatos delituosos dessa natureza, além de ferir a ética da Instituição, causa prejuízo à sua imagem, a permitir a instabilidade da paz pública"* (f. 09 – destaques originais).

Neste sentido, pugna pela exclusão do representado dos quadros da Corporação Policial Militar, negando-lhe eventual pedido de reforma, ante a sua manifesta inconstitucionalidade, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final, oferece prequestionamento.

O representado ofereceu resposta, arguindo, preliminarmente, a ilegalidade dos artigos 829 a 834, todos do regimento interno deste sodalício, face a Lei Estadual nº105/80; a interdependência entre as esferas administrativa e judicial, de modo que a absolvição prolatada naquele âmbito pelo Conselho de Justificação impede o ajuizamento da presente ação; falta de interesse de agir, ante o *decisum* já editado na esfera administrativa; suspeição do subscritor da presente ação; e, finalmente, sustenta que a recente concessão de indulto tornaria prejudicado o feito.

No mérito, salienta os excelentes serviços prestados durante o exercício da função policial militar, o que rendeu-lhe vários elogios e condecorações, sendo inclusive alçado ao mais alto posto da carreira, por merecimento.

Neste sentido, defende que a exclusão da corporação policial militar é medida desproporcional à conduta perpetrada, que, por seu turno, foi um infeliz e único erro em sua carreira, de modo que faz jus à reforma.

Ao final, requer seja julgado improcedente o pedido. Alternativamente, pugna pela concessão da reforma; a preservação dos direitos previdenciários adquiridos anteriormente à prática delituosa; o sobrestamento do feito, até apreciação final do Governador do Estado quanto à decisão do Conselho de Justificação; a concessão de efeito suspensivo à defesa apresentada.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição da defesa e procedência do pedido inicial (f. 929-959).

VOTO (EM 09/05/2018)

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de representação criminal para declaração da perda de posto e patente ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do oficial da reserva Cel PM Sebastião Otímio Garcia Silva, objetivando a declaração de incapacidade do representado em permanecer nas fileiras da corporação e da perda de seu posto e patente, com a consequente exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

O requerido foi definitivamente condenado porque:

> *"Ao anoitecer do dia 30.01.2000, os policiais militares Paulo Siqueira Barbosa, Carlos Alberto de Souza e Carlos Alberto dos Santos Batistote, que se encontravam sob o comando do Major Marmo Marcelino Vieira Arruda, os quais faziam patrulhamento ostensivo no Município de Rio Negro, MS, na estrada conhecida como "Transpantaneira", abordaram o veículo caminhonete Toyota Hilux, placas COZ 8889 de Campinas, SP, a qual era conduzida por Jean Jorge Ocampos, que tinha em sua companhia a pessoa de Mário Márcio de Oliveira Jara.*
>
> *Na abordagem os policiais constataram que o mencionado veículo fora roubado de João Mitica (f. 9952-9953, 38º volume), em Campinas, SP. Por tal motivo os abordados foram presos e encaminhados até esta cidade de Campo Grande, MS, onde chegaram nas primeiras horas do dia 31.01.2000.*

Ocorre que, os policiais militares Paulo Siqueira Barbosa, Carlos Alberto de Souza e Carlos Alberto dos Santos Batistote, ao invés de conduzirem os presos à autoridade policial, entraram em contato com o denunciado cabo PM Manoel João de Figueiredo, vulgo "Márcio", o qual fora ao encontro daqueles.

*A partir desse momento, Jean Jorge Ocampos sofreu pressão do cabo PM Manoel João de Figueiredo e, por decorrência, acabou noticiando que o veículo roubado lhe fora entregue pela pessoa de José Augusto de Lara Pinto, vulgo "*Zé" ou "Guto".

Informou também que, além do comparsa Mário Márcio de Oliveira Jara, contava com a colaboração do policial civil Zildo Bonfim dos Santos, vulgo "Zildão" *que, em veículo próprio e a serviço de José Augusto de Lara Pinto, seguia a sua frente como "*batedor".

Ainda no dia 31.01.2000, já no período matutino, o cabo PM Manoel João de Figueiredo, após apoderar-se do celular de Jean Jorge Ocampos (f. 1324, 6º volume) fez contato com José Augusto Lara Pinto noticiando-lhe a prisão de Jean e Mário com fim precípuo de exigir, para a soltura dos presos, o pagamento da importância de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a ser efetuado próximo ao trevo "Três Barras", nesta cidade.

Nesse local, por volta do meio-dia, estavam presentes os policiais militares Paulo Siqueira Barbosa, Carlos Alberto de Souza, Carlos Alberto dos Santos Batistote, Manoel João de Figueiredo e Marmo Marcelino Arruda, os presos Jean Jorge Ocampos e Mário Márcio de Oliveira Jara, mais as pessoas de José Augusto Lara Pinto, Silvia Mara Bruneri e Zildo Bonfim dos Santos, a fim de realizarem a negociação ilegal.

Em negociação conduzida pelo cabo PM Manoel João de Figueiredo ficou acertado que José Augusto Lara Pinto entregaria naquele ato a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), o que foi feito, e que no dia seguinte, quando chegassem em Corumbá, MS, para onde se dirigiram levando os presos, receberiam mais R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), e após mais três dias seriam entregues os restantes R$ 12.500, 00 (doze mil e quinhentos reais), conforme noticiado por Jean Jorge Ocampos a f. 1.325, 6º volume.

Ainda nesta cidade de Campo Grande, MS, próximo à Base Àerea, o veículo onde se encontravam os presos parou, a seguir o cabo PM Manoel João de Figueiredo fora conversar com uma pessoa que descera de um automóvel marca Clarus, cor prata, que Jean Jorge Ocampo posteriormente reconheceu ser o coronel Sebastião Otímio Garcia Silva, à época comandante do DOF, com quem o cabo Manoel conversou durante algum tempo e, em seguida, todos, com exceção do coronel Sebastião dirigiram-se a Corumbá, MS.

Posteriormente, o Coronel Sebastião Otímio Garcia Silva, para manter contato com o grupo e acompanhar o desenrolar dos fatos, ligava para o aparelho celular do preso Jean Jorge Ocampos, que se encontrava na posse do Cabo PM Manoel João de Figueiredo.

Completado o pagamento, os presos Jean e Mário foram colados em liberdade após permanecer em poder dos policiais militares acima mencionados por mais de vinte e quatro horas.

(...)

Em data indeterminada do mês de fevereiro de 2000, os denunciados Amarildo Garcia Hernandes, Juvêncio Alves de Carvalho, Oziel Marques da Silva, Pedro Crizologo Santana e Marcos Leite, no Município de Corumbá, MS, flagraram a pessoa de Paulo Antônio da Silva, vulgo "Paulão", em companhia de Carlos Elísio de Lima Santos, vulgo "Lincon" ou "Lico", conduzindo uma caminhoneta Ford Ranger, bem como as pessoas

de João Luiz da Silva, vulgo "João Latinha" e uma terceira pessoa conhecida como "Boliviano", não identificada, conduzindo, cada um destes dois, uma caminhoneta Toyota Hilux.

Os veículos estavam sendo levados à Bolívia onde seriam entregues aos receptadores bolivianos, mediante paga ou recompensa aos "arrastadores" (Paulo Antônio da Silva, Carlos Elísio de Lima Santos, João Luiz da Silva e "Boliviano"), os quais estavam conduzindo os veículos a mando de José Augusto Lara Pinto, sendo que todos já foram processados e condenados pela Justiça Comum, inclusive, por formação de quadrilha.

Os referidos policiais militares exigiram a quantia referente ao valor que os veículos seriam vendidos na Bolívia, para liberar os detidos, sob pena de matá-los.

Determinaram que os detidos Carlos Elísio de Lima Santos, João Luiz da Silva e "Boliviano" fossem até à Bolívia, efetivassem o "negócio" com os receptadores bolivianos, e retornassem ao local com o dinheiro auferido.

Após a saída de Carlos Elísio de Lima Santos, João Luiz da Silva e "Boliviano" em direção à Bolívia, os policiais militares sequestraram a pessoa de Paulo Antonio da Silva, que foi mantido preso, com o fim precípuo de obterem vantagem pecuniária.

A exigência da importância de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) foi levada ao conhecimento de José Augusto de Lara Pinto em Campo Grande, MS, por meio de ligação telefônica, oportunidade em que ele tomou conhecimento de que Paulo Antonio da Silva estava preso e assim continuaria, correndo risco de vida, se o dinheiro não fosse repassado aos militares.

O fato foi levado ao conhecimento do Coronel Sebastião Otímio Garcia da Silva, e este não reprovou a conduta dos seus subordinados.

Em seguida, José Augusto de Lara Pinto procurou o advogado Cassildo Tadeu Gehlen a quem noticiou a prisão de Paulo Antonio da Silva e a exigência dos policiais militares, sendo certo que o referido profissional entrou em contato com os superiores hierárquicos dos integrantes da equipe "Marron", resultando em que o preso foi posto em liberdade, e o dinheiro exigido não fosse entregue naquele dia.

Para liberar Paulo Antonio da Silva, os policiais militares fizeram um acordo, exigindo que o valor fosse pago em parcelas, mas a pressão para o recebimento do dinheiro continuou, tendo a vítima Paulo Antonio da Silva afirmado que o militar Amarildo Garcia Hernandes ameaçava-o por telefone, exigindo-lhe a entrega de outros veículos roubados, sob pena de atentar contra a vida de seus familiares.

(...)

A partir do sequestro de Jean Jorge Ocampos e Mário Márcio de Oliveira Jara, ocorrido no dia 30.01.2000, os denunciados Coronel Sebastião Otímio Garcia da Silva, Major Marmo Marcelino Vieira Arruda, Cabo Manoel João de Figueiredo, vulgo "Márcio", Maurício Maria Marques Niveiro, vulgo "Xuxa", Soldado Paulo Siqueira Barbosa, Soldado Carlos Alberto dos Santos Batistote e Soldado Carlos Alberto de Souza, que faziam parte da "equipe Ouro", fizeram acordo com os quadrilheiros e arrastadores de veículos, via de regra importados, no valor de U$ 2.000,00 (dois mil dólares), visando a passagem de carros produtos de ilícito no Estado de São Paulo, os quais seriam levados até o país vizinho da Bolívia.

Assim é que no início do mês de fevereiro de 2.000, alguns dias depois de Jean Jorge Ocampos, Josivan Souza de Santana, Wagner Cardoso de Souza e Sandro de tal terem roubado a caminhonete Toyota Hillux, placas HRN 8020, Campo Grande, MS, pertencente a Rodrigo Almeida Nachif (f. 60, 1º volume), levaram-na para o interior do "pantanal", perto da cidade de Rio Negro, MS, onde acabou atolada em meio à vegetação e lá foi apreendida, posteriormente, por policiais da DEFURV.

Na data de 10.03.2000, Marcos Aparecido Ferreira da Silva e Antonio Alves de Souza, que também conduziam veículos produtos de ilícitos, na estrada "Transpantaneira", nas proximidades da cidade de Rio Negro, MS, sob o comando de José Augusto Lara Pinto, foram flagrados, pela equipe da DEFURV, conduzindo as caminhonetas roubadas: 1) Toyota Hilux, placas frias HRS 3220, Campo Grande, MS, e originais JFA 1259, São Paulo, SP, cadastradas em nome de Itaú Leasing Arrendamento Mercantil, registro de roubo em São Paulo, SP, sob o B.O. Nº1018/2000, datado de 24.02.2000 (f. 53, 1º volume); e 2) Toyota Hilux, placas frias HRN 8601, Campo Grande, MS, placas originais CKX 6261, Campinas, SP, cadastrada em nome de América do Sul Leasing Arrendamento Mercantil, roubada em 26.02.2000, conforme B.O. 1090/2000 da mesma data (f. 48, 1º volume).

Na data de 08.03.2000, o proprietário da Fazenda Conceição noticiara, por telefone, à CIPMA, em Rio Negro, MS, a existência de um veículo abandonado na estrada "Transpantaneira", sendo ele um veículo IMP/HILUX, placas COZ 1505, B.O. 19268 (f. 36 e 43, 1º volume), que passou informação à DEFURV, em Campo Grande, MS, no dia seguinte.

Na data de 19.04.2000, próximo ao Município de Rio Negro, MS, os "arrastadores de veículos", Jean Jorge Ocampos, Josivan Souza de Santana e Luis Carlos Barbosa, foram flagrados, por policiais ambientais, conduzindo os veículos Toyota Hilux, placas DBJ 1050, Campinas, SP, e outra de cor branca, placas CXG 3250, que eram produto de roubo na cidade de Campinas, SP, conforme dos B.O. 13339/2000 e 3137/2000, que pretendiam vender na Bolívia, esses veículos foram, posteriormente, apreendidos pela DEFURV.

Na data de 17.03.2000, próxima a cidade de Rio Negro, MS, foi apreendido o veículo Toyota Hilux, placas CXD 7265, Campinas, SP, a qual foi abandonada na região do pantanal, objeto de roubo na cidade de Campinas, SP, na data de 03.02.2000 (f. 57, 1º volume)."

Ante a ordem de prejudicialidade, examinam-se as preliminares de nulidade, as quais devem ser rechaçadas sem maiores delongas.

Ab initio, requer a extinção da representação por perda de objeto, uma vez que o representado encontra-se na reserva remunerada, conforme comprovante de f. 171.

Entretanto, tal condição (reserva remunerada) não impede o processamento do presente feito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: I. Praça da Polícia Militar do Estado: perda da graduação e consequente expulsão da corporação: processo específico (CF, art. 125, § 4º, parte final): decisão recorrida baseada no exame da eticidade da conduta do representado: ausência de cerceamento de defesa: precedente.1. As praças 'não têm posto nem patente, mas apenas graduação' (cf. RE 121.533,1ª T., Pertence, DJ 30.11.90): assim, a 'perda da graduação', aqui realizada em procedimento próprio, por decisão do tribunal competente - onde a 'defesa ofereceu contra-razões (f. 32-38), juntou documentos (f. 40-69 e 81-82) e arrolou testemunhas, todas inquiridas (f. 95-97)' – tem como conseqüência a exclusão das praças. 2. De qualquer forma, a exclusão, no caso, decorreu do reconhecimento pelo Tribunal a

quo de que o recorrente 'carece de condições morais necessárias ao elevado padrão que deve ser considerado na corporação policial militar', o que não diverge do requerido na representação, que, embora em sua parte inicial, afirmou expressamente ter sido oferecida 'para perda de graduação e declaração de incompatibilidade para o desempenho das funções de policial militar' do recorrente. 3. A posterior transferência para a reserva remunerada não impede que, transitado em julgado o acórdão, seja executada a decisão de perda da graduação e conseqüente exclusão. (STF - RE nº217.781, Primeira Turma, Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22/10/2004).

Tanto assim, que o representado quando adentrou no mérito de sua defesa, requereu a manutenção dos proventos da reserva remunerada, caso ocorra perda de patente.

Nesse passo, não há prejudicialidade do pedido com a condição ostentada pelo representado de inativo por reserva remunerada.

Sustenta ademais, a ilegalidade dos artigos 829 a 834, todos do Regimento Interno deste Sodalício, face a Lei Estadual nº 105/80, que disporia de maneira específica sobre a matéria, a afastar a incidência daquelas normas. Ocorre que de acordo com a remansosa jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

"Por força do art. 129, II, e IX, da Constituição Federal, cumpre ao órgão ministerial: "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; e IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas". Estes dois incisos são compatíveis com a atuação atribuída ao Ministério Público Estadual pelo art. 829 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça."[1]

Outrossim, ao discorrer sobre o tema, o *Parquet* de 2ª instância foi pontual (f. 935-939):

"Todavia, não há que se falar em conflito de normas, tendo em vista que o campo de incidência de cada uma é independente e trata de uma esfera específica. Enquanto o Regimento Interno do TJMS, nos artigos 594, I e 595, versa sobre os feitos de natureza jurisdicional, a Lei Estadual nº105/80 trata dos feitos oriundos do Conselho de Justificação, portanto, matéria concernente à esfera administrativa.

É preciso suscitar que a declaração da perda do posto e patente dos oficiais ***pode ser iniciada de duas formas****:*

1ª) decorrente do ato do julgamento, nos processos oriundos dos Conselhos de Justificação ou de Disciplina (Art. 594, I, RITJ); e

2ª) Ação Declaratória Constitucional do Ministério Público (Art. 595, RITJ).

(...)

Ressalta-se, que ***o Conselho de Justificação possui, evidentemente, natureza administrativa****, uma vez que visa tão-somente avaliar a condição moral do militar para a continuidade de suas atividades em seu* ***posto*** *e* ***patente****, não guardando nenhum vínculo com a apuração de crime no desempenho de suas funções, cuja esfera de atribuição é outra, sem sombra de dúvidas, independente.*

Impende considerar que a Constituição Federal, no seu art. 2º, assevera a independência das esferas administrativa e criminal, quando dispõe que: "Art. 2º São

1 Representação Criminal nº 1410917-64.2015.8.12.0000, 2ª Câmara Criminal, rel.: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j. 22/02/2016, p. 1º/03/2016.

Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Portanto, enquanto a autoridade administrativa tem a exclusiva competência para apurar se o policial militar praticou ato que afetasse a honra pessoal, o pundonor policial-militar ou o decoro da classe, a Ação declaratória constitucional ajuizada por esta Procuradoria de Justiça assume relevo o comportamento pessoal do requerido e a prática do crime de que é acusado. Colacionamos julgado concernente a decisão onde se demonstra a não vinculação, ou seja, a independência, entre as decisões da esfera judicial e de Conselhos de Disciplina, instaurado no caso das praças (...).

Ressalte-se, assim, que a Lei Estadual nº 105/80, a qual dispõe, na Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências; em realidade, refere-se à ***aplicação apenas no âmbito administrativo****.*

É preciso considerar que a ação de declaração de perda de posto e patente, prevista no parágrafo quarto do art. 125 da CF, se restringe, tão somente, a analisar se o comportamento apurado no processo-crime originário da ***representação*** *é condizente com o exercício da profissão de* ***militar****.*

Assim, resta claro, induvidosamente, que as órbitas administrativa e penal são autônomas e inconflitantes, em situações como a versada nestes autos, razão pela qual, esta Procuradoria de Justiça se manifesta pelo afastamento da preliminar aventada." (Destaques originais)

Também deve ser afastada a tese da interdependência entre as esferas administrativa e judicial, de modo que a absolvição prolatada naquele âmbito pelo Conselho de Justificação impediria o ajuizamento da presente ação.

Novamente, há de se relembrar que a jurisprudência deste e. Sodalício já se encontra consolidada no sentido de que:

"(...) as instâncias administrativas e judiciais são independentes, não havendo de se cogitar a competência exclusiva do Conselho de Disciplina para declaração de perda de posto e patente dos oficiais e graduação das praças, nos termos do disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal"[2].

No mesmo sentido, o *decisum* prolatado nos autos da Petição nº 0019267-70.2008.8.12.0000, de relatoria do I. Des. Romero Osme Dias Lopes, e julgado aos 15 de dezembro de 2008, o qual também afasta a alegação defensiva de falta de interesse de agir, ante a decisão já emitida na esfera administrativa.

De outra parte, não é demais relembrar que:

"(...) o Ministério Público tem legitimidade para propor a representação para declaração de perda do posto de soldado militar, ante o que dispõe a Constituição Federal (art. 129, II) e a Constituição Estadual (art. 132, II), em razão do dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia."[3]

Lado outro, alega a defesa a suspeição/impedimento do subscritor da presente ação, pois fora o responsável pela condução da ação penal em 1ª instância. Todavia, uma vez mais bem ponderou a d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 945):

2 Representação Criminal nº 4000133-13.2013.8.12.0000, 2ª Câm. Crim., rel.: Des. Carlos Eduardo Contar, j. 19/08/2013, p. 10/12/2013.

3 Petição nº 0011975-73.2004.8.12.0000, Seção Criminal, rel.: Des. João Batista da Costa Marques, j. 15/08/2005, p. 21/09/2005.

> *"Em que pesem os argumentos apresentados, não merecem qualquer guarida. A uma, pela* ***absoluta falta de amparo legal****. A duas, pela* ***extemporaneidade, desarrazoabilidade, e desprovimento de conteúdo dos pontos invectivados****.*
>
> *Dispõe o art. 258 do Código de Processo Penal que aos Órgãos do Ministério Público aplicam-se os dispositivos relativos à suspeição e aos impedimentos dos juízes.*
>
> *Assim sendo, quando a parte pretender suscitar a suspeição do representante ministerial, como no caso em tela,* ***deverá observar obrigatoriamente as regras*** *estabelecidas no Capítulo II, do Título VI, do CPP, que prevê em seu artigo 98, in verbis:*
>
> *Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz,* ***deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador*** *com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*
>
> *Ocorre que, in casu, a defesa limitou-se a aduzir a aventada "suspeição" do Procurador de Justiça subscrevente, apresentando argumentos infundados e vazios de conteúdo, no sentido de que teria "colocado palavras na boca da testemunha", sem indicar especificamente o momento em que isso teria ocorrido, e em qual processo, e, principalmente, sem trazer a mínima prova de suas alegações despropositadas. E, além disso, vem patinhar em suposto fato que teria ocorrido numa ação já objeto de decisão judicial, e hodiernamente sob o manto da coisa julgada!*
>
> *Destarte, considerando que a defesa não se desincumbiu de seu ônus de provar a aventada suspeição deste Representante Ministerial, pela* ***via e forma legais****, limitando-se apenas a alegar fatos que, definitivamente, não ocorreram, nem poderiam ter tido* ***qualquer repercussão processual, a rejeição da preliminar em discussão é medida que se impõe e que ora se requer****."* (Destaques originais)

Assim, rejeita-se a prejudicial aventada.

Finalmente, sustenta que a recente concessão de indulto por intermédio do Decreto nº 8.615/2015, tornaria prejudicado o feito, já que extinta a punibilidade do agente.

Em que pese a benesse concedida, o fato é que o próprio art. 1º, § 1º, do referido decreto contém prescrição no seguinte sentido: *"o indulto de que trata este Decreto não se estende às penas acessórias previstas no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e aos efeitos da condenação"*, ou seja, embora o requerido tenha sido agraciado com a extinção da punibilidade, não há impedimento algum para a continuidade do presente feito, já que a perda do posto e patente constitui pena acessória não alcançada pelo Decreto.

Em casos de igual jaez, este Sodalício já se manifestou

> *"PERDA DA GRADUAÇÃO – REPRESENTADO CONDENADO POR CRIME MILITAR A PENA SUPERIOR A 02 ANOS - PEDIDO DE APLICAÇÃO DA PENA ACESSÓRIA RELATIVA À PERDA DA GRADUAÇÃO – PRELIMINAR DEFENSIVA DE QUE A PENA ACESSÓRIA ESTÁ EXTINTA PELA CONCESSÃO DO INDULTO PRESIDENCIAL – TESE REJEITADA – DECRETO PRESIDENCIAL QUE EXCEPCIONA AS PENAS ACESSÓRIAS MILITARES – PRELIMINAR REJEITADA – COM O PARECER. A concessão do indulto presidencial, extinguindo a pena imposta, não atinge a pena acessória militar de perda da graduação, nos termos da exceção prevista no art. 8º do Decreto 8.940/2016."*[4]

4 Representação p/ Perda da Graduação nº 1410291-11.2016.8.12.0000, 1ª Câm. Crim., relª.: Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j. 30/01/2018, p. 06/02/2018.

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

Peço vênia ao e. relator para acolher a preliminar de carência de ação suscitada pela defesa, no sentido da impossibilidade de se declarar a perda de graduação do requerido após a extinção da pena privativa de liberdade.

Em consulta aos Autos nº 0102438-58.2004.8.12.0001, junto ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ), verifica-se que aos 16 de janeiro de 2015, o representado teve a pena extinta pela concessão de indulto.

Por outro lado, a presente representação criminal foi ofertada pelo *Parquet* somente aos 09 de outubro de 2014, e, embora ajuizada em data posterior à decisão que indultou o representado, fato é que Sebastião fazia jus à benesse desde 25 de dezembro de 2013 – com base no Decreto nº 8.172/2013 – tendo solicitado-a aos 24 de julho de 2014.

Assim, resta nítido que quando do ajuizamento da presente ação pelo *Parquet*, o representado já fazia jus à benesse legal, já a havia pleiteado e, por conta da demora para análise do pedido, a mesma não havia sido deferida.

Dessarte, afigura-se patente que no momento em que o *Parquet* ajuizou a ação, o representado já tinha direito ao indulto.

Nesta seara, é de se rememorar que as penas mais leves prescrevem com as mais graves, de sorte que a extinção da punibilidade em relação à pena principal acarreta a impossibilidade de representação para imposição da pena acessória, vez que se trata de circunstância que produz efeitos em toda e qualquer outra ação decorrente do feito principal e, portanto, tal ocorrência deve ser levada em consideração para a pena acessória eventualmente imposta.

A respeito colhem-se julgados desta Corte de Justiça:

> *"AÇÃO CONSTITUCIONAL DECLARATÓRIA DE PERDA DE GRADUAÇÃO – PENAL MILITAR – INDULTO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – REFLEXOS SOBRE A REPRESENTAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA FORÇA POLICIAL – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*
>
> *A perda de graduação da praça encontra-se intimamente ligada à pena principal imposta ao condenado por crime militar e, portanto, havendo a extinção da punibilidade quanto à pena principal, decorrente de indulto em favor do sentenciado, há de se reconhecer que a ação constitucional declaratória de perda de graduação deverá seguir aquela, impedindo-se, assim, a instauração e/ou prosseguimento da mesma.*
>
> *Ação constitucional declaratória de perda de graduação a que se julga extinta, sem resolução do mérito, ante a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular."*[5]
>
> *"AÇÃO CONSTITUCIONAL DECLARATÓRIA DE PERDA DE GRADUAÇÃO – PENAL MILITAR – INDULTO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – REFLEXOS SOBRE A REPRESENTAÇÃO PARA EXCLUSÃO DA FORÇA POLICIAL – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*
>
> *A perda de graduação da praça encontra-se intimamente ligada à pena principal imposta ao condenado por crime militar e, portanto, havendo a extinção da punibilidade quanto à pena principal, decorrente de indulto em favor do sentenciado, há de se*

5 RpCr n.º 1410290-26.2016.8.12.0000, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJMS 24/04/2017.

reconhecer que a ação constitucional declaratória de perda de graduação deverá seguir aquela, impedindo-se, assim, a instauração e/ou prosseguimento da mesma.

Ação Constitucional Declaratória de Perda de Posto ou Graduação a que se julga extinta, sem resolução do mérito, ante a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular."[6]

Dessarte, comprovada a extinção da pena privativa de liberdade, não há como aplicar o art. 98, I, do Código Penal Militar, vez que inexiste a condição de procedibilidade para o manejo da presente ação, qual seja, a existência da pena principal.

Ante o exposto, julgo extinta sem resolução do mérito a representação criminal, proposta em desfavor de Cel PM Sebastião Otímio Garcia Silva, ante a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento e regular do processo.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (1° vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

O Sr. Juiz Waldir Marques - em substituição legal. (2° vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (3° vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Superada a matéria preliminar, procede-se ao exame do mérito.

Como cediço,

"(...) a representação pela declaração da perda do posto e da patente subdivide-se em duas modalidades, a saber: I) por atos de indignidade e II) por atos de incompatibilidade. Além de expressamente constarem as duas espécies de condutas na Constituição Federal e no Estatuto dos Militares, também o Código Penal Militar as positivou em artigos distintos ao tratar das penas acessórias. Deontologicamente, incompatível é o inconciliável com o oficialato. Indigno é o baixo, torpe, sórdido, não merecedor da condição de oficial"[7].

A fim de lançar luz sobre a questão, a Lei Complementar Estadual nº 53/90 – Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Mato Grosso do Sul -, contém previsão no seguinte sentido:

"Art. 26. O sentimento do dever, o pundonor policial-militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da polícia militar conduta moral e profissional irrepreensível, com observância dos seguintes preceitos da ética policial-militar:

I - amar a verdade e a responsabilidade com fundamento da dignidade pessoal;

(...)

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das

6 RpCr n.º 1404742-54.2015.8.12.0000, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJMS 21/07/2016.

7 STM; ReprDeclIndigIncom 0000133-59.2017.7.00.0000, Tribunal Pleno, rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, j. 18/12/2017, DJSTM 20/02/2018, p. 3.

autoridades competentes;

(...)

XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e particular;

(...)

XVI - conduzir-se mesmo fora do serviço ou na atividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro policial-militar;

XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;

XVIII - zelar pelo bom nome da polícia militar e de cada um dos seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética policial-militar.

(...)

Art. 28. Os deveres policiais-militares emanam de vínculos racionais e morais que ligam o policial-militar à comunidade e a sua segurança, e compreendem essencialmente:

I - a dedicação ao serviço policial-militar e a fidelidade à instituição a que pertencem, mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

III - a disciplina e o respeito à hierarquia;

IV - o rigoroso cumprimento das leis e ordens."

No caso concreto, não há dúvidas de que as práticas delitivas pelas quais o representado restou condenado mostram-se graves e violadoras dos preceitos legais adrede transcritos e pelos quais o requerido comprometeu-se a seguir.

Com efeito, a utilização da sua função para o cometimento de crimes que tinham por objetivo o ganho patrimonial ilícito do representado demonstra seu total desrespeito ao pundonor policial militar, manchando a honra da corporação perante a sociedade civil, que espera de seus integrantes a repressão aos crimes e condutas ilícitas, e não seu alistamento em organizações criminosas que tem causado tanto terror e violência.

Note-se que, no caso concreto, não bastasse a gravidade dos delitos de extorsão mediante sequestro e inobservância de lei ou regulamento, a disposição do representado para a prática reiterada do crime de corrupção passiva é elemento determinante a demonstrar sua total falta de condições para a permanência no oficialato, pois fere de morte seus princípios e o que se espera de um polícia militar, especialmente no que diz respeito ao combate de crimes nas regiões de fronteira.

Sobre o tema, a jurisprudência é clara:

"REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/ INCOMPATIBILIDADE PARA O OFICIALATO – PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 20 DA LEI Nº 3.765/60 – MATÉRIA CÍVEL – NÃO CONHECIMENTO – UNANIMIDADE – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – UTILIZAÇÃO DE AERONAVE PERTENCENTE À FORÇA AÉREA BRASILEIRA (FAB) – CONDENAÇÃO NO JUÍZO FEDERAL CRIMINAL

> *– PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS – PERDA DO POSTO E DA PATENTE – SEM DIVERGÊNCIA DE VOTOS – PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20 DA LEI Nº 3.765/60 – MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM, À LUZ DO ART. 109, INCISO I, DA CF/88 – NÃO CONHECIMENTO – DECISÃO UNÂNIME. Coronel da Reserva Remunerada da FAB em comprovado envolvimento com o tráfico internacional de entorpecentes, condenado à pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão e a 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, por Sentença proferida pela 6ª Vara Federal Criminal da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro, sujeita-se à perda do posto e da patente, ex vi do art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, disciplinado pelo art. 120, inciso I, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80). Malferidos o pundonor militar e o decoro da classe, e abalada a retidão de conduta esperada de um oficial das forças armadas, a avaliação do panorama fático que ensejou sua condenação criminal, fortalece a convicção de merecer o representado o estigma de indigno para com o oficialato. Representação acolhida para declarar a indignidade do representado para com o oficialato e determinar a perda de seu posto e de sua patente. Decisão unânime."*[8]

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR – POLICIAL MILITAR INDIGNO DO OFICIALATO – PERDA DE PATENTE. 1) Evidenciadas as condutas incompatíveis com a altivez e o pudor que devem nortear a conduta do policial militar, declara-se a indignidade do representado, e, por consequência, a perda do posto e da patente. 2) representação que se julga procedente."*[9]

De outra banda, é certo que os anos de serviço prestados e o recebimento de vários elogios e condecorações constituem elementos a serem considerados para a análise do pleito. Porém, é de se sublinhar que a gravidade dos delitos praticados também constitui elemento determinante para o acolhimento ou não da pretensão, tal como já decidido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso:

> *"A exclusão do militar do quadro da policia militar deve ser analisada sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Quando não há elementos favoráveis à aplicabilidade da medida extrema, tais como: longo período na corporação (24 anos), ausência de outros delitos anteriores e posteriores, bem como ficha funcional demonstrando reputação ilibada e detentor de inúmeros elogios e condecorações, mormente se o crime praticado, embora reprovável, é insignificante, julga-se improcedente o pedido"*[10].

In casu, como já ressaltado anteriormente, embora o representado tenha um longo histórico de serviços prestados à corporação militar, contando com vários elogios, o fato é que sua conduta criminosa nem de longe pode ser considerada insignificante, mormente quando se em tem conta o "acordo" firmado com outros criminosos para fazer parte de um grande esquema de facilitação ao contrabando de carros importados produtos de ilícito e com o qual o requerido lucraria a quantia de pelo menos U$ 2.000,00 (dois mil dólares).

Aliás, o voto prolatado nos autos da Apelação nº 2007.017474-6, já alertava para a gravidade das condutas perpetradas, *in verbis* (f. 106):

> *"Os fatos em questão, apurados neste processo cujos atos e instrumentos probatórios se dividem em nada menos que 16 volumes, retrata uma situação estarrecedora em que uma corporação de militares se vê envolvida com marginais, em que os milicianos, ao invés de cumprir o seu honroso mister de combater o crime, enveredam por rumos*

8 STM, Rep-DecInd 141-41.2014.7.00.0000, Tribunal Pleno, rel. Min. José Barroso Filho, DJSTM 11/02/2016.

9 TJAP, Proc 0001661-34.2015.8.03.0000, Tribunal Pleno, rel. Des. Carmo Antônio, j. 27/01/2016, DJEAP 04/02/2016, p. 19.

10 TJMT, PET 121343/2015, rel.ª Des.ª Marilsen Andrade Addário, j. 26/01/2017, DJMT 20/02/2017, p. 3.

> *opostos, agindo nas sombras, interceptando o caminho regular das investigações. O grupo não cumpria sua obrigação de interromper o* ***iter criminis****, mas, ao contrário, eles próprios ajudavam os marginais a alcançar o fim último que era a travessia das camionetes roubadas pela estrada vicinal chamada "Transpantaneira", fazendo-as chegar à Bolívia, para alcançarem a "recompensa" dos infratores." (Destaques originais)*

Nessa esteira, impossível não se concluir pela total indignidade e incompatibilidade do representado para a permanência nas fileiras da corporação policial militar, não se tratando sua exclusão de medida desarrazoada ou desproporcional à gravidade dos crimes praticados, muito ao contrário.

A manutenção do representado como membro da polícia militar somente reforçaria o sentimento de impunidade e descrédito às instituições públicas estabelecidas, cuja função é servir de exemplo aos cidadãos quanto ao respeito às leis e normas atualmente em vigor.

Nessa esteira, acolhe-se o pedido de exclusão das fileiras da corporação policial militar, tal como formulado pelo *Parquet*.

Quanto ao pedido defensivo de reforma, o mesmo também deve ser rejeitado, nos termos do quanto já decidido recentemente pela Colenda 1ª Câmara Criminal deste Sodalício, em atenção à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal:

> *"REPRESENTAÇÃO PELA PERDA DA GRADUÇÃO DE MILITAR – PEDIDO DE RESERVA DO REPRESENTADO – IMPOSSIBILIDADE – PERDA DA GRADUAÇÃO – PROCEDENTE – REPRESENTADO CONDENADO DEFINITIVAMENTE A MAIS DE 02 ANOS POR CRIME MILITAR DE ELEVADA GRAVIDADE – PROFÍCUA VIDA DE CASERNA QUE NÃO ILIDE O CRIME PRATICADO – REPRESENTAÇÃO PROVIDA – MILICIANO EXCLUÍDO DAS FILEIRAS DA CORPORAÇÃO – COM O PARECER. Não se promove o representado à reserva remunerada vez que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 609826, declarou inconstitucional a concessão de reforma, então decretada pelo Tribunal de Justiça de MS, por ofensa ao § 4º do art. 125 da Carta Magna e ao Princípio da Separação dos Poderes. A profícua vida de caserna do representado não ilide o crime perpetrado. Exclui-se das fileiras da corporação o condenado, definitivamente, a pena superior a 02 anos, por crime militar, cuja elevada gravidade do delito contradiz frontalmente o múnus público militar, tornando incompatível a conduta com a vida castrense."*[11]

De outro vértice, o pedido defensivo de preservação do tempo de serviço e contribuição previdenciária até a propositura da presente ação não pode ser conhecido, pois, conforme bem relembrado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça,

> *"(...) em que pese a existência de direito ao tempo de contribuição, esse Tribunal de Justiça, data vênia, não possuiria competência para conhecimento de direitos patrimoniais ou mesmo direitos adquiridos, no bojo desta ação constitucional, mas sim, e se o caso, em processo próprio. Nesse passo, eventuais decisões emanadas desse Órgão Julgador, afetas à preservação do direito ao percebimento de proventos de aposentadoria, poderiam ser tomadas, quiçá, somente como recomendação ao executivo" (f. 954-955).*

Finalmente, refuta-se o pleito de concessão de efeito suspensivo à defesa apresentada e consequente sobrestamento do feito até decisão final do Governador do Estado, pois, como salientado anteriormente, não existe subordinação entre as esferas administrativa e judicial.

11 Representação p/ Perda da Graduação nº 1407745-80.2016.8.12.0000, 1ª Câmara Criminal, relª: Desª. Maria Isabel De Matos Rocha, j. 30/01/2018, p. 09/02/2018.

Ante o exposto, julgo procedente a presente representação criminal para declaração da perda de posto e patente ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do oficial da reserva Cel PM Sebastião Otímio Garcia Silva, determinando a perda do seu posto e patente e excluindo-o dos quadros da Corporação Policial Militar, ante a manifesta incompatibilidade e indignidade para o exercício do oficialato.

Por unimidade rejeitaram as 04 primeiras preliminares; por maioria, rejeitaram a 5ª preliminar, nos termos do voto do relator, vencidos o revisor e o 1º vogal. No mérito, a conclusão do julgamento foi adiada para a próxima sessão, em razão do pedido de vista do revisor (Des. Carlos Eduardo Contar), após o relator julgar procedente a representação criminal. Os demais aguardam. (sust. oral)

VOTO (EM 12/09/2018)

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

Acompanho o e. relator e julgo procedente a representação criminal ajuizada em face do Cel PM Sebastião Otímio Garcia Silva, para determinar a perda de posto e patente e excluí-lo da Corporação Policial Militar do Estado.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli - em substituição legal. (1° vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Waldir Marques - em substituição legal. (2° vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (3° vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade rejeitaram as 04 primeiras preliminares; por maioria, rejeitaram a 5ª preliminar, nos termos do voto do relator, vencidos o revisor e o 1º vogal. No mérito, por unanimidade, julgaram procedente a representação criminal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

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 e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 12 de setembro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0005942-70.2018.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO ABORDADA NO ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGO 4º DA LEI 13.65/18 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – TESE NÃO ACOLHIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Como cediço, a Lei 13.654/2018 revogou o disposto no inciso I, § 2º, do artigo 157, do Código Penal, que abordava o aumento de pena quando a violência ou grave ameaça fosse exercida com o emprego de arma, mesmo que branca. Como corolário, tratando-se de superveniência de *novatio legis in mellius*, enfim, nova lei mais benéfica, inevitável que retroaja para beneficiar o réu, *ex vi* do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Não há falar em inconstitucionalidade formal, em que pese o respeito devido à divergência, posto que a revogação da majorante, além de constar no texto original, remanesceu no texto final aprovado pela CCJ no Senado Federal, constando, ainda, posteriormente, no PL 9.160/2017 aprovado pela Câmara dos Deputados, bem como no Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, aprovado, em sua integralidade, pelo Senado Federal.

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. Inexiste, pois, 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.

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

Contra o parecer, recurso 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, 26 de julho de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Vanderlei Ferreira de Morais interpõe agravo em execução, porquanto irresignado com a decisão (f. 57-64) que indeferiu o pedido de afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 35-41) sustenta, em suma, que a majorante alusiva ao emprego de arma branca foi expressamente revogada pela Lei nº 13.654/18 e, assim, por ser mais benéfica, deve ser aplicada.

Contrarrazões (f. 77-94) pelo improvimento do recurso.

Em reexame, a decisão restou mantida, por seus próprios fundamentos (f. 96).

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 103-106) pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Vanderlei Ferreira de Morais interpõe agravo em execução, porquanto irresignado com a decisão (f. 57-64) que indeferiu o pedido de afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 68-74) sustenta, em suma, que a majorante alusiva ao emprego de arma branca foi expressamente revogada pela Lei nº 13.654/18 e, assim, por ser mais benéfica, deve ser aplicada.

Contrarrazões (f. 77-94) pelo improvimento do recurso.

Em reexame, a decisão restou mantida, por seus próprios fundamentos (f. 96).

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 103-106) pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Nada obstante o respeito devido à divergência, a pretensão recursal em tela comporta guarida.

Emerge que, dentre outras inovações trazidas pela Lei 13.654/2018, situa-se o § 2º-A acrescido ao artigo 157 do Código Penal, concernente ao aumento de pena correspondente a 2/3 quando o delito se concretizar mediante o emprego de arma de fogo ou quando verificar-se destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

Verificou-se, também, revogação do disposto no inciso I, § 2º, do referido dispositivo legal, que abordava o aumento de pena quando a violência ou ameaça fosse exercida com o emprego de arma, mesmo que branca.

A matéria, entretanto, passou a suscitar divergências, notadamente quanto à inconstitucionalidade formal do preceito normativo que revogou a majorante prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, uma vez que, nessa linha, teria ocorrido afronta ao devido processo legislativo na tramitação do projeto de lei (PLS 149/2015) que resultou na promulgação da Lei 13.654/2018.

Sustenta-se que no texto final do PLS 149/2015, aprovado inicialmente pelos parlamentares integrantes da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, não constava qualquer dispositivo revogando a majorante do emprego de arma (*lato sensu*), estampada posteriormente no artigo 4º da Lei 13.654/2018.

Aduz-se, inclusive, que a Coordenação de Redação Legislativa do Senado Federal teria indevidamente inserido o dispositivo no projeto de lei, em desacordo com o que que havia sido efetivamente aprovado pelo plenário daquela comissão, dando margem, assim, à inconstitucionalidade formal por suposta afronta ao artigo 65 da Constituição Federal.

Respeitado posicionamento diverso, é de se ver que a gênese da discussão concerne a equívoco dos responsáveis pela publicação no *Diário do Senado Federal* da matéria aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Ocorre que no dia 24/3/2015 foi protocolado o Projeto de Lei 149/2015, que concomitantemente criava, de um lado, duas novas causas de aumento de pena aos crimes de roubo – *emprego de arma de fogo e destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 1º)* – e, de outro, revogava a majorante insculpida no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (artigo 3º).

Desponta, assim, que desde o início, desde a proposta inicial, se abordava a revogação da causa de aumento em tela, prevista no inciso I, § 2º, do artigo 157 em comento.

O projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), oportunidade em que o relator, senador Antonio Anastasia, emitiu parecer pela aprovação, tal qual apresentada pelo proponente.

Em sessão realizada no dia 13/9/2017, após a leitura do relatório, foi concedida vista aos senadores Eduardo Amorim e Vanessa Grazziotin, não se vislumbrando, portanto, nessa ocasião, qualquer deliberação acerca do mérito.

Retornando à pauta, a senadora Simone Tebet então apresentou a Emenda Aditiva 1, a qual não estampou qualquer alteração à proposta original, notadamente acerca da revogação da majorante espelhada no artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal. Naquela mesma sessão, o senador Antonio Anastasia reformulou seu relatório, acolhendo a emenda que foi proposta, e, posteriormente, o plenário aprovou o texto do projeto de lei – Parecer 141/2017.

No entanto, o referido parecer, ao ser publicado no Diário do Senado Federal, por algum lapso, deixou de estampar o dispositivo que constava na proposta aprovada e que previa, consoante salientado alhures, a revogação do artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal.

De toda forma, na sequência, verificou-se o encaminhamento à Comissão de Redação Legislativa, a qual, nessa linha, recebeu o texto tal como aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ou seja, contendo o dispositivo que revogava a majorante em tela. E, assim, vislumbrou-se oportunamente encaminhamento à câmara dos deputados, convertendo-se no PL 9.160/2017, ao qual se apensou o PL 5.989/2016, de autoria do deputado Severino Ninho, que já trazia apensado o PL 6.737/2016.

O plenário da câmara dos deputados, por sua vez, formalizou a aprovação do projeto de lei tal como encaminhado pelo Senado Federal, acrescido, apenas, de um artigo concernente à inutilização de cédulas de moeda corrente depositadas no interior dos caixas eletrônicos em caso de arrombamento.

Nesse contexto, em que pese o respeito devido a entendimento contrário, exsurge que a única alteração feita pela câmara dos deputados não afetou nem interferiu na revogação da majorante prevista no

artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Ao contrário, a derrogação se revelou intocável e prevista no artigo 4º do PL 9.160/2017.

No dia 06/03/2018, o projeto de lei, sob a rubrica Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, retornou à casa iniciadora e foi aprovado pelo plenário, com oportuno encaminhamento à sanção presidencial e promulgação.

Resulta que a revogação da majorante, além de constar no texto original, remanesceu no texto final aprovado pela CCJ no Senado Federal, constando, ainda, posteriormente, no PL 9.160/2017 aprovado pela câmara dos deputados, bem como no Substitutivo da Câmara dos Deputados 1, de 2018, ao PLS 149, de 2015, aprovado, em sua integralidade, pelo Senado Federal.

A corroborar o entendimento aqui adotado, mister se faz observar que o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela incidência da Lei 13.654/18, de maneira retroativa, como *novatio legis in mellius,* retirando a majorante do roubo praticado com emprego de arma branca, sem questionar a sua constitucionalidade (REsp. 1519860/ RJ – Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª. Turma, j. em 17.05.2018, DJe 25.05.2018)

No mesmo diapasão posicionou-se o Tribunal da Cidadania no julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.249.427-SP (2018/0035538-8):

> *PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – VETORIAL DOS ANTECEDENTES – DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL – CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES – POSSIBILIDADE – AFRONTA AO ART. 5º, XLVII, "B", DA CF – ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE – EMPREGO DE ARMA BRANCA – AFASTAMENTO – NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – LEI 13.654/18 – AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> *1. (...)*
>
> *2. (...)*
>
> *3. A Lei 13.654/18 extirpou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius*, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF/88).
>
> *4. Recurso parcialmente provido a fim de reduzir a pena imposta ao recorrente ao patamar de 2 anos, 1 mês e 18 dias de reclusão, mais o pagamento de 5 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*

Do voto da eminente Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, destaca-se o seguinte excerto:

> *Por outro lado, merece prosperar o pleito do agravante de afastamento da causa de aumento de pena do roubo pelo emprego de arma branca.*
>
> *Com efeito, no dia 23.04.2018 foi publicada e entrou em vigor a Lei nº 13.654/18, a qual, dentre outros temas, promoveu alterações na redação dos delitos de furto qualificado e de roubo circunstanciado.*
>
> *Dentre as mudanças anunciadas, houve modificação no roubo circunstanciado*

pelo emprego de arma. A antiga redação do tipo em comento estabelecia o seguinte:

(...)

Como cediço, a majorante era justificada pelo maior risco à integridade física da vítima, além de significar um facilitador à execução do crime. Nessa vereda, o conceito de arma era amplo, abrangendo vários instrumentos que poderiam ser classificados como arma própria ou imprópria. Confira-se:

(...)

No entanto, conforme mencionado alhures, uma das modificações levadas a efeito pelo supramencionado diploma legal diz respeito justamente à revogação da causa de aumento em espeque. Em substituição à referida previsão normativa, foi inserido o inciso I do § 2º-A do art. 157, verbis:

Art. 157. (...)

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

Observe-se, inicialmente, a inocorrência de abolitio criminis em relação ao emprego de arma de fogo, cujo locus foi alterado, retirando-se a circunstância do § 2º, que preconiza o aumento de pena de 1/3 até a metade, para transplantá-la ao novel § 2º-A, o qual, por sua vez, estipula o recrudescimento em 2/3.

O mesmo, contudo, não se pode dizer em relação ao emprego de arma branca, classificação que abrange o uso de faca, armamento presente no caso sub examine.

A meu ver, ao detalhar a redação da nova majorante, a mens legislatores consistiu nitidamente em extirpar da figura do roubo o aumento pela utilização de artefato diverso de arma de fogo. Via de consequência, o emprego de recurso distinto resta agora absorvido pelo arquétipo standard do roubo simples, sem prejuízo de eventual majoração da pena-base quando as circunstâncias do caso concreto a determinarem.

Nessa linha de intelecção, há, em verdade, de se reconhecer a ocorrência da novatio legis in mellius, ou seja, nova lei mais benéfica, sendo, pois, de rigor que retroaja para alcançar os roubos cometidos com emprego de arma branca, beneficiando o réu (art.5º, XL, da CF/88), tal como pretende a ilustre defesa.

E, valendo-se do escólio de Guilherme de Souza Nucci, acrescentou:

Quanto ao crime de roubo, a mais importante modificação foi a revogação do inciso I do parágrafo segundo do art. 157 do Código Penal (se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma). Sempre se entendeu que o termo "arma" abrangia tanto as armas próprias (instrumentos feitos para funcionar como tal; ex.: revólver; punhal etc.) como as impróprias (instrumentos utilizados eventualmente como armas; ex.: martelo; faca de cozinha; facão de roça etc.). A constatação de existência de qualquer tipo de arma, permitia o aumento de um terço até a metade. Hoje, não mais. Está abolida a causa de aumento quanto às armas diversas das que sejam de fogo. Houve uma "novatio legis in mellius" (lei nova favorável ao réu) e deve ser aplicada, de imediato, retroativamente a todos os réus (processos em andamento) e aos condenados (o juiz da execução precisa recalcular a pena daqueles que foram condenados com o referido aumento por exercer a ameaça ou a violência com arma que não seja de fogo).(NUCCI, Guilherme de Souza. Breves anotações acerca da Lei 13.654/2018 - Furto e Roubo, 2018. Disponível em:<http://

> www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/breves-anotacoes-acerca-da-lei-13-654-2018-furto-e-roubo>. Acesso em 11 mai. 2018)

Destarte, não vislumbro inconstitucionalidade a ser reconhecida e, como corolário, tratando-se de *novatio legis in mellius,* inevitável se afigura a incidência do diploma legal enfocado, ainda que retroativamente, com o consequente afastamento da causa de aumento então prevista no inciso I, § 2º, do artigo 157 em comento.

Por outro prisma, insta salientar que, 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.

Não há falar, pois, 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.

Ademais, isso se coaduna perfeitamente à segurança jurídica que deve imperar em situações desse naipe, assim como à economia processual.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento, consabido 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.

Nesse norte, 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 recurso e, contra o parecer, dou-lhe provimento, para o fim de, não acolhendo a inconstitucionalidade formal arguida, e diante da *novatio legis in melius*, de aplicação imediata, determinar seja realizado novo cálculo da pena do agravante, a tanto afastando-se a causa de aumento então prevista no inciso I, § 2º, do artigo 157, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Juiz Emerson Cafure e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 26 de julho de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0007774-41.2018.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – PRELIMINAR DE OFENSA À COISA JULGADA – REJEITADA – AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO – DEVIDO – PRECEDENTES – DECISÃO A SER PROFERIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – NOVO CÁLCULO PARA OS BENEFÍCIOS DO CUMPRIMENTO DE PENA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO, CONTRA O PARECER.

Novo posicionamento, proveniente dos tribunais superiores, por ser mais benéfico ao apenado há que ser aplicado, não traduzindo desrespeito aos limites estabelecidos na sentença condenatória, por observância do artigo 66, I, da LEP, bem como do entendimento consolidado no pretório excelso (Súmula 611 - STF), tratando-se, ainda, de solução que se coaduna à segurança jurídica que deve imperar em situações desse jaez.

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.

Afastado caráter hediondo, os benefícios previstos na lei de execução penal devem ser analisados pelas diretrizes dos crimes comuns.

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, conheço do agravo em tela e, com o parecer, rejeito a preliminar e dou provimento ao recurso, para o fim de, reformando a decisão atacada, afastar o caráter hediondo da conduta alusiva ao denominado tráfico privilegiado, pela qual foi condenado o agravante, e, por corolário, determinar a elaboração de novo cálculo com observância aos parâmetros do crimes simples para concessão dos benefícios.

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, 9 de agosto de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Rodrigo dos Santos interpõe agravo em execução criminal, porquanto irresignado com a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, que indeferiu o pedido de livramento condicional, face o caráter hediondo do tráfico de entorpecente.

Em seu arrazoado argumenta que diante do julgamento do *HC* 118.533 pelo plenário do STF, bem como o cancelamento da Súmula 512 do STJ, houve o afastamento da hediondez do delito de tráfico de drogas privilegiado, razão pela qual deve ser determinada a elaboração de novo cálculo para a concessão de benefícios de execução penal.

Contrarrazões à f. 31-47, pela manutenção da decisão atacada, com o prequestionamento da matéria.

Em reexame da matéria, a decisão foi mantida. (f. 48)

Posicionou-se a Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Rodrigo dos Santos, em face da decisão de f. 22-25, que, diante do caráter hediondo da conduta alusiva ao denominado tráfico privilegiado, indeferiu o pedido de livramento condicional, face a ausência de requisito objetivo para tanto.

Da preliminar do *Parquet* Estadual

O Ministério Público, em sede de contrarrazões, arguiu a preliminar de não conhecimento do recurso, eis que, verificando-se o trânsito em julgado, o afastamento da hediondez encontraria óbice na imutabilidade da coisa julgada.

Não lhe assiste razão.

Isso porque, o trânsito em julgado abrange a capitulação do delito, a pena fixada e o regime inicialmente fixado. Por corolário, 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. Observe-se:

> *Artigo 66, I - da LEP: compete ao Juiz da Execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado."*

Alie-se, ainda, o entendimento sumulado pelo STF:

> *"Súmula 611 - STF: Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna."*

No caso versando, a sentença condenatória foi proferida no dia 26/07/2012, enquanto o julgamento do *HC* 118.533/MS do STF, segundo o qual o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não é hediondo, deu-se em 23/06/2016, tratando-se, pois, de posicionamento jurisprudencial mais favorável ao sentenciado.

Sobre o tema destaco a lição doutrinária de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) a aplicação da lei posterior que, de algum modo, beneficia o sentenciado é uma decorrência de garantia constitucional (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu – art. 5º, XL, CF), bem como regra expressamente prevista no Código Penal (a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, anda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado – artigo 2º, parágrafo único)".*

Assim, complementa:

> *"(...) o juiz da execução criminal pode, pois, alterar substancialmente o conteúdo da anterior sentença condenatória, com transito em julgado".*[1]

Não há que se falar, ainda, em violação ao artigo 185 da LEP, 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.

Ademais, 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.

Nessa esteira, colaciono os julgados deste Sodalício:

> *"EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PRELIMINAR – NULIDADE POR OFENSA À COISA JULGADA – REJEITADA – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E CONSEQUENTE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO PARA OS BENEFÍCIOS DO CUMPRIMENTO DE PENA – PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO PROVIDO. Nos termos do art. 66, I, da LEP, cabe ao Juiz da execução penal aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado. Considerando o julgamento do HC 118.533/MS pelo Supremo Tribunal Federal e da Questão de Ordem – Petição 11.796/DF, Tema nº 600, em sede de recurso repetitivo, pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvado meu posicionamento pessoal sobre a matéria, passei a adotar o entendimento de que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda, de modo que não são aplicáveis os rígidos efeitos Lei 8.072/1990 no que se refere aos benefícios da execução penal.* (Agravo de Execução Penal - Nº 0005059-26.2018.8.12.0002 - Dourados Relator – Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 2ª Câmara Criminal. 30.06.2018)

> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – REDUTORA DO ART.33, § 4º – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA – CARÁTER HEDIONDO AFASTADO – OBSERVAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – RECURSO PROVIDO Conforme posicionamento do plenário do STF, bem como do STJ, o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, porquanto 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. No caso de surgimento de novo entendimento mais brando por parte da jurisprudência, este poderá alcançar fatos até mesmo protegidos com o manto da coisa julgada, sob o enfoque dos*

1 **Manual de processo penal e execução penal.** 14. ed. Rio de Janeiro, 2017, p. 986.

> *princípios da igualdade e da razoabilidade, sendo competente o juiz da execução para aplicá-lo.* (Agravo de Execução Penal - Nº 0012236-75.2017.8.12.0002 - Dourados Relator – Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. 1ª Câmara Criminal. 20.02.2018)

Assim considerando, rejeito a preliminar arguida pelo órgão Ministerial.

Do mérito

O apenado sustenta, em síntese, que, em razão do julgamento do *HC* 118.533 pelo plenário do STF, bem como o cancelamento da Súmula 512 do STJ, o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas privilegiado foi afastado, requerendo, assim, a elaboração de novo cálculo com observância aos parâmetros de crime simples, para a concessão de benefícios de execução penal.

A pretensão recursal em tela comporta guarida.

Nos termos da Súmula 512, do Superior Tribunal de Justiça *"A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 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 Carmén 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).

É cediço 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 descura, portanto, da ausência de efeito vinculante e, por corolário, *erga omnes*.

Entrementes, inarredável a conclusão de que, tratando-se de mais recente entendimento emanado de julgamento colegiado pleno da corte suprema do país, torna-se necessário, em observância à segurança jurídica e, sobretudo, para conferir efetividade ao princípio constitucional da isonomia, curvar-se à interpretação constitucional adotada. Até porque, consoante realçou a ministra Cármen Lúcia,

> *"(...) a própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente."*

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 nº 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 § 1°, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa."* (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).
>
> *2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo excelso pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos* (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).
>
> *3. Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 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 nº 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 nº 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 nº 11.343/2006 com a hediondez preconizada pela Lei nº 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 nº 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 nº 11.343/2006, com a consequente elaboração de novo cálculo de pena com os parâmetros adotados para os crimes comuns.*

Logo, reconhecida a figura tráfico tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, afasta-se a hediondez, e, por corolário, os benefícios previstos na lei de execução penal 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*.

Desta feita, afastando-se o caráter hediondo do tráfico privilegiado, necessário a elaboração de novo cálculo de pena ao agravante, com a utilização dos patamares previstos aos crimes comuns.

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, afasto a preliminar arguida, e, no mérito, contra o parecer, dou-lhe provimento, para o fim de, reformando a decisão atacada, afastar o caráter hediondo da conduta alusiva ao denominado tráfico privilegiado, pela qual foi condenado o agravante, e, por corolário, determinar a elaboração de novo cálculo com observância aos parâmetros do crimes simples para concessão dos benefícios.

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, 9 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0027256-75.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – COMUTAÇÃO DE PENA – DECRETO Nº 9.246/17 – APENADO JÁ AGRACIADO – DECRETO ANTERIOR – INVIABILIDADE DE NOVA CONCESSÃO – DISCRICIONARIEDADE PRESIDENCIAL – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER.

No âmbito da discricionariedade vinculada às leis e à Constituição da República, o Chefe do Executivo Federal, ao editar o Decreto nº 9.246/17, inviabilizou, no parágrafo único do art. 7º, a comutação de pena dos condenados que, até 25/12/17, foram agraciados pelo benefício por ocasião de decretos presidenciais anteriores.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de agosto de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Fábio Aguilar de Souza interpõe agravo em execução contra decisão (f. 40) proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, que indeferiu o pedido de comutação concernente ao Decreto nº 9.246/17, em razão de a pena do agravante já ter sido objeto de comutação baseada em decreto anterior.

Sustenta que o art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 9.246/17 *"não veicula a norma proibitiva vislumbrada pelo juízo"* (f. 04).

Argumenta que, a despeito da falta de técnica da norma presidencial, a interpretação deve ser ampliativa, no sentido de que, embora agraciado por decretos anteriores, não se pode restringir o direito a sucessivas comutações de pena ao recorrente.

Pede, ao final, o provimento do recurso para reformar a decisão e deferir ao agravante a comutação de pena amparada no Decreto nº 9.246/17.

Contrarrazões pela manutenção da decisão.

Parecer pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de agravo interposto por Fábio Aguilar de Souza, porquanto irresignado com a decisão que indeferiu a comutação de sua pena, sob o seguinte fundamento:

> *O sentenciado requereu a comutação de sua pena com base no Decreto 9.246/17 (f. 1048).*
>
> *No caso dos autos, verifica-se que o interno já foi agraciado pelo benefício da comutação no passado, conforme se verifica à f. 1030, de modo que não se adequa ao Decreto 9.246/17.*
>
> *Dessa forma, ante limite imposto no decreto presidencial de 2017, art. 7º, parágrafo único, indefiro o pedido de comutação de penas.*

A despeito da argumentação expendida no arrazoado, o *decisum* não comporta reparos.

Com efeito, por força de disposição estampada no art. 84, XII, da *Lex Fundamentalis*, a concessão de indulto e comutação de pena e ato discricionário que compete privativamente ao Presidente da República.

E, de fato, no âmbito desta discricionariedade vinculada às leis e à Constituição da República, o Chefe do Executivo Federal, ao editar o Decreto nº 9.246/17, inviabilizou, no parágrafo único do art. 7º, a comutação de pena dos condenados que, até 25/12/17, foram agraciados pelo benefício por ocasião de decretos presidenciais anteriores. *In litteris*:

> *"Art. 7º A comutação da pena privativa de liberdade remanescente, aferida em 25 de dezembro de 2017, será concedida, nas seguintes proporções:*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. A comutação a que se refere o caput será concedida às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade que não tenham, até 25 de dezembro de 2017, obtido as comutações decorrentes de Decretos anteriores, independentemente de pedido anterior."*

Em que pese o esforço exegético defensivo no sentido de conferir interpretação ampliativa à norma enfocada, é cediço que, em se tratando de ato normativo que não se enquadra na definição jurídica de lei *stricto sensu*, incogitável o elastecimento postulado, devendo o apenado, para gozar da comutação, preencher rigorosamente os requisitos expressamente contemplados no decreto presidencial, os quais externam a vontade discricionária do mandatário da República.

Nesse sentido já se manifestou a Suprema Corte. Frise-se:

> *"CRIME – CONDENAÇÃO – PENA – COMUTAÇÃO – INDULTO PARCIAL – CARÁTER CONDICIONAL – LEGALIDADE RECONHECIDA – EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO A CONDENADO POR CRIME HEDIONDO – ATO DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – HC DENEGADO – PRECEDENTE – APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º, I, DA LEI Nº 8.072/90, E 7º, I, DO DEC. 3.226/99. Anistia, indulto, graça e comutação de pena constituem objeto do exercício do poder discricionário do Presidente da República, cujo Decreto pode, observando as limitações constitucionais, prever a concessão do benefício apenas a condenados que preencham certas condições*

ou requisitos." (HC 96431, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 Divulg 14-05-2009 Public 15-05-2009 Ement Vol-02360-03 PP-00613 RTJ Vol-00209-03 PP-01345).

Assim, conquanto possa se alegar que o Decreto nº 9.246/17 tenha restringido direitos - o que, frise-se, não se constata -, os quais outrora teriam sido contemplados por anteriores normativos da mesma espécie, tal decorre da discricionariedade presidencial, resultante do momento e da política criminal verificada em cada mandato.

Sobre o tema, colhe-se o escólio de Adeildo Nunes:

> *"Desde a aprovação da Constituição Federal de 1988, nas proximidades do Natal, a tradição brasileira de perdoar parte daqueles que praticaram ilícitos penais, homens e mulheres que estejam em condições objetivas e subjetivas de gozar do benefício, vem sendo mantida anualmente nas gestões Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, seja porque há necessidade de diminuir o contingente carcerário nacional (em agosto de 2015 existiam mais de 715 mil presos), seja porque uma das finalidades da pena é a reintegração social do delinquente, daí por que o indulto de Natal representa um momento de atuação e de desenvolvimento da política criminal e penitenciária que vier a ser adotada por cada mandatário federal. Significa, portanto, que alguns decretos de indulto foram 'animadores' para os encarcerados, outros por demais 'restritos'. Se alguns decretos anuais perdoaram demasiadamente, outros restringiram o benefício, donde se conclui que a liberalidade das medidas, ou a sua restrição, dependerão sempre da política criminal e penitenciária vigente no momento da sua edição."* (Comentários à Lei de Execução Penal. 2016, f. 358-359).

No caso concreto, não se controverte que o recorrente já foi beneficiado por comutação de pena, decorrente do anterior Decreto nº 8.172/13, de sorte que, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do Decreto nº 9.246/17, não pode ser agraciado novamente pelo instituto da comutação.

A propósito, a construção jurisprudencial deste Sodalício:

> *"AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – COMUTAÇÃO DE PENA – DECRETO Nº 9.246/2017 – CONCURSO DE CRIMES (COMUM E HEDIONDO) – NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA DO CRIME HEDIONDO, MAIS 1/4 (NÃO REINCIDENTE) OU 1/3 (REINCIDENTE) DA PENA REFERENTE AO DELITO COMUM – UNICIDADE DO BENEFÍCIO – APENADO QUE JÁ FOI BENEFICIADO POR DECRETO ANTERIOR – VEDAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. É possível a comutação da pena nos casos de concurso entre crimes comum e hediondo, quando cumpridos 2/3 da pena referente ao crime hediondo mais 1/4 (não reincidente) ou 1/3 (reincidente) da pena referente ao delito comum. Consoante vedação expressa do parágrafo único do art. 7º do Decreto nº 9.246/2017, não faz jus à comutação aquele que já foi agraciado com benefício idêntico derivado de decretos anteriores. Permitir a concessão anual de comutação seria o mesmo que admitir reduções periódicas da pena imposta em sentença transitada em julgado, até que a punição pelo crime cometido perca totalmente a razão."* (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0004342-14.2018.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 08/08/2018, p: 10/08/2018).

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO – CONCESSÃO DE COMUTAÇÃO DE PENA – DECRETO N. 9.246/17 – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – APENADO JÁ BENEFICIADO COM COMUTAÇÕES ANTERIORES – RECURSO DESPROVIDO. Nos termos do parágrafo único do artigo 7º do Decreto n. 9.246/17, é incabível a concessão da comutação de pena para quem já tenha obtido comutações decorrentes de decretos anteriores. Constatado que o apenado já obteve outras duas comutações de penas,*

> *decorrentes de decretos anteriores, resta justificado o indeferimento do pedido."* (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0018303-25.2018.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 07/08/2018, p: 08/08/2018).

Em verdade, a simples leitura do dispositivo combatido permite concluir pela impossibilidade de sucessivas comutações de pena, de forma indiscriminada, sobretudo porque, se assim fosse possível, o ato emanado do Poder Executivo, embora discricionário, chancelaria arbitrariedade, malferindo todo ordenamento jurídico, máxime as sanções impostas pelo Judiciário, em flagrante desrespeito ao postulado constitucional da Separação dos Poderes.

Inclusive, é própria reverência à teoria "montesquiana" da tripartição dos poderes que impede a incursão judicial na conveniência e oportunidade do ato executivo objeto da *vexata quaestio*, o que seria permitido ao Judiciário, por outro lado, acaso a discricionariedade do Executivo estivesse a ferir o ordenamento jurídico, situação, repita-se, não constatada no caso enfocado.

Acerca do prequestionamento, o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> *"O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito."*

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 30 de agosto de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002127-88.2007.8.12.0022 - Anaurilândia
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ART. 3º, INCISO II, DA LEI 8.137/90 – PRELIMINAR – NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – INOCORRÊNCIA – INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELO GAECO CUJA COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DAS MEDIDAS CAUTELARES COMPETIA AO JUÍZO QUE DEFERIU A INTERCEPTAÇÃO – DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA – AUSÊNCIA DE MÁCULA – PRELIMINAR REJEITADA.

Juiz competente para a decretação da interceptação telefônica é o juiz constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio, no caso dos autos, juízo criminal. Seguindo esse entendimento, ao tempo da interceptação, estava em vigor o já revogado Provimento nº 44/2002 do Conselho Superior da Magistratura, que designou ao juízes titulares da 1ª e 2ª Varas do Tribunal do Júri, 1ª e 2ª Varas de Execução Penal, 2ª Vara da Infância e da Juventude e Vara da Justiça Militar Estadual, todas da Comarca de Campo Grande, para em regime de plantão, atenderem aos pedidos de medida de urgência formulados pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado-GAECO, bem como aqueles apresentados pelas 13ª e 16ª Promotorias de Justiça Criminais, pela Coordenadoria de Operações da Superintendência de Inteligência de Segurança Pública e pelo Departamento de Inteligência da Diretoria-Geral de Polícia Civil.

A descoberta acidental do envolvimento do apelante em atividades delituosas, a partir de escutas telefônicas judicialmente autorizadas, nada possui de ilegal. Válido é o encontro fortuito de provas, como reiteradamente tem decidido esta Corte quando se trata de investigação relacionada a membros de uma organização criminosa com várias ramificações e responsáveis pela prática de vários delitos.

Não há se falar em ilegalidade por ausência de fundamentação, se da decisão inicial que deferiu as interceptações e suas sucessivas prorrogações, é possível abstrair elementos necessários para validar o ato.

Prefacial rejeitada. Com o parecer.

MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS QUE INDICAM COM SEGURANÇA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVA – AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL – APLICABILIDADE – ATUAÇÃO DO AGENTE COMO ORGANIZADOR DA ATIVIDADE CRIMINOSA – AUMENTO DE PENA COM FUNDAMENTO NO ART. 71 DO CP – REDUÇÃO DE 1/3 PARA 1/5, CONSIDERADOS O NÚMERO DE INFRAÇÕES E AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO SUJEITO ATIVO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

As informações contidas nas interceptações telefônicas, corroboradas pelos testemunhos judiciais, formam conjunto probatório que indica a participação do apelante como agente que, mediante aceitação de promessa de vantagem indevida, atuava de forma determinante, em conluio com fiscais, na liberação de cargas em posto fiscal sem o devido recolhimento de tributos. Assim, deve ser rejeitado o pedido de absolvição.

O crime previsto no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 não exige que o sujeito ativo seja servidor público com atribuições para lançar e cobrar tributos. Ao contrário, para que haja responsabilização penal basta que o funcionário exija, solicite, receba ou aceite promessa de vantagem indevida em troca de abstenção de lançamento ou cobrança de tributo. Precedentes do STJ.

A prova testemunhal e também os registros de interceptação telefônica indicam o recorrente como sendo o principal articulador, junto a fiscais estaduais e empresários, com a finalidade de permitir o trânsito de veículos/caminhões carregados com mercadorias sem o devido recolhimento do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, de modo que é pertinente o agravamento da pena com fulcro no art. 62, I, do Código Penal.

A fração de aumento em razão do crime continuado pressupõe a análise de requisitos objetivos (quantidade de crimes praticados) e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime.

A considerar que a sentença admitiu a prática de 3 crimes em continuidade delitiva, o aumento de pena deve incidir na ordem de 1/5, valendo salientar que as condições pessoais do recorrente não foram avaliadas em seu desfavor.

Recurso provido em parte.

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 em parte com o parecer.

Campo Grande, 2 de julho de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa de Gilson Alves de Souza em face da sentença de f. 456-494 que o condenou à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, por infração ao artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, em regime inicial aberto, bem como decretou a perda do cargo público.

Em suas razões recursais (f. 596-615), a defesa levanta preliminar de nulidade da interceptação telefônica sob alegada incompetência do juízo que a autorizou. No mérito, pleiteia absolvição por atipicidade da conduta, ausência de prova da autoria e ausência de prova da prática delitiva. Subsidiariamente, requer o afastamento da agravante do art. 62, inciso I e a aplicação do patamar de 1/5 pela continuidade delitiva.

Contrarrazões da acusação pelo desprovimento do recurso (f. 620-632).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às f. 638-652, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto pela defesa. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressas acerca da matéria ventilada.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa de Gilson Alves de Souza em face da sentença de f. 456-494 que o condenou à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, por infração ao artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, em regime inicial aberto, bem como decretou a perda do cargo público.

Em suas razões recursais (f. 596-615), a defesa levanta preliminar de nulidade da interceptação telefônica sob alegada incompetência do juízo que a autorizou. No mérito, pleiteia absolvição por atipicidade da conduta, ausência de prova da autoria e ausência de prova da prática delitiva. Subsidiariamente, requer o afastamento da agravante do art. 62, inciso I e a aplicação do patamar de 1/5 pela continuidade delitiva.

Contrarrazões da acusação pelo desprovimento do recurso (f. 620-632).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às f. 638-652, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto pela defesa. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressas acerca da matéria ventilada.

Consta na denúncia que no dia 28/06/2006, 06/07/2006, 21/07/2006 e 01/09/2006, Antonio Bellato, proprietário da "Distribuidora de Baterias Dourados", localizada no Município de Dourados/MS, ofereceu vantagem indevida ao denunciado Gilson Alves de Souza, policial militar, que desempenha a função de apoiar os trabalhos de fiscalização dos funcionários da Secretaria de Receita e Controle no Posto Fiscal OFAIÉ, situado em Anaurilândia, divisa com o Estado de São Paulo, para que pudesse passar mercadorias, sem a devida fiscalização e recolhimento de ICMS, devidos à Fazenda Estadual, sendo que o apelante Gilson aceitou a vantagem indevida.

Inicialmente Gilson Alves de Souza foi denunciado por corrupção passiva em continuidade delitiva (quatro vezes) e Antonio Bellato por corrupção ativa em continuidade delitiva (quatro vezes). O feito foi desmembrado (f. 211-212).

Encerrada a fase de instrução, sobreveio a sentença condenatória de f. 456-494, que desclassificou a conduta do réu para o delito de corrupção fazendária, previsto no art. 3º, inciso II, da Lei 8.137/90 – crimes contra a ordem tributária.

Pois bem.

A defesa levanta preliminar de nulidade das escutas telefônicas, alegando incompetência do juízo que as autorizou. Sem razão.

Dispõe o art. 1º, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996:

> *Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz* ***competente*** *da ação principal, sob segredo de justiça.* Grifei.

Juiz competente para a decretação da interceptação telefônica é o juiz constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio. Segundo Renato Brasileiro de Lima:

> *[...] É necessário ordem desse juiz para que se concretize a medida cautelar da interceptação telefônica. Tendo em conta que a interceptação telefônica é medida cautelar que visa obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, tal qual*

> *estabelece a Constituição Federal (art. 5 º, XII), o juiz competente para emiti-la deve ser dotado de jurisdição penal. Portanto, todo e qualquer juiz criminal pode, em tese conceder a ordem de interceptação, seja no âmbito da Justiça Estadual, da Justiça Federal, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar da União, seja no âmbito da Justiça Militar dos Estados. Lado outro, estando o juiz no exercício de competência não-criminal, não está autorizado a conceder a interceptação telefônica.* (Legislação criminal especial comentada. 5. ed. rev., atual. Ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 334, volume único).

Seguindo esse entendimento, ao tempo da interceptação, estava em vigor o já revogado Provimento nº 44/2002 do Conselho Superior da Magistratura, que designou ao juízes titulares da 1ª e 2ª Varas do Tribunal do Júri, 1ª e 2ª Varas de Execução Penal, 2ª Vara da Infância e da Juventude e Vara da Justiça Militar Estadual, todas da Comarca de Campo Grande, para em regime de plantão, atenderem aos pedidos de medida de urgência formulados pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado-GAECO, bem como aqueles apresentados pelas 13ª e 16ª Promotorias de Justiça Criminais, pela Coordenadoria de Operações da Superintendência de Inteligência de Segurança Pública e pelo Departamento de Inteligência da Diretoria-Geral de Polícia Civil.

Segundo precedentes dessa Corte:

> *"(...) não há que falar em incompetência, vez que o pedido foi formulado pelo GAECO ao juiz da 1ª Vara do Tribunal do Júri por ser uma das autoridades definidas por esta Corte para a análise de situações como a dos autos. O código de organização judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul outorgou a distribuição de competência ao Conselho Superior da Magistratura, que baixou o provimento nº 162, em 17 de novembro de 2008, dispondo sobre os pedidos de natureza cautelar em matéria criminal, formulados pelos órgãos de combate às organizações criminosa"* (TJMS; HC nº 2011.015595-2)

Por outro lado, há de considerar que, de início, as interceptações visavam uma organização criminal atuante em várias comarcas do interior, sendo que das provas obtidas foi possível colher elementos para oferecimento da denúncia ora sentenciada.

Ademais, é assente na jurisprudência que as regras relativas à interceptação telefônica, desde que autorizada judicialmente, não devem ser interpretadas de forma tão restritiva quanto pretende a defesa, muito pelo contrário, mesmo quando autorizadas por juiz absolutamente incompetente, são válidas e podem ser ratificadas. Até mesmo o prazo pode ser elastecido.

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *[...] Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as "interceptações telefônicas eventualmente determinadas por autoridade absolutamente incompetente permanecem válidas e podem ser plenamente ratificadas". (APn 536/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 04/04/2013) 3. É assente neste Tribunal Superior, o entendimento segundo o qual as autorizações subsequentes de interceptações telefônicas, uma vez evidenciada a necessidade das medidas, não se sujeitam a prazo certo, mas ao tempo necessário e razoável para o fim da persecução penal. O procedimento de interceptação telefônica foi, no caso, realizado de acordo com o preceituado na jurisprudência deste Tribunal Superior, firme no sentido de que não há nulidade da quebra do sigilo quando, não obstante a delatio criminis* anônima, sejam realizadas diligências anteriores a embasar a interceptação telefônica. (AgRg no REsp 1316912/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014).

Assim, a descoberta acidental do envolvimento do apelante em atividades delituosas, a partir de escutas telefônicas judicialmente autorizadas, nada possui de ilegal. Válido é o encontro fortuito de provas,

como reiteradamente tem decidido esta Corte quando se trata de investigação relacionada a membros de uma organização criminosa com várias ramificações e responsáveis pela prática de vários delitos. Confira:

> *É válida a prova decorrente de interceptação telefônica autorizada no bojo de inquérito policial em trâmite por comarca diversa daquela em que os crimes investigados foram praticados, mesmo que nesta ainda não tivesse sido formalmente instaurado o procedimento investigatório, fato que somente se exigiria na comarca de origem, onde o pedido de interceptação foi formulado.* (TJMS. Apelação nº 0002707-76.2010.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, j: 05/04/2018, p: 11/04/2018).

> *EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – PRELIMINARES DE NULIDADE – AFASTADAS – MÉRITO – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO PARA ARRIMAR AS CONDENAÇÕES – PENA-BASE – QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA – ROBUSTECER DEVIDO – MINORANTE DA EVENTUALIDADE – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM PROCESSOS DISTINTOS – ATRIBUIÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – EXCLUSÃO DA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE DO TRÁFICO – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – PEDIDO NÃO CONHECIDO – RECURSOS NÃO PROVIDOS. O art. 1º da Lei 9.296/96, ao prever a necessidade de ordem do juiz da ação principal para o decreto da interceptação telefônica, não teve por fim a fixação de uma regra de competência, mas de reserva de jurisdição, ou seja, admite a possibilidade do juiz da ação principal adotar a medida em incidente do próprio feito, mas não exclui a competência de juízos especializados pela condução da investigação criminal, antes da Ação Penal, de se valerem dessa cautelar de cunho preparatório. É inviável falar em nulidade se a decisão que decretou a interceptação telefônica, bem como as que prorrogaram a medida, restaram devidamente fundamentadas e justificaram a providência por ser o meio investigativo exigido para debelar as atividades ilícitas de complexa organização criminosa. O art. 5º da Lei 9.296/96, ao dispor que a interceptação telefônica é "renovável uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova", não estipulou um número máximo de prorrogações, mas sim dispôs que a medida poderia ser renovada "se comprovada a indispensabilidade do meio de prova", o que ocorreu na hipótese dos autos, sucessivamente. A interceptação fortuita de ligações telefônicas do investigado com o seu advogado não implica em nulidade ou inconstitucionalidade. Segundo a previsão expressa do art. 3º da Lei 9.296/96, é possível a ocorrência de interceptações telefônicas na investigação criminal e durante a instrução processual penal. É prescindível a realização de perícia para identificação da voz dos acusados nas interceptações telefônicas, pois a Lei não a exige e, no caso dos autos, não constituiu prova única, mas que foi corroborada pelas demais, a exemplo das apreensões das drogas e pelos depoimentos colhidos, inexistindo, igualmente, notícias de falta de acesso das partes ao conteúdo das escutas. As Cortes Superiores, além de assentarem ser desnecessária a transcrição integral das conversas, também apontam que a Lei 9.296/96 não exige que a degravação seja feita por peritos oficiais. Afigurando-se seguras as provas sobre os delitos praticados pelos recorrentes, suas condenações devem ser mantidas. A quantidade e natureza da droga não só pode justificar por si só o aumento da pena, como também possui, segundo a previsão do art. 42 da Lei 11.343/06, preponderância sobre as moduladoras judiciais. Estando a fixação das penas-bases dentro dos limites discricionários do sentenciante e das raias da proporcionalidade e razoabilidade, a dosimetria nessa primeira etapa não deve ser reformada. Mantendo-se a condenação dos apelantes no crime do art. 35 da Lei 11.343/06, é descabido o pretenso reconhecimento da minorante da eventualidade do tráfico, porquanto caracterizadas organização criminosa e dedicação às atividades criminosas, que são previstas como óbice ao benefício no art. 33, § 4º, da mesma Lei. Não se conhece do pedido defensivo de exclusão da majorante da interestadualidade do tráfico (art. 40, V, da Lei 11.343/06) se*

> *esta não foi aplicada na sentença. Recursos conhecido e parcialmente conhecido, porém aos quais se negou provimento.* (TJMS. Apelação nº 0010314-75.2012.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 04/09/2017, p: 19/09/2017).

Outrossim, não há se falar em ilegalidade por ausência de fundamentação, se da decisão inicial que deferiu as interceptações e suas sucessivas prorrogações, é possível abstrair elementos necessários para validar o ato.

Dessarte, rejeito a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, segundo a denúncia:

> *[...] Cumpre ressaltar que o denunciado Gilson é policial militar e trabalha no posto fiscal OFAIÉ, desempenhando a função de apoiar os trabalhos de fiscalização dos funcionários da Secretaria de Estado de Receita e Controle. Gilson é uma das pessoas que faz a intermediação de pessoas diversas com servidores da SERC/MS, detalhando horários para a passagem de mercadorias pelo Posto Fiscal sem recolherem o ICMS e combinando o valor da propina que deverá ser pagamento. O dinheiro da propina era repartido entre os policiais militares e os servidores da SERC/MS.* (f. 9).

De acordo com a sentença, a operação policial coordenada pelo Gaeco conhecida por "Caso Barragem" levou à prisão fiscais tributários estaduais, policiais civis, militares, empresários e agenciadores em razão de um esquema de corrupção mantido no posto fiscal OFAIÉ.

Ao concluir que o apelante atuou de forma determinante em um contexto fático que envolvia a solicitação, a aceitação e o recebimento de vantagem econômica indevida para permitir a passagem de cargas e liberação de mercadorias sem recolhimento de tributos, o juízo de primeira instância julgou procedente a pretensão inicial acusatória e, também com fundamento nos arts. 62, I, e 71 do Código Penal, aplicou-lhe a pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e 14 dias-multa.

A defesa sustenta em seu apelo a falta de provas da materialidade e da autoria delitiva, o que justificaria o acolhimento do pedido de absolvição. Argumenta, por outro lado, ser descabido o agravamento da pena com base no art. 62, I, do CP, porque não haveria evidências de sua atuação como gerente da empresa criminosa. Por derradeiro, afirma que o aumento de pena devido à continuidade delitiva deveria ser aplicado no patamar de 1/5, considerada a quantidade de crimes praticados.

Tenho que não lhe assiste razão.

O art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 tem a seguinte redação:

> *"Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):*
>
> *(...)*
>
> *II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa".*

A consumação do crime na modalidade aceitar promessa de pagamento se dá independentemente do recebimento da propina, dada sua natureza formal. Qualquer valor efetivamente recebido deve ser considerado mero exaurimento.

Os registros de interceptação telefônica que indicam o recorrente como autor do crime foram na sentença avaliados conforme as datas em que foram obtidos.

O 1º fato, ocorrido no dia 28.06.2006, contém apenas indícios de que o apelante mantinha contado com o empresário Antônio Bellato, o qual era tratado como "o cara da bateria", e que sua esposa tinha conhecimento das transações ilícitas.

Entretanto, na conversa telefônica mantida em 06.07.2006 entre o recorrente, chamado por Alves, e o empresário Antônio Bellato, é possível com clareza perceber a definição de detalhes de todo o procedimento, desde como a aproximação com o caminhão deveria ser feita, até como as notas deveriam ser apresentadas e o como o dinheiro deveria ser entregue. Foi inclusive mencionado pelo apelante que os "meninos" (fiscais) já estavam sabendo e que fariam de conta que documentos seriam carimbados.

Transcrevo os trechos da conversa interceptada:

"lª Ligação.

Empresário: Alô?

Gilson: Tôni?

Empresário: Oi?

Gilson: Tá acabando meu crédito ... [ininteligível] Eu vou aí. Tá acabando, não sei se vai dar tempo de explicar pra você.

Empresário: Como é que é?

Gilson: Se acabar o meu crédito você fica me esperando que eu vou aí [ininteligível].

Empresário: hã?

Gilson: Você vem até no posto junto com o caminhão. Tá? Tá ouvindo?

Empresário: Alou!

Gilson: Chega aqui, cê pega as notas. desce e traz pra mim aqui junto com o dinheiro. nós vamo fazer de conta que carimba e te devolver pra você ir embora. falo?

Empresário: Mas viu Alves tá fechada!

Gilson: tá fechada o que?

Empresário: As notas esta fechada!

Gilson: Não tem problema. cê fecha o envelope e traz.

Empresário: Mas eu vou agora ou não?

Gilson: Pode vim agora. se entendeu?

Empresário: hã?

Gilson: ...procedimento normal. como se você fosse pagar aqui falou?

Empresário: Certo!

Gilson: Não tem mais que três mil de notas de imposto. não né?

Empresário: Hãm!

Gilson: Não tem mais que três mil de imposto?

Empresário: Tem três e um pouquinho!

Gilson: Então. Cê entrega o suficiente pra dar três mil de imposto. Falou?

Empresário: Hãm!

Gilson: Entrega o suficiente pra dar três mil.

Empresário: Mas entrega pra quem, pra você?

Gilson: Eu vou tá aqui dentro, quando chegar, entrega pra qualquer um que carimba aqui. Os meninos já tão sabendo.

Empresário: Hã!

Gilson: Eu vou tá te esperando você aqui, eu vou tá te esperando você aqui dentro, chegando entregando pra qualquer um que tiver aqui. Falou?

Empresário: Tá.

2ª Ligação.

Empresário: Alô!?

Gilson: Tá chegando?

Empresário: Alô?

Gilson: Tá chegando lá? Ou não?

Empresário: Ah...[ininteligível]... Tá aí na frente já ... [ininteligível] É o Tôni.

Gilson: Ta. To te aguardando aqui dentro. Pode chega e entra, tá?

Empresário: Tá. Nois tá no caminhão... [ininteligível]...

Gilson: Então. Na hora chega você pega a nota, pode vim aqui que eu to te aguardando. Tá bom?

Empresário: Tá ok.

Gilson: Tá bom.

Como se pode perceber, entre o apelante e o empresário houve um ajuste seguido de minuciosas instruções sobre como deveria este último proceder no momento de apresentar-se aos fiscais, ocasião em que haveria uma simulação de cobrança de tributos e a entrega de dinheiro em espécie. Constato, outrossim, que outros servidores agiam em conjunto com o apelante.

Outro registro de interceptação, obtido em 21.07.2006, revela uma conversa menos tensa entre os interlocutores, a indicar que entre eles já havia um entendimento sobre como a prática era desenvolvida. Como mencionado pelo recorrente, deveria ser observado o que chamou de "procedimento normal".

Passo à transcrição do diálogo:

Gilson: Fala, garoto!

Empresário: E aí!

Gilson: Tranqüilo?

Empresário: Tranqüilo! Ô Alves.

Gilson: Oi.

Empresário: Ó, só domingo, pode ser?

Gilson: Domingo?

Empresário: É.

Gilson: Combinado.

Empresário: então combinado.

Gilson: Falou, você vai encontrar o Carlão lá em Primavera?

Empresário: Oi?

Gilson: Você vai encontrar ele lá de novo em Primavera?

Empresário: Vou, vou.

Gilson: Então tá, chega lá ocê dá um toque, falô!

Empresário: Ta, a hora que eu passar daí pra já.

Gilson: Ham.

Empresário: Se tiver por ai, já te dou um toque.

Gilson: Então tá.

Empresado: Belê?

Gilson: Pode ser. Domingo, chega em primavera você me liga falô!

Empresário: Tá.

Gilson: Falo. tá certo então prá domingo né?

Empresário: Tá, só se houver algum intrevero mas tava tudo certo, liguei e acertei tudo.

Gilson: Falou então. ai chega lá em primavera cê me dá um toque.

Empresário: Beleza.

Gilson: Falô, campeão, tchau, tchau.

Como bem mencionado na sentença,

> *"(...) o oferecimento e a percepção da vantagem indevida, embora implícita, é clara e decorre de um corolário lógico, visto que, de acordo com o modus operandi utilizado pelos envolvidos, o pagamento da vantagem indevida ocorre em espécie, no momento da passagem da mercadoria pelo posto fiscalização" (f. 484).*

Em um quarto registro de interceptação telefônica, ocorrido em 01.09.2006, recorrente e o empresário Antônio ajustam nova passagem de mercadorias pelo posto fiscal sem recolhimento de tributos. Dessa vez foi possível constatar que o valor da vantagem a ser paga seria equivalente à metade do que seria devido aos cofres públicos.

Conforme transcrição:

Gilson: Oi?

Empresário: Alves?

Gilson: Fala Tonho.

Empresário: E ai?

Gilson: Tranqüilo camarada?

Empresário: Tranqüilo e calmo. Você viu lá?

Gilson: Oh ... peguei. tá na mão.

Empresário: Então tá. O Alves.

Gilson: Oi!

Empresário: Tem jeito pra segunda?

Gilson: Segunda?

Empresário: É De noite?

Gilson: Eu vou vê hoje pucê, que hoje é dia primeiro né?

Empresário: É!

Gilson: Então a escala tá saindo hoje. A escala nossa e a turma de lá. Então eu vou ver que tá na segunda.

Empresário: Mas viu precisava da resposta. Não tem jeito de dar a resposta até à tardizinha?

Gilson: Hoje a tarde?

Empresário: É?

Gilson: Segunda é que dia? Segunda é dia quatro né?

Empresário: Ah?

Gilson: Segunda é dia quatro?

Empresário: Eu não entendi.

Gilson: Segunda é dia quatro né?

Empresário: É.

Gilson: É dia quatro. Então. Mas eu velo pucê e até a tarde e te ligo.

Empresário: Você me liga?

Gilson: Eu ligo pra você na loja

Empresário: Então ta. Ocê ... ou se não você liga no meu celular. Você tem né?

Gilson: Tenho, tenho sim eu ligo pra você tá?

Empresário: Ai, até lá prá... Oh. Só que te que ser antes da cinco do horário de São Paulo, certo tenho que confirmar lá.

Gilson: Há ta, então ta. É pequeno ou grande?

Empresário: É... óhh. viu Alves vai ser daquele jeito do último agora. Certo? eu vou pagar...

Gilson: [ininteligível] paga a metade?

Empresário: É!

Gilson: Há tá.

Empresário: Vai e igual.

Gilson: Então tá. Vou vê certinho lá.

Empresário: Oh.

Gilson: Vou ver quem está lá ai eu vejo pra você.

Empresário: Confirma lá, ai me dá um toque.

Gilson: Falou?

Empresário: Valeu.

Gilson: Falou!

Empresário: Obrigado.

Em outra gravação foi possível constatar que o recorrente telefonou ao empresário para informar que não seria possível da forma acima referida, mas apenas de maneira integral:

Gilson: Oi.

Empresário: Alô.

Gilson: Tranqüilo?

Empresário: Alves?

Gilson: ocê ta bom?

Empresário: Matei ocê agora hein [risos]

Gilson: Não sei se vou conseguir falar com você que ta acabando o meu crédito. Viu?

Empresário: [risos]

Gilson: [ininteligível] ... Da ultima vez não dá. dá para passar tudo.

Empresário: como que é?

Gilson: dá pra você passar, mas pra passar tudo, direto.

Empresário: é que eu precisava de um pouco de nota Alves.

Gilson: então não dá. [ininteligível]... eu tava conversando com o rapaz aqui agora. entendeu? pra você parar e fazer a metade não dá não.

Empresário: É?

Gilson: Se você quiser e vim com tudo agente vai ajeitar pra você.

Empresário: Daquele dinheirinho então dá, de antes?

Gilson: É diretão.

Empresário: Tá.

Gilson: Segunda feira dá. mas tem que ser diretão. parar e fazer a metade não dá não.

Empresário: Ta bom.

Gilson: Falou?

Empresário: Falou.

Gilson: Mas você vai vim ou não?

Empresário: Eu vou confirmar ainda lá? Aguarda.

Gilson: Você vê isso hoje ainda né?

Empresário: Hã?

Gilson: Você vai passar pra mim a resposta ainda hoje né?

Empresário: isso, hoje.

Gilson: Então tá. Porque eu tenho que avisar ele hoje também. Tá bom?

Empresário: Tá jóia.

Gilson: Falou Antoim.

Empresário: Falou. Tchautchau.

Como se pode verificar, as conversas mantidas indicam com clareza suficiente que o recorrente mantinha contato direto com um empresário e que de sua parte havia a solicitação e aceitação de promessa de vantagem indevida em troca de liberação de mercadorias em posto fiscal sem o devido recolhimento de tributos.

A materialidade do crime está devidamente comprovada a partir dessas interceptações, prova essa que foi corroborada em juízo a partir dos relatos das testemunhas que atuaram na operação policial. Repiso que a aceitação de promessa de vantagem é suficiente para a consumação do crime do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90, sendo dispensada a prova de recebimento de dinheiro.

A exemplo do testemunho de Lúcio Eiti Ito, foi dito que:

> *"(...) receberam algumas informações de que os fiscais do posto fiscal OFAIÉ estariam permitindo que mercadorias adentrassem ao estado sem comprovação de recolhimento do ICMS; que após autorização judicial iniciaram interceptações telefônicas nas quais se comprovou a participação de policiais militares que trabalhavam na segurança do referido posto fiscal; que o cabo Gilson foi identificado como o principal interlocutor dos comerciantes com os fiscais, apurando-se ainda que em algumas oportunidades o próprio cabo procedia à liberação das mercadorias; ...; que pelo que se recorda apurou-se que os comerciantes que participavam do esquema repassavam essas informações a colegas que contatavam o cabo Gilson que este por sua vez era encarregado de informar os horários em que as mercadorias deveriam passar pelo posto conforme a escala dos policiais (...)" (f. 367).*

Quanto à autoria, os elementos de prova acima avaliados permitem concluir que dúvida não há sobre esse ponto. A propósito, uma conversa telefônica mantida entre o filho e a esposa do recorrente, também interceptada durante o procedimento de investigação, afasta qualquer possibilidade de discussão acerca desse assunto:

Segue a transcrição:

> *Michele: Alô!*
>
> *Everton: Ô Michele. Meu pai tá ai?*
>
> *Michele: Everton seu pai não tá não.*
>
> *Everton: Onde que ele tá? Ô passa o n° do celular dele que é mais fácil, né.*
>
> *Michele: O celular do seu pai seu tio tá trazendo lá de Campo Grande. Ô Everton seu pai. Sabe aqueles negócios lá do posto fiscal?*
>
> *Everton: Sei.*
>
> *Michele: do dinheiro que, que eles pegavam. foi pego. foi descoberto tudo.*
>
> *Everton: Quem entregou?*
>
> *Michele: Não, é uma Investigação, povo de fora mesmo, pegaram, foi feito, foi com prova, grampearam os telefones tudo.*
>
> *Everton: Teve prova e tudo?*
>
> *Michele: Tem com prova de tudo, pegaram 25 pessoas tem mais 14, seu pai tá detido.*

Everton: Mais só ele só, que foi preso?

Michele: Não, seu pai, Macena, os chapa, Fiscal, tudo.

Everton: Pegou todo mundo?

Michele: Pegou tudo. todo mundo com prova concreta.

Everton: E agora?

Michele: Agora é cinco dias detido pra ser ouvido, ai só Deus sabe, seu pai vai...

Everton: Será que ele vai ficar igual o tio Gilmar? Se ele não ficar igual o tio Gilmar ta bom né.

Michele: Aí, eu escondi o café na casa da Maria, ai a Maria teve que ir para o Forum também ontem, aí teve um monte de Polícia aqui eles ouviram a conversa do Alves ligando para mim, falando pra mim esconder o café na casa da Maria. eu não sabia que tava grampeado. Aí eles veio e pego, ai o delegado falou com seu pai de todos é o que tá mais ferrado.

Everton: Puta que pariu!

Michela: Ah! Mais não fala nada aí não viu, eu to falando procê. Eu ia até ligar pra você.

Everton: Sabe como aconteceu, sabe como eu descobri?

Michele: Hum?

Everton: Minha vó ligou para o meu padrasto, aí ele me falou.

Michele: Ah é?

Everton: 11 horas, cheguei agora do serviço aí ele me falou.

Michele: Jornal, jornal MS, só não passou seu pai, passou todo mundo, agora passou no Jornal Nacional, passou no jornal Hoje, hoje a noite no Jornal Nacional cê pode assistir vai sair mais detalhe, não posso falar com seu pai nada o Gilmar tá tomando frente de tudo, aí ele tá trazendo o documento do seu pai, cartão, telefone, tudo.

Everton: Ah! O tio Gilmar tem as moral de fazer esses negócio aí.

Michela: Aí eu to esperando o Gilmar, to esperando o Gilmar deve chegar agora pra conversa comigo. Que daí ele me fala.

Everton: Caramba! ...N/C...

Michele: Mais cinco dias, hoje, hoje eu ouvi no rádio que eles vão ficar 5 dias detidos e pode prorrogar, agora não sei né. Agora o delegado falou que 90% eles vão perder a farda.

Everton: Ai Caracas!

Michele: E a vergonha, comentário da cidade né, não pode nem sair na rua.

Everton: Batayporã.

Michele: Todo mundo olhando, todo mundo comentando.

Everton: Também agora vai perder tudo, já não tinha nada.

Michele: Carro pode ser até que seu pai perca né, porque eles vão falar que comprou com dinheiro, lavagem de dinheiro, sei lá.

Everton: Tá bom.

Michele: Se quiser saber mais, você liga mais tarde que o Gilmar vai vir hoje.

Everton: Tá, mais tarde eu ligo pra saber como está.

Michele: Falou, tchau. Everton: Tchau.

Diante das considerações acima, concluo que as informações contidas nas interceptações telefônicas, corroboradas pelos testemunhos judiciais, formam prova suficiente que aponta a atuação do recorrente como o agente que, mediante aceitação de promessa de vantagem ilícita, atuava de forma determinante, em conluio com fiscais, na liberação de cargas em posto fiscal sem o devido recolhimento de tributos.

Ao contrário do que foi alegado pela defesa, as interceptações não tiveram por objeto ligações realizadas a partir de telefone público do posto fiscal, mas chamadas efetuadas ou recebidas por meio da linha de celular nº 67-9266-1844, a mesma utilizada pela esposa do recorrente.

Ademais, uma vez identificado o apelante como um dos interlocutores, caberia à defesa a prova desconstitutiva.

Destaco, por fim, que o crime previsto no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 não exige que o sujeito ativo seja servidor público com atribuições para lançar e cobrar tributos. Ao contrário, para que haja responsabilização penal basta que o agente exija, solicite, receba ou aceite promessa de vantagem indevida em troca de abstenção de lançamento ou cobrança de tributo.

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DELITO PREVISTO NO ARTIGO 3º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990 – ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE CRIME QUE SÓ PODERIA SER COMETIDO POR AGENTE COM COMPETÊNCIA PARA LANÇAR OU COBRAR TRIBUTO – IMPROCEDÊNCIA – CRIME PRÓPRIO QUE PODE SER PRATICADO POR QUALQUER FUNCIONÁRIO PÚBLICO, MESMO FORA DA FUNÇÃO OU ANTES DE INICIAR SEU EXERCÍCIO – NECESSIDADE DE LIAME ENTRE A QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO E A CONDUTA PRATICADA.

1. Do teor do disposto no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 não se extrai, ao contrário do que aduzido na inicial do writ, que o sujeito ativo do delito somente possa ser o funcionário público responsável pelo lançamento ou cobrança do tributo.

2. Diversamente, a norma penal em questão exige apenas que os fatos sejam praticados por funcionário público, com a finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.

3. A corroborar tal conclusão, é de ser presente que mesmo fora da função ou antes de iniciar o seu exercício é possível que o funcionário público pratique o crime do artigo 3º, inciso II, da Lei 8.137/1990, de modo que se revela de todo improcedente reclamar que o seu sujeito ativo seja unicamente o servidor com atribuição para lançar ou cobrar tributos ou contribuições sociais. (...) (*HC* 134.273/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 25/04/2011)

Em face dessas considerações, resulta insubsistente a tese de absolvição, razão pela qual não prospera o intento de reforma quanto a esse aspecto.

De outra parte, no que diz respeito à alegada impossibilidade de agravamento da pena com amparo no art. 62, I, do Código Penal, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Como é cediço, esse dispositivo permite o agravamento da pena imposta àquele que promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.

Os elementos de prova acima referidos em mais de uma ocasião apontam o apelante como o principal interlocutor dos comerciantes com os fiscais, figurando como peça-chave na organização e no sucesso da atividade criminosa que envolvia uma série de pessoas.

A prova testemunhal e também os registros de interceptação telefônica indicam o recorrente como sendo a pessoa que fornecia todos os detalhes para que os atos de corrupção fossem praticados no posto fiscal.

O juízo de primeira instância, ao autorizar a prorrogação de interceptações telefônicas, destacou que, segundo investigações,

> *"(...) Gilson Alves de Souza atua como articulador junto a alguns fiscais da Receita Estadual de Mato Grosso do Sul, que trabalham no posto fiscal OFAES, localizado em Porto Primavera, MS, com o escopo de permitir o trânsito de veículos/caminhões carregados com mercadorias sem o devido recolhimento do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços"* (f. 23).

Destarte, resulta que a conduta do apelante, determinante na promoção, organização e cooperação no crime, justifica a incidência da agravante do art. 62, I, do CP.

Por fim, no que toca à continuidade delitiva, entendo que a fração de aumento pressupõe a análise de requisitos objetivos (quantidade de crimes praticados) e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime.

Há precedentes do STJ nesse mesmo sentido:

> *PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONTINUIDADE DELITIVA – ACRÉSCIMO COM BASE NO NÚMERO DE INFRAÇÕES – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – FUNDAMENTO IDÔNEO – QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA – PRECEDENTES.*
>
> *I - Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, "aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações" (HC nº 342.475/RN, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23/2/2016). II - In casu, tratando-se de quatro crimes, o quantum de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, pela configuração do crime continuado, deve ser no patamar legal de 1/4 (um quarto). III - A pena-base foi exasperada em 2 (dois) anos acima do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida em poder dos réus (109 pedras de crack), estando, de fato, fundamentado o aumento, pois se encontra em sintonia com o estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 11.343/06 e art. 59 do Código Penal. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1012270/SC, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

A considerar que a sentença admitiu a prática de 3 crimes em continuidade delitiva, o aumento de pena deve incidir na ordem de 1/5, mesmo porque as condições pessoais do recorrente não foram avaliadas em seu desfavor.

Como consequência, a pena aplicada pela prática do crime previsto no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 merece redução nos moldes a seguir dispostos:

Da nova dosimetria

A pena-base foi fixada no mínimo legal de 3 anos de reclusão e 10 dias-multa.

A pena intermediária foi estabelecida em 3 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa com fundamento no art. 62, I, do CP.

Na terceira fase da dosimetria, a aplicação da causa de aumento referente à continuidade delitiva a ser aplicada no patamar de 1/5, conforme fundamentação acima, resulta em uma pena definitiva de 4 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e 12 dias-multa.

Conclusão

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.

Em face do exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Gilson para reduzir para 1/5 o patamar de aumento de pena aplicado com fulcro no art. 71 do Código Penal. Os demais termos da sentença permanecem inalterados.

Diante do resultado do julgamento, a pena definitiva passa a ser de 4 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e 12 dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unanime. Decisão em parte 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, 2 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0055825-33.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL (RECURSO DEFENSIVO) – ESTELIONATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – INOCORRÊNCIA – MEIO ELETRÔNICO QUE TRADUZ O *MODUS OPERANDI* DO CRIME E NÃO ANALOGIA *IN MALAN PARTEM* – DESCLASSFICAÇÃO PARA INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO ALHEIO – ART. 154-A DO CP – INCABÍVEL – CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE – RECAPITULAÇÃO JURÍDICA – *EX OFFÍCIO* – POSSIBILIDADE PELO TRIBUNAL *AD QUEM* – *EMENDATIO LIBELLI* QUE NÃO ALTERA OS FATOS NARRADOS NA EXORDIAL – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 383 E 617, DO CPP – SENTENÇA REFORMADA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – INCABÍVEL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS VALORADAS DE FORMA IDÔNEA – PENA INICIAL MANTIDA – *EX OFFÍCIO* REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA EM PARTE ANTE A OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Perfeitamente enquadrada na tipificação dos crimes contra o patrimônio, a hipótese em que o agente pratique a conduta mediante a utilização de meio eletrônico, expressão a qual, apesar de não estar contida no próprio tipo incriminador de delitos dessa natureza, não importa em analogia *in malan partem* da norma, mas sim, verificação do *modus operandi* que foi praticado a infração;

Inaplicável ao caso o tipo previsto no art. 154-A do Código Penal, a título de *novatio legis in mellius*, sobretudo porque o referido dispositivo de lei não trata do crime de furto, mas, tão somente, do crime consistente em invadir computador, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, com o fim de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. 3. Caso a invasão de dispositivo informático constitua meio de se obter subtração consumada de coisa alheia móvel, configura o crime chamado de previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, a prática de furto mediante fraude pela internet;

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 do referido instituto 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;

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;

A adoção de regime prisional mais brando que o semiaberto aos condenados com pena inferior a quatro anos, só é possível quando verifique-se na hipótese que nenhuma circunstância judicial foi considerada desfavorável ao réu, ainda que ele ostente a reincidência;

Recurso a que, com o parecer, nego provimento, e, *ex offício,* aplico a *emendatio libelli* desclassificando a conduta do réu para a de furto qualificado mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal e, reduzo a pena intermediária em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

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, negar provimento e, de ofício, desclassificar o delito para furto qualificado, reduzindo-lhe a pena.

Campo Grande, 2 de julho 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 Mário Dias Neto, contra sentença de f. 353-367 que, o condenou por infração ao artigo 171, *caput*, do Código Penal (estelionato), a pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa.

Insurge o apelante, segundo as razões expostas a f. 376-393, pretendendo sua absolvição por inadequação típica da condenação. Subsidiariamente, a aplicação da *novatio legis in mellius* com adequação típica ao art. 154-A, do CP. Alternativamente, pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal e fixação do regime mais brando de cumprimento de pena. Suscitou prequestionamento da matéria por ele indicada.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 296-403 e 463-476, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso em sua íntegra.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Mário Dias Neto, contra sentença de f. 353-367 que, o condenou por infração ao artigo 171, *caput*, do Código Penal (estelionato), a pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa.

Insurge o apelante, segundo as razões expostas a f. 376-393, pretendendo sua absolvição por inadequação típica da condenação. Subsidiariamente, a aplicação da *novatio legis in mellius* com adequação típica ao art. 154-A, do CP. Alternativamente, pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal e fixação do regime mais brando de cumprimento de pena. Suscitou prequestionamento da matéria por ele indicada.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 296-403 e 463-476, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso em sua íntegra.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da absolvição e adequação do tipo penal.

Inicialmente, pleiteia a defesa a absolvição do réu, alegando que tendo a ação decorrida da utilização de meio eletrônico, não poderia constituir o fato típico do art. 171, *caput*, do CP. De outra forma, mantida a condenação, pleiteia *emendatio libelli* com adequação do fato ao tipo penal inscrito no art. 154-A, do CP, por ser *novatio legis in mellius*.

Em que pesem tais argumentos, o pedido não merece acolhimento.

Em linhas gerais do caso, consta da denúncia que:

> *"(...) no dia 3 de agosto de 2011, nesta Capital, o denunciado obteve vantagem ilícita no valor de R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), em prejuízo do Banco do Brasil, mediante a fraude de burlar o sistema de pagamentos do SESI e modificar o borderô de autorização de pagamento de despesas nº MBBBp000016686 e MBBBp000016687, inserindo seu nome e conta-corrente de forma indevida, induzindo e mantendo em erro os funcionários do Banco.*
>
> *Segundo apurou-se, o denunciado, utilizando de seus conhecimentos em informática e rede e informações privilegiadas, conseguiu acessar o servidor da rede do SESI, bem como os computadores da COFIN, setor responsável por pagamento, mais precisamente o computador de Denise Xavier Vilela, a responsável pelo envio dos dados de pagamento para o Banco do Brasil.*
>
> *Inicialmente, cumpre esclarecer que o pagamento de despesas pelo SESI era feito por borderôs enviados ao Banco do Brasil, com a seguinte rotina: os pagamentos eram lançados e armazenados em sistema próprio "Zeus", onde aguardava a assinatura da via impresso pelo Diretor Regional e o Superintendente. Após a via impressa ser assinada (J/ cópia de f. 14-17), o documento impresso e o digital – este por meio de um gerenciador próprio do Banco do Brasil – eram enviados ao Banco, que, após realizar os pagamentos, enviava um comprovante ao ordenador.*
>
> *Por ter sido ex-funcionário da empresa vítima, o denunciado sabia que o SESI usava o sistema próprio para lançar os pagamentos, e que, após Denise Xavier Vilela - a responsável pelo envio dos dados de pagamento para o Banco do Brasil - arquivar os pagamentos no sistema referido, era gerado um arquivo que era enviado via gerenciador financeiro ao Banco do Brasil.*
>
> *Através de um programa de acesso remoto, o qual lhe permitia acompanhar de sua residência o que Denise fazia no computador instalado no SESI, o denunciado soube quando Denise gerou e gravou o arquivo de pagamentos, oportunidade em que o denunciado, aproveitando-se do lapso entre a assinatura da via impressa e o envio do documento virtual. Copiou e editou arquivo para que constasse os dados de sua conta pessoal (conta-corrente nº 16210-8, Agência 1687, Banco HSBC) no lugar onde deveria estar os dados da conta da empresa Kampai Motors, passando a ser ele o beneficiado com o valor de R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).*
>
> *Após isso, Mário salvou o arquivo editado no local original, de forma que Denise — após colher a assinatura do Diretor Regional e o Superintendente na via impressa do arquivo —, ao enviar os documentos (digital e impresso), acreditou estar enviando o borderô de f. 14-17, quando, na verdade, enviou o a ordem de pagamento de f. 113-114, cuja única diferença era o destinatário dos R$ 360.000.00 (trezentos e sessenta mil reais).*
>
> *No dia 4 de agosto de 2011, Mário acessou novamente o computador de Denise a fim de editar o arquivo de confirmação do pagamento enviado pelo Banco do Brasil,*

apagando seu nome e seus dados, e colocando no lugar o nome e conta da empresa Kampai Motors, fazendo parecer que a empresa realmente havia recebido o valor referido... .

Em 3 de agosto de 2011, o Banco do Brasil recebeu os borderôs nº MBBBp000016686 e MBBBp000016687, referentes ao encaminhamento de ordem de pagamento de fornecedores emitido pelo SESI, dentre os quais constava o pagamento de R$ 360.000,00 (cento e vinte mil reais) ao denunciado (cf. documento juntado às f. 113-114).

Ocorre que, transcorrido três semanas do pagamento, o representante do SESI tomou conhecimento que a concessionária não havia recebido o valor devido, oportunidade em que, de posse do comprovante de transferência, foi até o Banco do Brasil, onde soube que o depósito havia sido efetivado na conta-corrente nº 16210-8, Agência 1687, Banco HSBC, do denunciado, comunicando o fato à polícia Boletim de Ocorrência nº 16.819/2011 da DEPAC, acostado às 4/6).”

Quanto a inadequação típica do crime alegada pelo réu, não se discute na hipótese a materialidade e autoria, mesmo porque o acusado é confesso, cingindo-se o debate apenas na impossibilidade de inserir a conduta perpetrada por “meio eletrônico” na forma do art. 171, *caput*, do CP, o que segundo a defesa, cria-se com isso o tipo penal específico de estelionato eletrônico, por analogia *in malam partem*, ante a ausência de previsão legal.

A constante evolução digital há tempos inserida no cotidiano social, traz consigo reflexos noutras esferas, as quais, diante da necessidade de adaptação a tais mudanças, passam a progredir concomitantemente.

É o caso da interpretação extensiva das leis pelo Poder Judiciário que, busca o verdadeiro alcance da norma, como medida necessária de harmonização do ordenamento jurídico e pacificação social. O intérprete ao aplicar o texto legal que regula o caso, procura entender a elasticidade que o verbo do tipo penal possibilita, sem que com isso incorra em violação aos princípios da taxatividade ou legalidade penal, ou mesmo em analogia prejudicial ao réu *in malan partem*, não havendo sequer falar em ativismo judicial.

Nesse contexto, perfeitamente aplicável nos delitos contra o patrimônio tais como o furto e o chamado estelionato eletrônico, pois o julgador ao aplicar a hipótese, dispositivos do Código Penal tais como o art. 155 ou o art. 171, não está a fazer analogia em prejuízo do réu criando-se *novatio legis in mellius*, mas sim interpretação da norma a melhor adequar ao caso concreto, sem que, com isso, crie-se novas figuras penais.

É o que se vê na situação sob análise, em que o agente praticou a conduta mediante a utilização de meio eletrônico, expressão a qual, apesar de não estar contida no próprio tipo incriminador, não importa em analogia da norma, mas sim, verificação do *modus operandi* que foi praticado o delito.

Portanto, plenamente possível o cometimento de crimes dessa natureza por meio eletrônico, ainda que esta expressão não esteja expressamente prevista no tipo penal. A propósito, da jurisprudência é possível colher diversos julgados no sentido de possibilidade da prática de crimes dessa ordem, por meio eletrônico.

Assim, não há como acolher a pretensão absolutória por atipicidade da conduta.

Em relação a adequação do fato ao art. 154-A, do CP, entendo que também não comporte razão a defesa.

Não se trata de aplicação de lei posterior mais benéfica, pois a Lei ora invocada já estava em vigor na prolação da sentença condenatória.

Sobre referido dispositivo, nas lições de Rogério Grecco, a utilização da internet tem permitido que delitos contra o patrimônio, como exemplo o estelionato, possam ser praticados ainda que a vítima não conheça o rosto do agente delitivo. O escólio elucida que:

> *"Muito se tem discutido, atualmente, a respeito dos chamados delitos de informática, também reconhecidos doutrinariamente através das expressões crimes de computador, crimes digitais, crimes cibernéticos, crimes via internet entre outros. Na verdade, sob essa denominação se abrigam não somente os crimes onde o objeto material da conduta praticada pelo agente é um componente informático, a exemplo dos programas de computador, ou as próprias informações existentes em um dispositivo informático, como também, e o que é mais comum, todas as demais infrações penais onde a informática é utilizada como verdadeiro instrumento para sua prática, razão pela qual observam Mário Furlaneto Neto e José Augusto Chaves Guimarães que "a informática permite não só o cometimento de novos delitos, como potencializa alguns outros tradicionais (estelionato, por exemplo). Há, assim, crimes cometidos com o computador (The computer as a tool of a crime) e os cometidos contra o computador, isto é, contra as informações e programas nele contidos (The computer as the object of a crime)".*
>
> *É nesse último sentido que, precipuamente, a Lei n° 12.737, de 30 de novembro de 2012, inserindo o art. 154-A ao Código Penal, criou o delito de invasão de dispositivo informático, prevendo, outrossim, o chamado crime de informática puro, isto é, aquele, segundo definição de Marco Aurélio Rodrigues da Costa, cuja conduta ilícita "tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, seja pelo atentado físico ou técnico do equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas".* (Código Penal Comentado. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 532)

Como se vê do caso, não há como proceder com o pedido defensivo de desclassificação para o art. 154-A do CP, pois o réu, mediante sua conduta, não apenas invadiu dispositivo eletrônico alheio para obter vantagem ilícita, mas efetivamente subtraiu a quantia de R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), em prejuízo do Banco do Brasil, mediante a fraude de burlar o sistema de pagamentos do SESI e modificar os borderôs de autorização de pagamento de despesas, inserindo seu nome e conta-corrente de forma indevida, induzindo e mantendo em erro os funcionários do Banco.

Em mesmo sentido:

> *"DIREITO PENAL – FURTO QUALIFICADO – SUBTRAÇÃO DE VALORES DE CONTA CORRENTE – FRAUDE PELA INTERNET – LITISPENDÊNCIA NÃO VERIFICADA – DESCLASSFICAÇÃO PARA INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO ALHEIO – ART. 154-A DO CP – NÃO OCORRÊNCIA – AUTORIA COMPROVADA – DOSIMETRIA – SENTENÇA MANTIDA. 1. (...). 2. Não há falar em desclassificação para o art. 154-A do Código Penal, pois os réus, mediante sua conduta, não apenas "invadiram dispositivo eletrônico alheio para obter vantagem ilícita", tendo efetivamente subtraído a quantia de R$ 3.046,97 (três mil e quarenta e seis reais e noventa e sete centavos) pertencentes à empresa vítima. Incide, por óbvio, o art. 155, § 4º, do CP. 3. De acordo com as provas dos autos, o valor foi subtraído, através de fraude eletrônica perpetrada por um dos réus, de conta corrente, agência Ahú/Curitiba/PR da Caixa Econômica Federal, cuja titular é a empresa, vítima do furto. O montante, então, foi direcionado para a conta do outro réu. 4. O réu Paulo Henrique confessou, no interrogatório da investigação. Por sua vez, o acusado James Dean confirmou, em sedes policial e judicial, a prática criminosa, inclusive no que se refere ao codenunciado. 5. Os réus não obtiveram êxito em afastar as provas que recaem sobre si, devendo ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal. 6. (...)"* (TRF4, ACR nº 5002347-69.2010.404.7000, 7ª Turma, Juiza Federal Salise Monteiro Sanchotene, por unanimidade, juntado aos autos em 16/07/2014)

> *"PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – FURTO MEDIANTE FRAUDE PELA INTERNET – DESCLASSIFICAÇÃO – INVASÃO DE SISTEMNTA DE INFORMÁTICA – IMPOSSIBILIDADE – INÉPCIA DE DENÚNCIA – FALTA DE INDIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA – IRRELEVÂNCIA – CRIMES DE AUTORIA COLETIVA – QUADRILHA OU BANDO E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – ATIPICIDADE – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – VIA INADEQUADA – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – INAPLICABILIDADE – ENUNCIADO 438 DA SÚMULA STJ – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA. 1. É pacífico o entendimento no âmbito desta Corte de que configura o crime previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal a prática de furto mediante fraude pela internet. 2. Inaplicável ao caso o tipo previsto no art. 154-A do Código Penal, a título de novatio legis in mellius, sobretudo porque o referido dispositivo de lei não trata do crime de furto, mas, tão somente, do crime consistente em invadir computador, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, com o fim de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. 3. Caso a invasão de dispositivo informático constitua meio de se obter subtração consumada de coisa alheia móvel, é de furto qualificado que se trata. Dá-se, no caso, que o delito do art. 154-A constitui crime-meio, devendo ser punido o agente, face ao princípio da consunção, apenas pelo crime-fim, ficando absorvida a invasão. 4. (...)." (*HC 0026016-35.2014.4.01.0000, Juiz Federal Renato Martins Prates (CONV.), TRF1 - Terceira Turma, e-DJF1 DATA:25/07/2014)

Dessa forma, não há como acatar o pedido desclassificatório.

Por outro lado, embora a situação posta em julgamento não comporte a aplicação do art. 154-A, do CP, por inexistência de mera invasão de computador pertencente a terceiro, entendo por outro lado que, seja indevida tipificá-la como delito de estelionato (art. 171, *caput*, do CP).

A fraude, embora esteja presente em delitos contra o patrimônio como o estelionato e o furto, destaca-se em cada qual de modo diferente. No primeiro, a fraude é utilizada para induzir a vítima em erro, de forma que ela entrega o patrimônio ao agente colaborando com o que foi pedido por ele. Diferentemente da segunda hipótese em que a fraude é aplicada no sentido de tapear a vigilância da vítima que não percebe a ocorrência da subtração do bem.

In casu, ao reexaminar o mérito de toda a questão posta em julgamento, tenho por imperativo, redefinir o fato delituoso relacionado à inclusão de dados camuflados que permitiram a transferência das somas a conta do réu, as quais teriam outro destino em conta de terceiro, sem que os empregados do banco percebessem o equívoco diante da mascaração de informações, na medida em que a situação fática narrada identifica todos os elementos caracterizadores do crime de furto qualificado e não estelionato.

Tal entendimento inclusive é o aplicado na jurisprudência:

> *"PENAL – PROCESSO PENAL – FURTO – ART. 155 DO CP – TIPICIDADE – MATERIALIDADE – AUTORIA – DOSIMETRIA – ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – CONDENAÇÕES DIVERSAS – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE. Configura o crime de furto qualificado pela fraude a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência ou saque bancários sem o consentimento do correntista. Precedentes. Materialidade e autoria comprovadas na ação penal, sendo o réu a pessoa que movimentou valores depositados em conta bancária de terceiro, sem autorização deste, transferindo-os para empresa comercial, para pagamento de bens adquiridos em proveito próprio. É possível adotar-se condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena base e para a agravante da reincidência. Inexistência de bis in idem. Precedentes. Com base em interpretação da Súmula 269 do STJ, o TRF4 entende que, ao réu reincidente condenado a pena inferior a 04 (quatro)*

> *anos de reclusão, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto, se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não é o caso dos autos. Tratando-se de réu reincidente em crime doloso, inviável tanto a substituição da pena privativa de liberdade (artigo 44, II, CP).”* (TRF4, Apelação Criminal Nº 5002173-39.2010.404.7201, 7ª TURMA, Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior, Por Unanimidade, juntado aos autos em 29/01/2014)

Nesse contexto, 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)”

> *“(...) 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 s Data:S5/04/2013)

Ante o exposto, *ex offício*, reformo a sentença, aplicando-se a *emendatio libelli*, para desclassificar a conduta do apelante Mário Dias Neto para o crime previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Por conseguinte, os pedidos de redução da pena-base ao mínimo legal e fixação do regime mais brando de cumprimento de pena serão analisados por ocasião da nova dosimetria, em razão da desclassificação operada.

Passo a aplicação da pena.

Atento a discricionariedade que detém o magistrado ao analisar a pena, e os fundamentos expostos na sentença colhidos de elementos concretos dos autos, passo a aplicação da reprimenda, partindo-se das penas mínima e máxima cominadas a nova tipificação dos fatos (art. 155, § 4º, II, do Código Penal), zelando na análise, pelos princípios da motivação, individualização e proporcionalidade.

Na 1ª fase, entendo possível manter em demérito do réu, as mesmas circunstâncias judicias valoradas negativamente pelo juiz singular, visto que fundamentos coerentes idôneos e extraídos dos autos, destacando a culpabilidade que *"foi intensa, já que era ex-funcionário do SESI e, por esta condição, se utilizou das informações lá "confiadas" a ele para desempenho de suas funções, para a prática deste crime. Premeditou toda a prática dos fatos, por meio do falseamento das informações e inserção dos seus dados pessoais";* o motivo do crime foi "*egoístico, já que ele, por se sentir perseguido no SESI e se sentir prejudicado por referências negativas apresentadas por seu empregador resolveu provar que era necessário àquela empresa (2'07" até 2'35")*"; as consequências do crime que "*foram graves, já que o acusado utilizou do dinheiro depositado na sua conta para comprar veículo de luxo – Mini Cooper -, uma motocicleta; pagar suas contas pessoais; pagar dívidas de sua namorada; além de gastar o dinheiro com viagens e festas nesta Comarca havendo, com isto, recuperação de apenas parte do valor desviado*"; as circunstâncias do crime graves visto que o réu "*depois de ser demitido, guardou as senhas de acesso e monitorou, por dias, os computadores dos funcionários responsáveis pelo pagamento das despesas e fornecedores do SESI; modificou as informações do sistema por mais de uma oportunidade, a fim de conseguir que o dinheiro relativo ao pagamento de uma licitação fosse desviado para a sua conta corrente*". Quanto aos vetores dos antecedentes, conduta social, personalidade e comportamento da vítima, permanecem inertes, como bem ponderado pela sentença, ante a inexistência de dados que permitam sua valoração negativa. Assim, fixo a pena, novamente no patamar de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e, 45 (quarenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos. Na 2ª fase ausente qualquer agravante, mas verifico o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e, 38 (trinta e oito) dias-multa, na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos, tornando-a em definitivo na 3ª fase, à míngua de causas de aumento e diminuição de pena que possam influenciar no *quantum*.

Do regime de pena.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal com o artigo 59, do mesmo Código. Parte-se da pena concreta (quantidade), de acordo com o disposto pelo § 2º, e retorna-se à análise já realizada das circunstâncias judiciais, nos termos do § 3º.

No caso, apesar de a pena restar fixada em patamar abaixo de 04 (quatro) anos e o réu não ostentar reincidência, foram reconhecidas 04 (quatro) circunstâncias judiciais negativas, o que inibe beneficiá-lo com regime prisional mais brando que o semiaberto ora fixado.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindi de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

São esses os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Mário Dias Neto, aplicando, *ex offício*, a desclassificação da conduta a ele imputada para a de furto qualificado mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP), e reduzindo-lhe a pena final para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto e, 38 (trinta e oito) dias-multa, na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento e, de ofício, desclassificaram o delito para furto qualificado, reduzindo-lhe a pena.

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, 2 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0036510-19.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL – IMPORTAR, VENDER, EXPOR À VENDA E TER EM DEPÓSITO PARA VENDER SUPLEMENTOS ALIMENTARES E ANABOLIZANTE SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL – NÃO ACOLHIMENTO – CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO PRIMÁRIO – APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 – PROVA SUFICIENTE DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA – MANUTENÇÃO DA PENA-BASE – MAIOR REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA DEVIDO À INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – APLICAÇÃO DA REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3 – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Embora de fato tenha havido declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal na medida em que estabelecia para a conduta uma punição extremamente grave e desproporcional se comparada a outros delitos, como por exemplo o tráfico de drogas, isso não acarretou a descontinuidade típica do comportamento desviado, já que o Pretório Excelso afirmou a constitucionalidade do preceito primário do dispositivo.

O Superior Tribunal de Justiça acolhe a tese de inconstitucionalidade tão somente do preceito secundário e admite o uso da analogia em favor do réu a fim de que as punições sejam aplicadas não com fundamento no art. 273 do Código Penal, que prevê penas entre 10 e 15 anos de reclusão, mas com fulcro no art. 33, *caput*, da Lei Nº 11.343/06, que traz penas privativas de liberdade entre 5 e 15 anos de reclusão.

Diante da suficiência de provas acerca da materialidade e da autoria delitiva (ter em depósito e expor à venda produtos sem autorização do órgão de vigilância sanitária competente) deve ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal.

A pena-base deve ser mantida em razão da quantidade e da diversidade de produtos apreendidos.

A menos que haja fundamentação idônea em sentido contrário, é proporcional e razoável a aplicação de atenuantes e agravantes no patamar de 1/6.

A utilização da natureza e da quantidade de produtos apreendidos para aumentar a pena-base e para graduar a incidência da redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 importa em *bis in idem*. Diante disso, avaliadas as peculiaridades do caso concreto, devem ser desconsideradas essas informações na terceira fase da dosimetria, de forma que a causa de diminuição em comento passe a ser aplicada no patamar máximo de 2/3.

A considerar que entre o recebimento da denúncia (04.08.2011) e data da publicação da sentença (25.11.2015) decorreu tempo superior a quatro anos, verificou-se a prescrição da pretensão punitiva retroativa. Por essa razão, deve ser considerada extinta a punibilidade do réu.

Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso e, de ofício, reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Paulo Roberto da Silva Filho contra a sentença que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e 300 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (f. 387-413).

Em suas razões pede a absolvição. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena-base, maior atenuação da pena intermediária pela confissão espontânea e aplicação do patamar máximo de redução da pena com fundamento no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (f. 428-437).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 444-450).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo não provimento do apelo (f. 454-459).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Paulo Roberto da Silva Filho contra a sentença que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e 300 dias-multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (f. 387-413).

Em suas razões pede a absolvição. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena-base, maior atenuação da pena intermediária pela confissão espontânea e aplicação do patamar máximo de redução da pena com fundamento no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (f. 428-437).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 444-450).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo não provimento do apelo (f. 454-459).

De acordo com a denúncia:

> *"No dia 26 de janeiro de 2009, aproximadamente às 9h15min, o denunciado foi preso em flagrante por importar, vender, expor à venda e ter em depósito para vender, suplementos alimentares importados de diversas marcas e anabolizante, no estabelecimento de sua propriedade, Naturaltem, localizado na Rua Rui Barbosa, n° 2107, centro, nesta capital, sem o devido registro exigido pelo órgão de vigilância sanitária competente - ANVISA.*

> *Na ocasião, policiais federais conjuntamente com funcionários da Vigilância Sanitária realizavam fiscalização no estabelecimento Naturaltem, tendo encontrado em exposição para venda e em depósito, os produtos descritos no Auto de Exibição e Apreensão de f. 12-13, tais como Creatine Micronized, Nitrix, Noxi-2, Hydroxycut, Dhea, HMB Fuel, Twinlab, todos fabricados nos Estados Unidos da América, sendo os mesmos destituídos do registro exigido junto à Anvisa.*
>
> *No interrogatório policial, o denunciado afirmou comercializar tais produtos sem o devido registro, alegando, contudo, desconhecimento quanto ao produto Dhea se tratar de anabolizante (f. 07-08 do IP). Paulo Roberto apresentou notas fiscais de compras de produtos, entretanto, as mesmas não correspondiam aos produtos apreendidos, tendo o mesmo alegado que desconhecia tal fato".*

Quanto ao pedido de absolvição

O apelante sustenta que o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal foi reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e que por essa razão o dispositivo legal teria desaparecido do ordenamento jurídico, o que daria sustentação à tese de atipicidade da conduta.

Sem razão, no entanto.

Houve, de fato, declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário acima mencionado na medida em que estabelecia para a conduta uma punição extremamente grave e desproporcional se comparada a outros delitos, como por exemplo o tráfico de drogas.

Isso, contudo, não acarretou a descontinuidade típica do comportamento desviado, já que o pretório excelso afirmou a constitucionalidade do preceito primário do dispositivo, conforme precedente a seguir transcrito:

> *EMENTA – DIREITO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 273 DO CÓDIGO PENAL – IMPROCEDÊNCIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – LEGISLAÇÃO INFRACONSTICIONAL – CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – SÚMULA 279/STF. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade do art. 273 do Código Penal. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento no sentido de que a controvérsia relativa à individualização da pena passa necessariamente pelo exame prévio da legislação infraconstitucional. Precedentes. 3. O recorrente limita-se a postular uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos. Nessas condições, a hipótese atrai a incidência da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (RE 870410 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 12/05/2015, Processo Eletrônico DJe-099 Divulg 26-05-2015 Public 27-05-2015)

Saliento que o Superior Tribunal de Justiça acolhe a tese de inconstitucionalidade tão somente do preceito secundário e admite o uso da analogia em favor do réu a fim de que as punições sejam aplicadas não com fundamento no art. 273 do Código Penal, que prevê penas entre 10 e 15 anos de reclusão, mas com fulcro no art. 33, *caput*, da Lei Nº 11.343/06, que traz penas privativas de liberdade entre 5 e 15 anos de reclusão.

Nesse sentido:

> *ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP – CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO*

DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do direito penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.

5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma. (AI no *HC* 239.363/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015)

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – PENAL – ART. 273, § 1º-B, V, DO CP – CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA – PRECEITO SECUNDÁRIO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL.

1. A Corte Especial, no julgamento da AI no HC 239.363/PR, declarou inconstitucional o preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do CP, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, determinando a aplicação do preceito secundário do tipo penal relativo ao tráfico de drogas ao delito tipificado no artigo 273 do Código Penal, sendo ambos crimes hediondos, de perigo abstrato, e voltados contra a saúde pública.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1558108/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

Diante dessas considerações, concluo que a desproporcionalidade da pena prevista para a prática delitiva prevista no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal não acarreta a absolvição do recorrente por atipicidade da conduta, mas punição baseada no preceito secundário do tipo relativo ao tráfico de drogas, por meio de aplicação analógica em favor do agente.

Ainda no capítulo referente ao pedido de absolvição, o recorrente sustenta que os produtos creatina, Hidroxycut Harcore, N.O. Expander e Nitrix, passaram a ser isentos de registros na Anvisa, o que tornaria a conduta atípica quanto a eles. Assevera que os demais produtos, apreendidos em ínfimas quantidades, seriam destinados ao consumo próprio e que não haveria prova da comercialização dos produtos apreendidos.

Quanto à creatina, a própria sentença condenatória acolhe o argumento de atipicidade ao reconhecer que:

> *"(...) houve uma verdadeira causa de extinção da punibilidade em relação à substância creatina, à medida em que um fato anteriormente considerado como infração penal passa a ser um indiferente penal".* (f. 399).

Contudo, com relação aos demais produtos (nitrix, hydroxycut harcore, Dhea 50mg, HMB Fuel, HMB e N.O. Expander), a falta de registro regular na Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa tornaria impossível a importação e a comercialização em território nacional, de modo que a apreensão promovida no estabelecimento comercial do apelante seria suficiente para a consumação do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal.

Saliento, nesse ponto, que a defesa não trouxe prova aos autos que de forma estreme de dúvida demonstrasse a legalidade de comercialização de cada um dos produtos apreendidos.

Como bem destacado na sentença, as notas fiscais apresentadas pelo apelante aos fiscais indicavam a aquisição desses produtos em quantidades superiores àquelas encontradas no momento do flagrante e em data bem anterior à fiscalização, tudo a afastar o argumento de que seriam encomendas recém-chegadas e que seriam destinadas exclusivamente ao consumo próprio do recorrente.

Por fim, diferentemente do que foi relatado pelos informantes do juízo e funcionários do recorrente, a testemunha Jorge Santos Rodrigues afirmou que esses produtos sem autorização para comercialização estavam misturados aos demais da loja, e não separados como se pertencessem ao proprietário do estabelecimento.

Feitas essas considerações, concluo que há prova suficiente da materialidade e da autoria delitiva, a recomendar a manutenção da sentença condenatória.

Pedido de redução da pena-base

A pena-base foi fixada em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa considerada a quantidade de frascos apreendidos e a natureza dos sete produtos expostos à venda sem registro no órgão de vigilância sanitária competente.

O recorrente alega excesso e pede a redução da reprimenda.

Tenho que não lhe assiste razão.

Embora não haja um critério definitivo para a quantificação da pena na primeira fase da dosimetria, é certo que a discricionariedade conferida ao juízo deve sempre ser balizada pelos ideais de proporcionalidade e razoabilidade, de modo a prestigiar a aplicação de medida punitiva que reflita com a maior precisão possível o grau de violação ao bem jurídico tutelado pela norma.

Tal como ponderado na sentença, entendo que a diversidade e a quantidade de produtos apreendidos justifica repreensão estatal mais intensa como forma de a um só tempo punir e desestimular novos comportamentos desviados, de modo que mantenho a pena-base estabelecida na sentença.

Pedido de maior atenuação da pena devido à confissão espontânea

A pena-base, inicialmente fixada em 7 anos de reclusão, foi reduzida a 6 anos na segunda fase da dosimetria devido à incidência da atenuante da confissão espontânea.

O recorrente pede maior redução com base nesse fundamento.

Assiste-lhe razão.

Embora não exista na lei uma orientação específica sobre em que medida as agravantes e as atenuantes devem impactar a dosimetria da pena, é certo que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade atuam como norteadores do julgador.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que a atenuações ou agravamentos em proporção superior ou inferior a 1/6 exigem motivação concreta, de onde resulta que essa fração, na compreensão daquela Corte, não é excessiva no que diz respeito a atenuantes genéricas. Nesse sentido, indico como precedente o *HC* 412.546/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017.

Assim, acolho o pedido de reforma nessa parte para aplicar a fração de 1/6 para atenuar a pena na segunda fase da dosimetria.

Pedido de aplicação do patamar máximo de redução da pena com fundamento no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas

Ao considerar presentes os requisitos necessários à aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o juízo *a quo* considerou adequada a diminuição da pena na ordem de 1/2 em atenção à quantidade e à diversidade de substâncias apreendidas.

Entretanto, observo que os critérios utilizados para modular a incidência dessa redutora foram também utilizados para exasperar a pena-base, o que importa em *bis in idem*. Considerado que tal situação acarreta indevido acréscimo à punição do agente, acolho o pedido de reforma para aplicar a minorante no patamar máximo de 2/3.

Da nova dosimetria

Em face do que foi acima exposto, faz-se necessário readequar a pena aplicada.

A pena-base foi mantida em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Devido à atenuante da confissão espontânea, nos termos da fundamentação acima, a pena intermediária foi reduzida a 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria o recorrente é beneficiado pela redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a incidir na proporção de 2/3, o que resulta em uma pena definitiva de 1 ano, 11 meses e 9 dias de reclusão e 194 dias-multa, na razão mínima.

Nesse passo, anoto que a pretensão punitiva estatal encontra-se prescrita.

De acordo com o art. 109, V, c/c o art. 110 do Código Penal, transitada em julgado a sentença para a acusação e observada a pena aplicada, a prescrição da pretensão punitiva estatal opera-se em 4 anos.

A considerar que entre o recebimento da denúncia (04.08.2011 – f. 211) e data da publicação da sentença (25.11.2015 – f. 414) decorreu tempo superior a quatro anos, concluo ter ocorrido a prescrição retroativa.

Conclusão

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.

Tecidas essas considerações, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Paulo Roberto da Silva Filho para estabelecer a pena intermediária em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, isso devido à maior atenuação da reprimenda pela confissão espontânea, e para aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar máximo de 2/3, o que resultou em uma pena definitiva de 1 ano, 11 meses e 9 dias de reclusão e 194 dias-multa, na razão mínima. De ofício, reconheço a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa e, por conseguinte, declaro extinta a punibilidade de Paulo Roberto da Silva Filho nos termos previstos pelos arts. 107, V, e 110 do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso e, de ofício, reconheceram a ocorrência da prescrição retroativa.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004390-59.2017.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – INTERPOSIÇÃO DEFENSIVA – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO CONSUMADO PARA TENTADO – INVERSÃO DA POSSE DA *RES* – MOMENTO CONSUMATIVO – TEORIA DA *AMOTIO* – NÃO CABIMENTO – PENA BASILAR – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (PREMEDITAÇÃO) E ANTECEDENTES CRIMINAIS – MODULARES DESFAVORÁVEIS – FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) PARA CADA MODULADORA – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – PENA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

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 existência de antecedentes criminais, bem como a premeditação, por contrapor-se ao dolo de ímpeto, denotam maior gravidade da conduta, justificando o recrudescimento da pena basilar.

A exasperação da pena-base, diante da existência de circunstância negativas, deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, para cada moduladora valorada, mostra-se válido.

Recurso a que se nega provimento, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e, de ofício, reduzir a penal de multa.

Campo Grande, 19 de julho 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 Jorge Aparecido da Silva contra a sentença de f. 142-149 que o condenou à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 180 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, do CP.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 162-1673, visa a desclassificação da conduta que lhe foi imputada para o crime de tentativa de roubo, ao fundamento de que não houve o assenhoramento da coisa subtraída. Subsidiariamente requer a redução da pena-base, alegando para tanto que os fatos não extrapolaram em nada as circunstâncias do roubo, bem como em razão de haver desproporcionalidade na fixação, porquanto existentes apenas duas circunstâncias judiciais negativas.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 171-182, pugnando pelo desprovimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 193-203, opinou no mesmo sentido. Para fins de prequestionamento requereram manifestação expressa sobre os artigos: 59, 14, II e 157, § 2º, I, todos do CP.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Jorge Aparecido da Silva contra a sentença de f. 142-149 que o condenou à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 180 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, do CP.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 162-1673, visa a desclassificação da conduta que lhe foi imputada para o crime de tentativa de roubo, ao fundamento de que não houve o assenhoramento da coisa subtraída. Subsidiariamente requer a redução da pena-base, alegando para tanto que os fatos não extrapolam em nada as circunstâncias do roubo, bem como em razão de haver desproporcionalidade na fixação, porquanto existentes apenas duas circunstâncias judiciais negativas.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 171-182, pugnando pelo desprovimento do recurso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 193-203, opinou no mesmo sentido. Para fins de prequestionamento requereram manifestação expressa sobre os artigos: 59, 14, II e 157, § 2º, I, todos do CP.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da desclassificação do delito para o crime de tentativa de roubo.

Infere-se da denúncia que:

> *"(...) em 18 de outubro 2017, por volta das 14h30, em frente ao estabelecimento denominado 'Correspondente Caixa Aqui', localizada na rua Milton Modesto, nº 1325, bairro Centro, em Nova Andradina/MS, o denunciado Jorge Aparecido da Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo (revolver), subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em um malote, contendo, aproximadamente, a quantia de R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), pertencente a vítima Hélio Roberdo Lima, conforme auto de prisão em flagrante (f. 2-4), boletins de ocorrência (f. 29 e f. 31), auto de exibição e preensão (f. 30) e auto de entrega (f. 12).*
>
> *Consoante se infere dos autos, dias antes da prática criminosa, o denunciado passou a observar a rotina da vítima, certificando-se dos horários que a vítima saia de seu estabelecimento levando consigo um malote contendo os valores recebidos no decorrer do dia.*
>
> *Nesse passo, de posse de tais informações, Jorge Aparecido, no dia dos fatos, deslocou-se ao local supracitado, aguardou a vítima sair com o malote e, de posse de uma*

> *arma de fogo, abordou-a exigindo que lhe entregasse o referido bem. Contudo, a vítima resistiu a prática criminosa e entrou em luta corporal com o autor, sendo que este, após se desvencilhar da vítima, empreendeu fuga de posse da res furtiva.*
>
> *Ato contínuo, a vítima acionou a Polícia Militar e passou a seguir o denunciado, momento em que este fora contido por populares até a chegada da guarnição policial, que deteve o denunciado e recuperou o malote subtraído".*

A sentença de f. 142-149 acatou a pretensão acusatória para condenar Jorge Aparecido da Silva à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 180 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, do CP.

Busca a defesa a desclassificação da conduta imputada ao acusado para a prevista no art. 157, § 2º, I, c/c art. 14, II, todos do CP (tentativa de roubo).

Alega-se, para tanto, que não houve o assenhoramento do bem pelo acusado, ou seja, esgrima-se 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; Relª Minª 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*.

Na hipótese dos autos o acusado teve a posse do bem, ainda que por pouco tempo, fato que impossibilita a pretensa desclassificação.

Tal situação exsurge das declarações prestadas pela vítima Hélio Roberto Lima em sede policial e, posteriormente, ratificadas em juízo:

> *"(...) um indivíduo chegou com uma arma em punho, apontou para o declarante e exigiu que entregasse o malote se não atirava (...); que o declarante afirma que para que*

> *ambos não caíssem e o autor acabasse disparando a arma, entregou o malote ao autor, que por sua vez saiu correndo e na primeira rua virou à esquerda; que o declarante afirma que entrou em seu carro e seguiu o autor por cerca de duas quadras, até que o autor percebe que o declarante não poderia voltar com o carro e voltou; que o declarante afirma que deu a volta na quadra e logo mais a frente populares conseguiram abordar o autor e logo em seguida os policiais militares chegaram e deram voz de prisão ao autor" (f. 17).*

No mesmo teor a confissão do acusado Jorge Aparecido da Silva a f. 22-23:

> *"(...) que quando o interrogando puxou a sacola esta rasgou e dela caiu uma espécie de uma bolsa quadrado jeans de zíper; que quando a bolsa caiu o interrogando a apanhou e correu com a arma, levando-a; que a vítima o perseguiu com um veículo; que o interrogando correu por cerca de uma quadra e meia quando foi alcançado (...)".*

Desse modo, incabível o reconhecimento da tentativa.

Da redução da pena-base.

Busca-se, também, a redução da pena-base, sob o fundamento de que os fatos não extrapolaram em nada as circunstâncias do roubo, bem como em razão de haver desproporcionalidade na fixação, porquanto existentes apenas duas circunstâncias judiciais negativas.

Razão, aqui, também não assiste à pretensão defensiva.

Infere-se que a sentença de f. 142-149 elevou a pena-base do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo em 1 (um) ano e 6 (seis) meses e 120 (cento e vinte) dias-multa, em razão do juízo negativo dos antecedentes criminais e das circunstâncias do crime.

Com relação aos antecedentes criminais, não houve nenhuma insurgência da defesa, porquanto, efetivamente, o acusado possui extensa ficha de antecedentes criminais (como se infere da certidão juntada a f. 90-94).

No que toca às circunstâncias do crime, verifica-se que a sentença negativou essa moduladora, ao fundamento de que:

> *"(...) os elementos de convencimento produzidos são no sentido de que crime se deu mediante planejamento. A vítima disse que o acusado estivera em seu estabelecimento pedindo moedas, o que denota que assim agiu para verificar a rotina da vítima e estabelecer o melhor momento para abordá-lo com malote em que era levado todo o dinheiro movimentado no dia. E não convence a alegação do acusado de que agiu por acaso, porque se assim tivesse feito dificilmente teria conseguido colocar as mãos em elevada quantia em dinheiro (R$ 24.000,00) proveniente de correspondente bancário. Assim, o planejamento prévio verificado faz o crime destoar de crimes de roubo comumente praticados e denota maior reprovabilidade da conduta (negativa)".*

De fato, o trabalho mendaz dirigido ao minucioso planejamento da conduta criminosa, visando melhores condições para a execução, contrapondo-se ao dolo de ímpeto (aquele que assola o indivíduo no calor de uma discussão, no instante em que alguma situação qualquer o desagrada, aproveitando-se das circunstâncias do momento), configura a premeditação, fato que atribui maior censurabilidade à conduta, justificando o recrudescimento da pena basilar.

Nesse sentido entende o STJ e este Tribunal (sem grifos na fonte):

"PENAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CONTRADIÇÃO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E MOTIVOS – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – PREMEDITAÇÃO – POSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 83 – CONSEQUÊNCIAS QUE EXTRAPOLAM A NORMAL DO TIPO – BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA – SÚMULA Nº 7 – EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal. CPP, e erro material, conforme art. 1.022, III, do Código de Processo Civil. CPC. 2. Demonstrada a hipótese de contradição, diante da procedência do argumento ora analisado, são cabíveis efeitos infringentes. 3. Quanto à culpabilidade, à personalidade e aos motivos do crime, constata-se que não houve fundamentação a justificar o desvalor recaído sobre tais circunstâncias judiciais, razão pela qual deve ser decotado. 4. No que se refere à conduta social, o fato de o agente ter ficado foragido por 3 (três) anos, por si só, não constitui elemento idôneo a fundamentar a desvaloração, mormente quando se tem presente que esse vetor judicial é apurado em face do comportamento do réu no meio social. 5. A premeditação constitui elemento idôneo a justificar o desvalor das circunstâncias do delito, pois denota maior gravidade da infração penal. 6. Não há bis in idem quando as consequências do crime são desvaloradas em razão do prejuízo que extrapola os limites inerentes ao tipo penal. 7. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo, e, no mérito, reduzir a exasperação da pena-base, com reflexos na pena definitiva". (STJ; EDcl-AgRg-AREsp 633.304; Proc. 2014/0343375-3; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; DJE 03/05/2017).

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – DOSIMETRIA – PENA-BASE – FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO – CULPABILIDADE – PREMEDITAÇÃO E PLANEJAMENTO – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – AO CONTRÁRIO DO DOLO DE ÍMPETO, A PREMEDITAÇÃO DA ATIVIDADE CRIMINOSA, EVIDENCIADA PELA PREPARAÇÃO DO AGENTE PARA O TRANSPORTE DE TÓXICOS, DENOTA UM GRAU DE REPROVABILIDADE MAIS ACENTUADO DA CONDUTA DELITIVA, DIANTE DO PLANEJAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO CRIMINOSA, JUSTIFICANDO, PORTANTO, A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PATAMAR DE REDUÇÃO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – JUÍZO DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. 1. O Código Penal não estabeleceu limites para a escolha do patamar de diminuição da reprimenda, na segunda etapa dosimétrica, cabendo ao magistrado, dentro dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, eleger o quantum de redução mais adequado ao caso concreto. 2. A redução da pena em 6 (seis) meses, a título de confissão espontânea, não se mostra desproporcional, considerando-se que a reprimenda básica estabelecida. Regime inicial fechado. Modo mais gravoso justificado com base na culpabilidade e na quantidade do entorpecente apreendido. 1. A teor da jurisprudência reiterada deste sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso. 2. No caso, embora o agente seja primário e a pena imposta não supere 8 (oito) anos de reclusão, o que, a princípio, permitiria a fixação do regime inicial semiaberto, verifica-se que a valoração negativa da culpabilidade, bem como a expressiva quantidade de drogas apreendidas justificam a imposição do regime inicial mais gravoso. 3. Agravo regimental desprovido". (STJ; AgRg-AREsp 959.045; Proc. 2016/0198918-7; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 10/05/2017).

"APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO SIMPLES – ART. 121, CAPUT, DO CP – PENA-BASE – MODULADORAS DA CULPABILIDADE E ANTECEDENTES BEM EXAMINADAS – QUANTUM PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO – REDUÇÃO

MAIOR – PATAMAR DE 1/6 – POSSIBILIDADE – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – REGIME FECHADO MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO I. A premeditação do crime, que denota maior reprovabilidade da conduta, justifica juízo negativo da culpabilidade II. A condenação definitiva por fato anterior ao imputado na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, embora não se preste à configuração da reincidência, permite o aumento da pena-base no vetor antecedentes, sem qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência e à Súmula nº 444 do STJ, justificando a majoração da pena-base. III. Ainda que a Lei não estabeleça o percentual de diminuição da pena no tocante às atenuantes genéricas e/ou agravantes, tem-se como mais adequado o patamar de 1/6 por tratar-se do menor índice estipulado pela Lei penal tanto para as atenuantes quanto para as agravantes. lV. Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal com o artigo 59, do mesmo Código. Correta a indicação do regime mais gravoso quando negativamente valorada alguma das circunstâncias judiciais. V. Recurso parcialmente provido. Em parte com o parecer". (TJMS; APL 0004972-56.2007.8.12.0002; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 02/05/2017; Pág. 94).

Dessa forma, os fundamentos expostos pela sentença são concretos e aptos a justificar o recrudescimento da sanção em sua primeira fase.

Com relação ao acréscimo adotado pela sentença, 1 (um) ano e 6 (seis) meses, decorrente da valoração negativa das circunstâncias judiciais acima mencionadas, entendo, igualmente, que se encontra justificado, não se afigurando exacerbado.

Como cediço, a exasperação deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério sugerido por Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 8ª edição, Editora Podium, p.129), o qual foi validamente adotado pela sentença, deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, cujo valor, na hipótese, corresponde a exatamente os 18 (dezoito) meses acrescidos na pena basilar.

Ademais, apesar de não ter constando da decisão, o recorrente, quando da prisão em flagrante nestes autos, encontrava-se foragido do sistema prisional, fato a justificar, mais ainda, que se lhe aplique uma pena mais rigorosa.

Dessarte, mantém-se a pena privativa de liberdade tal qual fixada pela sentença.

Por outro lado, no que tange à sanção pecuniária a sentença não atenta para os ditames dos artigos 49 e 68, do Código Penal, e sua correlação com as circunstâncias previstas pelo artigo 59 do mesmo Código, desatendendo ao princípio da proporcionalidade. É que a quantidade de dias-multa atrela-se à análise das circunstâncias judiciais e sofre a influência das circunstâncias que eventualmente incidam nas demais fases, em atenção ao sistema trifásico. O valor de cada dia-multa é que se relaciona com as condições econômicas do agente. Confira-se:

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – LEI 7.492/86 – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – ADEQUAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – ATENUANTE DA CONFISSÃO – INCIDÊNCIA – ARREPENDIMENTO NÃO DEMONSTRADO – REDUÇÃO DA PENA DE MULTA E DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. (...). 8. Com relação à pena de multa, esta deixou de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. A fixação do quantum de

> *dias-multa, tal qual a fixação da pena privativa de liberdade, deve observar o critério trifásico disposto no artigo 68 do Código Penal. Sendo assim, observados os critérios de fixação da pena privativa de liberdade, bem como a Súmula nº 231 do STJ, resta definitiva a pena de multa de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário já fixado na r. sentença, em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. 9.* (...)". (TRF 3ª R.; ACr 0000191-05.2003.4.03.6181; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Valdeci dos Santos; Julg. 17/10/2017; DEJF 31/10/2017).

Embora este ponto não seja objeto do recurso, tem-se que a fixação da pena é matéria de ordem pública, de forma que em caso de alguma incongruência, deve ser alterada de ofício.

Assim, partindo da pena mínima, 10 dias-multa, diante das circunstâncias desfavoráveis reconhecidas, elevar-se-á de 3 dias-multa na primeira fase, daí resultando em 13 dias-multa. Sem alteração na segunda em razão da compensação da reincidência com a confissão, aplicada pela sentença. Na terceira fase houve a elevação em 1/3, de forma que a mesma torna-se definitivamente fixada em 17 (dezessete) dias-multa.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Jorge Aparecido da Silva e, de ofício, reduzo a pena de multa para o equivalente a 17 (dezessete) dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e, de ofício, reduziram a penal de multa.

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, 19 de julho de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0007245-77.2009.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006 – PRELIMINAR – LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – SERENDIPIDADE – PROVA EMPRESTADA – VALIDADE – REJEIÇÃO – ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – ALEGAÇÃO DEFENSIVA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 156 DO CPP – PROVAS SEGURAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 155 DO CPP – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTs. 5º, XLVI, E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ELEVAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS ABSTRATOS – ABRANDAMENTO – NATUREZA DA SUBSTÂNCIA – COCAÍNA E CRACK – QUANTIDADE RELEVANTE – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE – ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 – RECRUDESCIMENTO IMPRESCINDÍVEL – CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA – § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 59 DO CP E 42 DA LEI 11.343/2006 – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS – INVIABILIDADE – RECURSOS DESPROVIDOS.

O fenômeno da serendipidade, ou do encontro fortuito da prova, é perfeitamente válido e aceito por nosso ordenamento jurídico, inclusive por força do artigo 6º, III, do CPP, o qual determina que a autoridade policial, ao deparar-se com prova da ocorrência de outro crime, adote providências para sua apuração, mesmo que os fatos sejam independentes e relativos a outras pessoas, estranhas à primitiva investigação, desde que autorizada judicialmente a quebra de sigilo das comunicações, podendo ser empregada como prova emprestada. Para a produção desse meio de prova a Lei não prevê nenhuma participação da defesa, sendo que a garantia do contraditório e da ampla defesa decorre do pleno acesso ao conteúdo das interceptações colhidas aleatoriamente.

Não atenta contra o princípio da presunção de inocência, previsto pelo artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, a sentença que acolhe pretensão acusatória com base em conjunto de provas seguro, extreme de dúvida, excluindo a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.

O fato de o agente ser usuário não significa que a substância entorpecente apreendida destinava-se exclusivamente ao uso próprio, posto ser bastante comum a figura do usuário-traficante. Por tratar-se de alegação do interesse da defesa, inverte-se o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do CPP. Impossível a desclassificação para o crime tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 quando as provas não demonstram que a totalidade da substância apreendida destinava-se ao uso exclusivo do agente.

A teor do disposto pelo artigo 155 do CPP, a convicção do juiz deve formar-se pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial. Depoimento de policiais em juízo, mantendo coerência com outros elementos de prova existentes nos autos, são aptos a justificar decreto condenatório.

Desatende ao princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, a sentença que exaspera a pena basilar com base em elementos abstratos, impondo-se o redimensionamento.

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. Os registros criminais impróprios para configurar reincidência e desqualificar a moduladora dos antecedentes penais são aptos para fins de verificação da dedicação a atividades criminosas, possibilitando o afastamento do privilégio estipulado pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

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.

Recursos conhecidos e parcialmente providos. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos.

Campo Grande, 2 de agosto 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 Thiago Murilo Martins Ferreira e Rogério Rariston Cezário de Barros contra a sentença de f. 638-645 que os condenou como incursos nas penas dos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa e 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, respectivamente, em regime inicial fechado.

Thiago, pelas razões de f. 769-782, pugna: em sede de preliminar, pela nulidade da interceptação telefônica que serviu de lastro para a condenação, por ausência de investigação prévia e por se tratar de prova falha; absolvição, por falta de provas; a redução da pena-base para o mínimo legal; o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, com a alteração do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Para fins de prequestionamento, requer manifestação acerca dos arts. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Rogério, por seu turno, pelas razões a f. 783-817, pretende, em suma, a absolvição, por insuficiência de provas ou, alternativamente, a desclassificação da sua conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Contrarrazões a f. 824-846, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 850-889, opina no mesmo sentido. Para fins de prequestionamento, em caso de provimento ao recurso, requer manifestação acerca dos arts. 28, § 2º, 33, § 4º, 42, todos da Lei 11.343/2006; art. 44 e 59, II, todos do Código Penal.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Thiago Murilo Martins Ferreira e Rogério Rariston Cezário de Barros contra a sentença de f. 638-645 que os condenou como incursos nas penas dos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa e 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, respectivamente, em regime inicial fechado.

Thiago, pelas razões de f. 769-782, pugna: em sede de preliminar, pela nulidade da interceptação telefônica que serviu de lastro para a condenação, por ausência de investigação prévia e por se tratar de prova falha; absolvição, por falta de provas; a redução da pena-base para o mínimo legal; o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, com a alteração do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Para fins de prequestionamento, requer manifestação acerca dos arts. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

Rogério, por seu turno, pelas razões a f. 783-817, pretende, em suma, a absolvição, por insuficiência de provas ou, alternativamente, a desclassificação da sua conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Contrarrazões a f. 824-846, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 850-889, opina no mesmo sentido. Para fins de prequestionamento, em caso de provimento ao recurso, requer manifestação acerca dos arts. 28, § 2º, 33, § 4º, 42, todos da Lei 11.343/2006; art. 44 e 59, II, todos do Código Penal.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar.

Inicialmente, examino a preliminar suscitada por Thiago, de nulidade da interceptação telefônica que serviu de lastro para a condenação, por ausência de investigação prévia e por se tratar de prova falha.

A denúncia narra que, no dia 06 de setembro de 2009, por volta das 17:10 horas, na Rua Alba Candida Pereira, nas proximidaddes da esquina com a Avenida Ponta Porã, em Três Lagoas/MS, Rogério Raristom Cezário de Barros, Suellen Janaína de Santana Nakamura e Thamiris Cavalcante Marques foram presos em flagrante por policiais federais ao transportarem, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, uma cápsula envolta em um saco plástico da substância entorpecente conhecida por cocaína, pesando 10 gramas e 07 porções envoltas em plástico branco e transparente a substância entorpecente conhecida por crack, pesando o equivalente a 70 gramas.

Consta ainda da denúncia, que momentos nesse mesmo dia, 06 de setembro de 2009, o apelante Thiago Murilo Martins Ferreira, estando previamente associado com o seu irmão Heitor Ferreira Gomes, à época menor de 18 anos, na residência da Rua Manoel Custódio de Queiroz, 924, Jardim Alvorada, nesta cidade, venderam a substância entorpecente supramencionada para os três primeiros denunciados.

O Policial Federal Luis Roberto Silveira informou em juízo que:

> *"(...) Essa prisão foi em decorrência da operação caiman, onde o Tiago ele tava sendo escutado era um dos alvos, e as conversas dele comprovavam que ele e o irmão dele, o Heitor, eles traficavam droga. E em um determinado dia, alguns dias, antes, umas duas semanas antes o Rogério liga para o Tiago, e encomenda entorpecente (...) Aí ele encomendou 70, ele fala no áudio, que depois foi comprovado que era 70 gramas de crack, que ele fala 70, de pedra, e ele queria mais um pouco de brilho, que eles falam, que é o cloridrato, para uma outra menina que o Tiago já sabia quem era, e depois foi esclarecido que era a Suellen (...) E foi acompanhado no loca, acompanhou a movimentação deles na frente da casa do Tiago e do Heitor quando eles se deslocaram, rumo a Andradina, foi feita a abordagem e foi encontrado a droga com eles." (f. 551-552).*

Esse mesmo policial informa, que apesar de Rogério ter retirado a droga com Heitor, o entorpecente fornecido a Rogério também pertencia a Thiago (f. 552).

As transcrições da escuta telefônica realizada pela Polícia Federal demonstram a realização de contatos por telefone entre Rogério e Thiago, no período de 15 de agosto de 2009 a 06 de setembro de 2009, onde acertam por algumas vezes a negociação de substância entorpecente (f. 401-404).

A alegação da defesa é a de que Thiago jamais foi alvo da operação e, por isso, a interceptação telefônica não poderia ser utilizada para a sua condenação, sendo que a descoberta do suposto crime teria ocorrido por acaso.

Inobstante a irresignação defensiva, não se verifica nos autos qualquer lesão aos artigos 155, 157 e 564, IV, do CPP, bem como ao artigo 5º, LV da Constituição Federal.

O fenômeno da serendipidade, ou do encontro fortuito da prova, é perfeitamente válido e aceito por nosso ordenamento jurídico, inclusive por força do artigo 6º, III, do CPP, o qual determina que a autoridade policial, ao deparar-se com prova da ocorrência de outro crime, adote providências para sua apuração, mesmo que os fatos sejam independentes e relativos a outras pessoas, estranhas à primitiva investigação.

E quando proveniente de quebra de sigilo das comunicações autorizada judicialmente, pode ser empregado como prova emprestada. Para a produção desse meio de prova a Lei não prevê nenhuma participação da defesa, até porque, se assim fosse, jamais seria produzida.

A garantia do contraditório e da ampla defesa decorre do pleno acesso ao conteúdo das interceptações colhidas aleatoriamente, que se deve propiciar à defesa.

Nesse sentido é vasta a jurisprudência, consolidada no STJ e em diversos outros Tribunais. Confira-se (reduzidas ao ponto e sem grifos na origem):

> *"RECURSO ESPECIAL DE MARCUS VINÍCIUS COSTA – VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP – IMPROCEDÊNCIA – INDÍCIOS E DESCRIÇÃO SUFICIENTE PARA DEFLAGRAR AÇÃO – ADVENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA – TESE ESVAÍDA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 10, DA LEI Nº 9.296/1996 – ART. 7º, II, DA LEI Nº 8.906/1994, BEM COMO DOS ARTS. 155, 157, 239 E 563 DO CPP – USO DA PROVA CONTRA RÉU QUE NÃO FIGURAVA NA INVESTIGAÇÃO – POSSIBILIDADE*

– ENCONTRO FORTUITO DE PROVA – REPRESENTAÇÃO LASTREADA EM INFORMAÇÕES FALSAS – ACÓRDÃO QUE FIRMA O CONTRÁRIO – REEXAME – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ. (..). 6.1. A jurisprudência desta Corte firmou orientação no sentido de que a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo (EREsp nº 617.428/SP, Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 17/6/2014). (.....)". (STJ; REsp 1.465.966; Proc. 2014/0165227-0; PE; Sexta Turma; Rel. Minº Sebastião Reis Júnior; DJE 19/10/2017)".

"PENAL – PROCESSO PENAL – APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – LEI Nº 11.343/2006 – OPERAÇÃO SEMILLA – É SUFICIENTE A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE TRANSNACIONALIDADE DO DELITO NO MOMENTO DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUÍZ NATURAL E DE QUALQUER REGRA DE CONEXÃO/CONTINÊNCIA – INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 14 E AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA – COLHEITA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS DE FORMA ACIDENTAL – POSSIBILIDADE – SERENDIPIDADE – A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. (...). 11. No caso dos autos, algumas provas produzidas durante a "Operação Niva" foram utilizadas como fundamento para se iniciar as investigações da "Operação Semilla ", não se tratando, todavia, de prova emprestada, mas, de informações propiciadas pela interceptação telefônica, que podem ser objeto de contestação pela defesa. Porém, ainda que fosse outro o entendimento, a prova emprestada é amplamente aceita no processo penal, sendo admissível a sua utilização, assegurados o contraditório e a ampla defesa, desde que esta não constitua o único elemento probatório a embasar a condenação dos réus. 12. Ademais, nossos Tribunais Superiores têm entendido que é válida a interceptação telefônica que colhe elementos probatórios de forma acidental, tendo estes elementos conexão com o fato investigado, ou não. Nessa senda, a Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Penal nº 690 (DJE: 22/05/2015), de relatoria do Exmo. Ministro João Otávio Noronha, dispôs sobre a serendipidade. Precedente. 13. (...)". (TRF 3ª R.; ACr 0013360-78.2011.4.03.6181; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Valdeci dos Santos; Julg. 06/02/2018; DEJF 02/03/2018).

"APELAÇÃO CRIME – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CONDENAÇÃO DE DOIS RÉUS E ABSOLVIÇÃO DE CORRÉU – IRRESIGNAÇÕES MINISTERIAL E DEFENSIVA. (...). Alegação de prova ilícita. Prova emprestada. Nada obsta a utilização de prova consistente em escutas telefônicas produzidas licitamente em outra investigação, com a devida autorização judicial. Trata-se de prova em que não prevê a Lei participação da defesa na sua produção. Assim, o pleno acesso da defesa ao conteúdo das interceptações garante o contraditório e a ampla defesa. A falta de conexão dos fatos originalmente investigados com os presentes, descobertos no decorrer das interceptações telefônicas, não invalida a prova, nem impede sua utilização. Isso porque, deparando-se com prova da ocorrência de outro crime em investigação conduzida licitamente, é dever da autoridade policial a sua apuração, independentemente da conexão com o objeto primitivo da investigação e de serem outros os originalmente investigados (art. 6º, inc. III, do CPP). Ocorrente, portanto, o fenômeno da serendipidade ou do encontro fortuito da prova, que deve ser colhida pela autoridade policial, nos termos da Lei Processual penal, mesmo quando obtida na investigação de outro crime. Logo, lícita a prova e sua utilização. Não havendo prova ilícita, não há se falar em prova derivada dessa ou de violação ao disposto

no art. 157 do CPP. Mérito. (...).” (TJRS; ACr 0371192-85.2015.8.21.7000; Porto Alegre; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Ricardo Coutinho Silva; Julg. 20/10/2016; DJERS 17/11/2016).

“HABEAS CORPUS – FRAUDE EM LICITAÇÃO – ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93 – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – QUESTÃO PREJUDICIAL – INOCORRÊNCIA – JUÍZOS E AÇÕES PENAIS DIVERSAS – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ENCONTRO FORTUITO – SERENDIPIDADE – PROVA EMPRESTADA – CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO – POSSIBILIDADE – PROVAS CAUTELARES – ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DA COMPETÊNCIA – VALIDADE. 1. (...). 2. A prova obtida em encontro fortuito no bojo de interceptação telefônica é plenamente válida, não havendo óbice a que seja utilizada como prova emprestada em outro procedimento criminal, pois se autorizado seu emprego até mesmo no âmbito de processos administrativos disciplinares, quiçá em ações penais. 3. Se a interceptação telefônica fora deferida em observância aos requisitos legais previstos na Lei nº 9.296/96, para investigação de crimes punidos com reclusão, não há empeço que as provas obtidas em encontro fortuito possam embasar ação penal, em juízo diverso, por crime punido com detenção. 4. A competência jurisdicional, para efeito de provas cautelares. Interceptação telefônica., se verifica ao tempo de seu deferimento, sendo irrelevante a alteração superveniente da competência. 5. Ordem Denegada”. (TJDF; HBC 2016.00.2.049052-0; Ac. 990.470; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Jesuíno Aparecido Rissato; Julg. 26/01/2017; DJDFTE 02/02/2017).

“APELAÇÃO-CRIME – ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO – EMPREGO DE ARMA – CONCURSO DE PESSOAS – RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. 1. Preliminares. (...). Prova emprestada. Imprestabilidade. Ofensa ao princípio do contraditório. Inocorrência. É lícita a prova proveniente de processo criminal no qual o réu não figurou como parte, desde que seja assegurado às partes o direito ao contraditório. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório à prova, isto é, o direito de contra ela insurgir-se, refutando-a adequadamente, afigura-se válido o empréstimo. Precedentes do e. STJ e desta corte. Na espécie, a defesa do acusado andré teve acesso à prova emprestada - Interceptações telefônicas autorizadas judicialmente em outro expediente - No curso da instrução, juntada que foi aos autos, a pedido da defesa do corréu vilmar, antes mesmo da oitiva de qualquer das vítimas ou testemunhas, tampouco do interrogatório dos réus, podendo impugná-la a qualquer tempo, inclusive em memoriais, como o fez. Inexistência de ofensa ao princípio do contraditório. Prova emprestada trasladada que se revela lícita e plenamente apta a produzir efeitos jurídicos, não se cogitando de sua imprestabilidade aos fins a que se destina no bojo desta ação penal. Nulidade inexistente. Preliminares rejeitadas. (...)”. (TJRS; ACr 0429757-08.2016.8.21.7000; Portão; Oitava Câmara Criminal; Relª Desª Fabianne Breton Baisch; Julg. 16/08/2017; DJERS 28/09/2017).

Sendo assim, não se há falar em cerceamento de defesa, posto que o conteúdo da prova colhida de maneira fortuita foi disponibilizado à defesa, atendendo-se ao princípio do contraditório, insculpido no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

Também não se descura do disposto pelo artigo 155 do CPP, posto que a decisão não se baseia exclusivamente na prova emprestada, mas também nas declarações de testemunhas, além de outras, dando conta de indícios veementes da autoria.

Muito menos trata-se de prova ilícita, como acima visto, daquelas que, na forma do artigo 157 do CPP, devem ser desentranhadas dos autos, pena de configurar a nulidade prevista pelo artigo 564, IV, do mesmo Código.

Em razão do exposto, rejeita-se a preliminar.

Do pedido de absolvição. Ambos os apelantes.

Ambos os recursos pretendem a absolvição por insuficiência de provas.

O princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade de seus cidadãos, é uma das bases do Estado Democrático de Direito, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo artigo XI, 1, dispõe que:

> *"(...) Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".*

Também assim a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos que, em seu artigo 8°, 2, estipula que "*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*".

Nossa Carta Magna, em atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República previsto no inciso III do artigo 1º, veio nesse mesmo sentido, enaltecendo a presunção da inocência no artigo 5°, LVII ao referir que "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Nesse cenário sobreleva-se o princípio da prevalência do interesse do acusado, previsto pelo inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, de onde se extrai que a dúvida milita em favor da defesa, o conhecido *in dubio pro reo.*

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."*

Sem razão, entretanto, porque além de terem sido observadas todas as garantias relativas ao direito de defesa, as provas produzidas nos autos excluem qualquer dúvida razoável, tornando impositiva a condenação.

Rogerio Rariston Cezario de Barros, Suelen Janaina de Santana Nakamura e Thamires Cavalcante Marques, foram denunciados por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e Thiago Murilo Martins Ferreira por infração aos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/2006.

Segundo a denúncia, no dia 06 de setembro de 2009, por volta das 17:10 horas, na Rua Alba Candida Pereira, nas proximidaddes da esquina com a Avenida Ponta Porã, em Três Lagoas/MS, Rogério, Suellen e Thamires foram presos em flagrante por policiais federais ao transportarem, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, uma capsula envolta em um saco plástico da substância entorpecente conhecida por cocaína, pesando 10 gramas e 07 porções envoltas em plástico branco e transparente a substância entorpecente conhecida por crack, pesando o equivalente a 70 gramas.

Consta ainda da inicial, que nesse mesmo dia 06 de setembro de 2009, o denunciado Thiago Murilo Martins Ferreira, estando previamente associado com o seu irmão Heitor Ferreira Gomes, à época menor de 18 anos, na residência da Rua Manoel Custódio de Queiroz, 924, Jardim Alvorada, em Três Lagoas/MS, venderam a substância entorpecente supramencionada para os três primeiros denunciados.

No que se refere a Rogério, este é quem conduzia o veículo automotor no qual foi encontrada a substância entorpecente.

Consta dos autos que o apelante confessou, em ambas as fases, dizendo que estava numa situação que tinha perdido o emprego; que tinha acabado de sair da cadeia; que estava numa situação financeira ruim; que vendeu um veículo; que pegou um pouco de dinheiro e aluguel de uma casa onde morava; que foi contratado pra trabalhar com um ônibus mas não deu certo; que ficou desempregado; que estava dependendo dessa droga, de crack; que sempre usou isso; perdeu a família por conta disso; que perdeu tudo por causa de droga; que teve vez que comercializou a droga para sustentar o vício. (f. 479).

Thiago, por seu turno, apesar de negar a autoria, é delatado por Rogério, que disse, na fase extrajudicial, que:

> *"(...) o morador de Andradina/SP que sabe apenas chamar-se Jean, há 03 meses, trouxe o interrogando a esta cidade e apresentou-lhe uma pessoa conhecida como 'Macumbinha', morador da Vila Piloto; que, 'Macumbinha' levou o interrogando na rua Manoel Custódio de Queiroz, nº 924 e apresentou-lhe 02 irmãos de nomes Tiago e Heitor; que, neste dia o interrogando adquiriu droga dos 02 irmãos e passou a comprar entorpecente dos mesmos reiteradamente, consumindo parte dele e revendendo a outra parte em Andradina/SP."* (f. 19-21).

Apesar de Rogério mudar a versão em juízo, tem-se que a retratação restou isolada nos autos, visto que a sua confissão é corroborada pelos depoimentos dos policiais federais que participaram da apreensão do entorpecente e da prisão do apelante.

O policial federal Luis Roberto da Silveira, a f. 551-552, disse:

> *"(...)*
>
> *Depoente: Certo. Essa prisão ela foi em decorrência da operação Caiman, onde o Tiago ele tava sendo escutado (F) era um dos alvos, e as conversas dele comprovavam que ele e o irmão dele, Heitor, eles traficavam drogas. E em um determinado dia, alguns dias antes, umas duas semanas antes o Rogério liga para o Tiago, e encomenda entorpecente. Aí (...)*
>
> *Juiz: Ele liga aqui da cidade, ou ele liga de outro lugar?*
>
> *Depoente: Não. Ele liga de um DDD 18.*
>
> *Juiz: Certo.*
>
> *Depoente: Aí ele encomendou 70, ele fala no áudio, que depois foi comprovado que era 70 gramas de crack, que ele fala 70, de pedra, e ele queria mais um pouco de brilho, que eles falam, que é cloridrato, para uma outra menina que o Tiago já sabia quem era, e depois foi esclarecido que era a Suellen*
>
> *Juiz: Certo, uhum.*

> *Depoente: E foi acompanhado no local, (F) acompanhou a movimentação deles na frente da casa do Tiago e do Heitor, e quando eles se deslocaram, rumo a Andradina, foi feita a abordagem e foi encontrado a droga com eles.*
>
> *(...)"*

Os diálogos citados no depoimento acima, extraídos de interceptação telefônica, estão juntados aos autos a f. 397-404 e também são corroborados pelo depoimento do policial federal Kenio Matias de Souza (f. 550).

Digno de nota, ainda, que foi realizada busca e apreensão da casa do apelante Thiago, onde foram apreendidos objetos relacionados ao tráfico, tais como papelotes, balança de precisão, sacolas plásticas com odor de cocaína, tesoura, (f. 96-97).

De tal forma, o conjunto das provas produzidas nos autos, em especial na fase judicial, à luz do disposto pelos artigos 155 e 156, do Código de Processo Penal, afasta a existência da alegada dúvida que, por força do inciso VII do artigo 386 do mesmo Código, propiciaria a absolvição, não se havendo falar em ofensa ao princípio da presunção da inocência, insculpido no artigo 5°, LVII, da Constituição Federal, de forma que resta rejeitado o pleito absolutório.

Do pedido de desclassificação quanto a Rogério Rariston Cezário de Barros.

Rogério pretende, ainda, a desclassificação da imputação do delito de tráfico de drogas para o art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Dispõe o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/06 que:

> *"(...) Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente."*

Para possibilitar a desclassificação é imprescindível a prova de que a substância apreendida destinava-se exclusivamente ao consumo pessoal do agente, posto ser este o elemento subjetivo específico necessário à configuração desse tipo penal. E a prova de tal destinação exclusiva cabe à defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, invertendo-se, pois, o ônus da prova.

Nesse sentido a doutrina:

> *"O MP deve colacionar elementos que indiquem que a droga não era para uso próprio, no momento de oferecer a denúncia por tráfico. Porém, apresentados tais elementos, a jurisprudência entende que a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso depende de prova por parte do réu, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, uma vez que a prova da alegação incumbe a quem a fizer. (Lei de Drogas Comentada, Andrey Borges de Mendonça, 3ª edição, pág. 57).*

E a jurisprudência:

> *"APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE TÓXICOS – PROVAS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO – .AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA – TESE DEFENSIVA – DESTINAÇÃO EXCLUSIVA PARA CONSUMO PESSOAL OU QUE PERTENCESSE A OUTREM – NÃO COMPROVAÇÃO – ÔNUS DA PROVA DA DEFESA.*
>
> *(...)*

> *Quando resta suficientemente demonstrada tanto a propriedade quanto destinação que seria dada à droga apreendida, não é de se acatar a almejada absolvição ou desclassificação para o delito de uso de drogas.* (TJMG; APCR 1.0111.13.001417-3/001; Rel. Des. Sálvio Chaves; Julg. 02/10/2014; DJEMG 10/10/2014)" (destaquei).

No caso dos autos, a prova não demonstra, seguramente, que a totalidade da substância entorpecente apreendida destinava-se ao exclusivo uso do agente, circunstância que impede a desclassificação da conduta tipificada no artigo 33 para a do artigo 28, ambos da Lei nº 11.343/06.

O tráfico de drogas (artigo 33 da Lei nº 11.343/2006) é modalidade de crime complexo, podendo ser praticado pela realização de qualquer das 18 (dezoito) condutas previstas em tal dispositivo.

Na lição de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão,

> *"(...) Embora a expressão 'tráfico de drogas' esteja associada, na linguagem comum, à ideia de mercância e lucro, o conceito jurídico é diverso, pois não se exige qualquer elemento subjetivo, além da simples consciência e vontade de praticar qualquer dos dezoito verbos-núcleos mencionado".*

O apelante, quando ouvido na fase Judicial, disse, acerca da finalidade da droga:

> *"(...) Essa droga Excelência eu me encontrava numa situação que eu tinha perdido o meu serviço que eu trabalhava, eu puxava, num assentamento de sem teto para a faculdade de dentro da cidade, aí era um concorrência que tinha e eu fui contratado, porque antes disso eu puxava de professor, que eu tinha uma Kombi*
>
> *(...)*
>
> *Mas aí tinha acabado de sair da cadeia e eu 'tava' numa situação financeira meio assim, e aí eu vendi essa Kombi, peguei um pouco de dinheiro e aluguei uma casa onde eu 'tava' morando, aí o homem me contratou assim, pra trabalhar com esse ônibus e se ele ganhasse a concorrência eu continuaria, ele ia registrar a minha carteira, só que como ele perdeu a concorrência eu fiquei parado, e eu 'tava' dependendo dessa droga, de crack, eu sempre usei isso daí, perdi uma família de 20 anos, de casamento que eu tinha, eu tinha 3 filhos, perdi por causa dessa droga aí e tudo que eu tinha fui perdendo usando essas porcaria aí e aí teve vez de eu até comercializar pra mim sustentar o vício, o senhor me entende? Essa é grande verdade disso daí."* (f. 479).

Verifica-se que o apelante revela dificuldades financeiras que passou e admite que a droga que adquiriu seria para a prática do tráfico de drogas, como forma de assegurar renda. Além disso, a quantidade de droga adquirida - cerca de 70 gramas de crack -, demanda dispor de quantidade de dinheiro considerável para quem se diz desempregado.

Demais disso, segundo consta do protocolo 25131/2014, do procedimento instaurado pelo Ministério Público do Paraná para analisar a possibilidade de estabelecer critério objetivo baseado na quantidade da droga, conforme dados fornecidos pelo Instituto de Criminalística do Rio Grande do Sul, cada pedra de crack contém, em média, de 0,1 (um decigrama) a 1,5 (um grama e meio). (Acessível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Materiais_de_Apoio/Material_de_Capacitacao/Protocolo_25131_Quantidade_de_droga_usuario_SEJU_analise_CAOP.pdf).

Isto significa dizer que a quantidade apreendida seria capaz de produzir no mínimo 46 (quarenta e seis), podendo chegar a 700 (setecentos) papelotes, quantidade não apenas elevada, mas que também demonstra claramente a destinação mercantil.

É que segundo estudo realizado em 2014 pela Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná, empregando números calculados com base em estudos da Secretaria Nacional Antidrogas (Senad), do Ministério da Justiça, da Santa Casa de Misericórdia de Curitiba e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), um usuário de crack pode consumir, por dia, em média, até 16 pedras, ou 5,2 gramas (https://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-em-cinco-estados-mostra-diferenca-na-quantidade-de-drogas-para-ser-classificado-como-trafico-17229185).

É certo concluir, com base nas provas constantes dos autos, em especial pela confissão do apelante e depoimentos acima, que o os entorpecentes encontrados estavam destinados à traficância.

Ademais, a alegação, ainda que provada, de ser usuário, não descaracteriza a traficância. Tal fato, por si só, não implica na pretendida desclassificação, posto ser extremamente comum a figura do "viciado-traficante", aquele que, além de fazer uso de drogas, a comercializa.

Diante de tais fatos, impossível acolher-se o pleito desclassificatório.

Da pena aplicada. Pena-base e causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ambos os apelantes pretendem, por fim, a redução das penas aplicadas.

Da pena-base.

Para o apelante Thiago Murilo Martins Ferreira

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.

No caso, a pena-base para Thiago foi fixada em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, ou seja, em 01 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa acima do mínimo previsto para o tipo, em razão de serem negativas as circunstâncias da culpabilidade, motivos, consequências do crime e a preponderante do art. 42 da Lei nº 11.343/06, diante da quantidade e natureza da droga apreendida.

Contudo, verifica-se que a sentença exarada nos autos emprega termos genéricos no processo dosimétrico em relação à grande maioria das circunstâncias judiciais, obrigando a Corte a readequar a sanção.

Na primeira fase, atentando ao disposto pelo artigo 59, do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, tem-se que a culpabilidade não desborda da normalidade para a espécie, não há registro de antecedentes nem elementos seguros para valorar conduta social e personalidade, os motivos não extrapolam os contidos no próprio tipo, as consequências foram normais à espécie, as circunstâncias não ultrapassaram os limites da normalidade e o comportamento da vítima foi neutro.

No que diz respeito à preponderante do art. 42 da Lei nº 11.343/06, ao fixar a pena-base em delitos relativos à Lei nº 11.343/06, por expressa dicção desse artigo, 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 recrudescimento na pena-base, podendo ser, inclusive, 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).

É dos autos que o apelante praticou tráfico de 70 gramas de crack e 10 gramas de cocaína.

A natureza da substância é uma das circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos do artigo 42, da Lei 11.343/06.

Acerca do tema ensina Andrey Borges de Mendonça que:

> *"(...) A delimitação da pena com ensejo na natureza da droga justifica-se por haver evidente gravame na culpabilidade de que trafica substância mais nociva. Essa análise deve ser realmente realizada pelo juiz no momento da fixação da pena-base, pois não se pode equiparar as condutas de quem vende, por exemplo, maconha e crack, substâncias diametralmente opostas sob o ponto de vista da periculosidade. Outro exemplo: um quilograma de cocaína não pode ser tratado da mesma maneira que um quilograma de maconha. As drogas possuem diversos efeitos sobre o organismo do indivíduo, o que não pode ser desconsiderado pelo magistrado".*

Neste caso trata-se de cocaína que é, segundo estudos científicos disponibilizados pela internet, uma das drogas mais perigosas conhecidas pelo homem. Uma vez que uma pessoa comece a consumir a droga, é quase impossível física e mentalmente livrar–se das suas garras. Fisicamente ela estimula os receptores chave do cérebro (terminações nervosas que alteram os sentidos no corpo) que, por sua vez, cria uma euforia à qual os consumidores desenvolvem uma tolerância rapidamente. Apenas o uso de doses mais elevadas e mais frequentes podem causar um efeito semelhante. Hoje em dia, a cocaína é um empreendimento multibilionário mundial. Os consumidores são de todas as idades, ocupações e níveis econômicos, até mesmo crianças com cerca de 8 anos. O uso da cocaína pode levar à morte por falha respiratória, hemorragia cerebral (derramamento de sangue no cérebro) ou ataque cardíaco. Os filhos de mães toxicodependentes em cocaína nascem como se fossem toxicodependentes. Muitos sofrem de defeitos congênitos e de muitos outros problemas.

De tudo isso decorre a maior culpabilidade de quem comercializa tal espécie, em relação a outras menos nocivas, como a maconha, justificando-se a exasperação da pena-base em decorrência do artigo 42, da Lei nº 11.343/06. E o patamar de agravamento, em atenção ao princípio da proporcionalidade, deve ser superior àquele aplicável às moduladoras do artigo 59 do Código Penal.

Confira-se julgados nesse sentido, sem grifo na origem:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – DESFAVORÁVEL A NATUREZA DA DROGA – ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA – APLICABILIDADE DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 – NÃO COMPROVAÇÃO DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DE VENDA DE ENTORPECENTES – REGIME ALTERADO PARA O ABERTO – CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA – PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Restou comprovado dos autos que a droga era para comércio e não para consumo somente, como quer fazer crer a apelante. Confissão extrajudicial corroborada pelos demais elementos colhidos nos autos. Assim, mantém-se a condenação pelo crime de tráfico de drogas. 2. Pena-bases inalteradas. Agiu com acerto a magistrada ao considerar desfavorável a natureza da droga, tendo em vista a elevada perniciosidade do entorpecente (14 gramas de cocaína distribuídas em 39 papelotes), cuja lesividade é maior do que a de outras drogas, à exceção do "crack" e do novo e devastador "oxi". Sabe-se que o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de drogas. 3. (...) 4. (...)"* (TJMS; APL 0023825-09.2013.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 14/08/2014; Pág. 33).

> *"PENAL – PROCESSUAL PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CONHECIMENTO EM PARTE – TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS – DOSIMETRIA DA PENA – NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA – FUNÇÃO PREPONDERANTE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO CRIME DE TRÁFICO – ART. 42, DA LEI Nº 11.343/06 – COCAÍNA – DROGA ALTAMENTE MALÉFICA – PENA-BASE ELEVADA – REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA – IMPOSSIBILIDADE – EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO, NA PARTE CONHECIDA. 1. ... 2. ... 3. O julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59, do Código Penal. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o comando expresso no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, o qual determina expressamente que o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta do agente. 4. No caso, não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (4.390g em poder de caetano, e 7.732g em poder de inês), ainda mais quando comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes. 5. Tampouco deve prevalecer o argumento de que a natureza da droga (cocaína) não é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas (crack, ecstasy, anfetamina, heroína, lsd, etc). De fato, sabe-se que a cocaína é uma droga que vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade. Ademais, a cocaína que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento. 6. ... 7. ... 8. Embargos Infringentes a que se nega provimento, na parte conhecida".* (TRF 3ª R.; EI 0008991-33.2011.4.03.6119; Primeira Seção; Rel. Des. Fed. Antonio Carlos Cedenho; Julg. 04/09/2014; DEJF 11/09/2014; Pág. 560).

Há, ainda, o crack, que é, segundo estudos científicos disponibilizados pela internet, obtido por meio de uma mistura de pasta de coca ou cloridrato de cocaína com bicarbonato de sódio, e comercializado em pequenas pedras porosas. Ele não é solúvel em água, mas os usuários fumam o crack aquecendo essas pedras em cachimbos improvisados, já que essa substância passa do estado sólido para o vapor em uma

temperatura relativamente baixa, a 95ºC. Os vapores de cocaína liberados são absorvidos pelos pulmões quase imediatamente, pois o pulmão é um órgão intensamente vascularizado e com grande superfície. Assim, a cocaína é enviada para a circulação sanguínea e atinge o cérebro em 15 segundos.

Destarte, quem comercializa tal substância deve ter a sanção agravada, pois a culpabilidade extrapola os limites da normalidade. E o patamar de agravamento, em atenção ao princípio da proporcionalidade, pode ser superior àquele aplicável às moduladoras do artigo 59 do Código Penal.

Confira-se julgados nesse sentido, sem grifos na origem:

> *"HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA) – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – DOSIMETRIA DA PENA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ART. 42, DA LEI DE DROGAS – ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. No caso, o paciente foi preso em flagrante e posteriormente condenado pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, porque, "no dia 15 de março de 2013, tinha em depósito, para entrega a consumo ou para fornecimento a terceiros, ainda que gratuitamente, 58 (cinquenta e oito) buchas de cocaína, pesando 24,70g (vinte e quatro gramas e setenta decigramas); 1 (uma) pedra de cocaína, processadas na forma de crack, pesando 25,20g (vinte e cinco gramas com vinte decigramas) e 1 (um) tijolo de cannabis sativa, vulgarmente conhecida por maconha, pesando 41,30g (quarenta e um gramas com trinta decigramas)". 2. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga. 3. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão dos entorpecentes comercializados, "dentre elas o crack, uma droga que causa maior danosidade social, e por conta disso, justifica um apenamento maior".* 4. Habeas Corpus não conhecido". (STJ; HC 295.083; Proc. 2014/0119488-1; RS; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; DJE 02/09/2014).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI Nº 11.343/2006, ARTS. 33, CAPUT E 35, CAPUT) – ..... RECURSO MINISTERIAL – DOSIMETRIA – CRIME DE TRÁFICO – APREENSÃO DE "CRACK" – NATUREZA DA DROGA QUE PERMITE A FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE (Lei nº 11.343/2006, ART. 42) – ÍNFIMA QUANTIDADE DE DROGA QUE AFASTA EXCEPCIONALMENTE O AUMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) – MAJORAÇÃO ATENTA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – ATENUANTE DA MENORIDADE CP, ART. 65, I). AGENTE QUE CONTAVA COM MENOS DE VINTE E UM ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO NA ORIGEM – PLEITO CONDENATÓRIO – AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE, PERMANÊNCIA E ANIMUS ASSOCIATIVO – DECISÃO MANTIDA NO PONTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Para os crimes previstos na Lei de Drogas, a natureza e a quantidade de droga são, por força do art. 42, circunstâncias preponderantes na fixação da pena base. Assim, essa corte de justiça, reiteradamente, acata a possibilidade de fixação da reprimenda acima do mínimo legal quando se tratar do tráfico de "crack", porquanto tal substância, derivada da cocaína, possui elevado grau de nocividade à saúde pública, tendo em conta a rapidez com que submete o acusado à dependência, causando, por consequência, danos graves e irreversíveis ao corpo humano. (...)".* (TJSC; ACR 2014.015334-2; Tubarão; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Salete Silva Sommariva; Julg. 30/07/2014; DJSC 08/08/2014; Pág. 354).

Dito isto, a natureza da droga, diante dos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, impõe o agravamento da pena-base de forma preponderante.

Como já exposto na fundamentação acerca da pretendida desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/06, formulado por Rogério, a quantidade de droga apreendida deve ser considerada negativa, assim como a diversidade.

Diante disso, fixo a pena-base para Thiago em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, está no unitário mínimo.

Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, o apelante pretende o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Inobstante, não é possível aplicar a referida causa de diminuição, porquanto esta benesse somente pode ser aplicada quando presentes, cumulativamente, todos os requisitos elencados pela Lei, quais sejam: ser o agente primário; ter bons antecedentes; não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

Neste caso ficou provado que o apelante se dedica a atividade criminosa.

A sentença negou o benefício sob o seguinte fundamento:

> *(...) "Os autos informam que o sentenciado possui antecedentes criminais maculados, os quais podem ser considerados para efeito da terceira fase de dosimetria da pena, por envolvimentos nos crimes de tráfico ilicito de substância entorpecente e furto, conforme os documentos dos autos às f. 105, 122, 125 e 208 demonstram, apesar de tecnicamente primário.*
>
> *Portanto, o sentenciado não preenche os requisitos exigidos pela nova lei de tóxicos para obter a redução de pena prevista no artigo 33, § 4º."* (f. 640).

Pela certidão de antecedentes acostada a f. 221 vê-se que o recorrente ostenta vários registros criminais que são os seguintes: 021.08.006920-2 (furto); 021.08.003626-1 (tráfico) e 021.09.008103-0 (tráfico).

Inobstante imprestáveis para negativa valoração da reincidência e dos antecedentes, tais registros são aptos a demonstrar a dedicação a atividade criminosa, impedindo a concessão do benefício previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

De fato, a teor da Súmula 444, do STJ, ações penais em andamento não podem ser empregadas para recrudescer a pena-base, mas são dados valiosos para demonstrar a ausência de requisito básico para o reconhecimento do tráfico privilegiado, que é a não dedicação a atividade criminosa.

Nesse diapasão o STJ entende que:

> *"(...) Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula nº 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas. (...)".* (AgRgHC 211288/MS, 6ª T., Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 12/05/2016).

Por tais fundamentos, rejeita-se a pretensão.

Ausentes causas de aumento, a pena resta definitiva em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, esta no unitário mínimo.

Para o apelante Rogério Rariston Cezario de Barros

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.

No caso, a pena-base para Rogério foi fixada em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa acima do mínimo previsto para o tipo, em razão de serem negativas as circunstâncias da culpabilidade, antecedentes, motivos, consequências do crime e a preponderante do art. 42 da Lei nº 11.343/06, diante da quantidade e natureza da droga apreendida.

Contudo, verifica-se que a sentença exarada nos autos emprega termos genéricos no processo dosimétrico em relação à grande maioria das circunstâncias judiciais, obrigando a Corte a readequar a sanção.

Na primeira fase, atentando ao disposto pelo artigo 59, do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06, tem-se que a culpabilidade não desborda da normalidade para a espécie, há registro de antecedentes (f. 172 e 322); não há elementos seguros para valorar conduta social e personalidade, os motivos não extrapolam os contidos no próprio tipo, as consequências foram normais à espécie, as circunstâncias não ultrapassaram os limites da normalidade e o comportamento da vítima foi neutro.

No que diz respeito a preponderante do art. 42 da Lei nº 11.343/06, ao fixar a pena-base em delitos relativos à Lei nº 11.343/06, por expressa dicção desse artigo, 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 recrudescimento na pena-base, podendo ser, inclusive, superior às outras circunstâncias judiciais.

Considerando que o apelante praticou tráfico de 70 gramas de crack e 10 gramas de cocaína, pelos mesmos fundamentos acima referidos, tem-se que a natureza da substância deve ser considerada desfavorável, posto ser uma das circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos do artigo 42, da Lei 11.343/06.

Igualmente, como já exposto na fundamentação acerca da pretendida desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/06, formulado por Rogério, a quantidade de droga apreendida deve ser considerada negativa, assim como a diversidade.

Diante disso, considerando, ainda, a negativação dos antecedentes, fixo a pena-base para Rogério em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, esta no unitário mínimo.

Na segunda fase, não há agravantes a serem consideradas. Há a atenuante da confissão espontânea, pela qual reduzo a pena em 1/6 (um sexto), equivalente a 01 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa. A pena intermediária, assim, resta em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, o apelante pretende, também, o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Da mesma forma, não é possível aplicar a referida causa de diminuição, porquanto esta benesse somente pode ser aplicada quando presentes, cumulativamente, todos os requisitos elencados pela Lei,

quais sejam: ser o agente primário; ter bons antecedentes; não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

Neste caso ficou provado que o apelante se dedica a atividade criminosa.

A sentença negou o benefício sob o fundamento de que *"o sentenciado possui antecedentes criminais maculados"* (f. 643).

Conforme já considerado na pena-base, o apelante possui maus antecedentes, e, assim, não preenche os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Por tais fundamentos, rejeita-se a pretensão.

Ausentes causas de aumento, a pena resta definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, esta no unitário mínimo.

Do regime para o cumprimento da pena.

A fixação do regime prisional inicial deve harmonizar-se com o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Destarte, deve-se levar em consideração a quantidade da pena privativa de liberdade imposta e, ainda, as circunstâncias judiciais dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/2006.

Neste caso, as penas privativas de liberdade resultaram definitivamente fixadas em: 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias multa, para Thiago e 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, para Rogério.

Como na hipótese dos autos valorou-se negativamente circunstância judicial preponderante prevista no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 (quantidade da droga apreendida), e os apelantes dedicavam-se a atividades criminosas, fatos que tornam impositiva a eleição do regime prisional mais gravoso que, no caso, é o fechado. Neste sentido:

> *"PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO DE DROGAS – (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (...) O agente, condenado por tráfico de drogas, crime altamente censurável pela própria Constituição Federal, não faz jus à fixação do regime mais brando, ainda que o montante da pena, em tese, admita tal providência, sobretudo quando, com ele, é apreendida expressiva quantidade de substâncias entorpecentes, bem como se trate de pessoa que se dedica à atividade criminosa e que integre organização criminosa. - Parecer da pgj pelo conhecimento e provimento do recurso. - Recurso conhecido e parcialmente provido".* (TJSC; ACR 2013.078121-0; Criciúma; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Civinski; Julg. 09/12/2014; DJSC 18/12/2014; Pág. 571).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, (...) FIXAÇÃO DA PENA – RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE – RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS – QUANTUM DE REDUÇÃO – REGIME INICIAL FECHADO MAIS ADEQUADO NA ESPÉCIE – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENAS ALTERNATIVAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. (...) 8. Havendo informações acerca da dedicação à atividades criminosas pelo réu, ainda que tenha sido a reprimenda fixada em pena inferior a 08 anos e trate-se de agente primário, o regime inicial fechado para o desconto da pena mostra-se suficiente e necessário à prevenção e reprovação dos delitos. (...)".* (TJMG; APCR 1.0103.13.002247-0/001; Rel. Des. Marcilio Eustaquio Santos; Julg. 04/12/2014; DJEMG 12/12/2014).

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O apelante Thiago pleiteou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pedido que dependia do acolhimento do seu pedido de aplicação do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que não ocorreu.

Como a sua pena e a do apelante Rogério restaram fixadas acima do patamar de 04 (quatro) anos de reclusão, tem-se que não restam preenchidos os requisitos para a substituição.

Prequestionamento.

No que tange ao prequestionamento, a matéria pertinente aos dispositivos legais invocados foi expressamente abordada.

Conclusão.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou provimento parcial aos recursos para o fim de reduzir as penas aplicadas aos apelantes para o patamar de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias multa, para Thiago Murilo Martins Ferreira e 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, para Rogério Rariston Cezario de Barros, em regime inicial fechado.

Prevalecendo este voto, comunique-se ao Juízo das Execuções acerca da redução das penas aplicadas.

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 Waldir Marques.

Campo Grande, 2 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002603-83.2017.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – ATIPICIDADE – ABSOLVIÇÃO – TRÁFICO OCASIONAL – REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – AUSÊNCIA – TRANSPORTE DE DROGA EM VEÍCULO ESPECIALMENTE PREPARADO – CIRCUNSTÂNCIA INDICATIVA DE INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – ART. 40, V, da LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acusado que foge, desobedecendo ordem policial de parada do veículo para evitar o risco de prisão em flagrante, não comete o delito previsto no art. 330 do CP, face à sanção administrativa cominada no art. 195 do CTB.

O princípio da fragmentariedade, decorrente do princípio da intervenção mínima do Estado, pelo qual o direito penal apenas deve ser utilizado contra ofensas intoleráveis a determinados bens jurídicos, possibilita a decretação de atipicidade da conduta nos casos em que os demais ramos do Direito não se mostrem suficientes para protegê-los.

Constitui prova de integração a organização criminosa, a impedir o reconhecimento do benefício previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o transporte de grande quantidade de substância entorpecente (228 quilos de maconha), em veículo especialmente preparado para tal fim.

Configurada a agravante da interestadualidade do tráfico (artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06) quando, mesmo sem transposição de fronteiras, a prova demonstra que a intenção era a de transportar a substância entorpecente para outro estado da federação.

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, 9 de agosto 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 Marcelo Salvador da Silva, contra a sentença de f. 195-210 que o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão e 15 (quinze) dias de detenção, em regime fechado, mais 700 (setecentos) dias-multa, por infração aos artigos 33 da Lei 11.343/06 e art. 330 do CP.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 251-270, postula, em suma, pela absolvição do crime de desobediência alegando atipicidade da conduta. Outrossim, requer seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 e a exclusão da causa de aumento do artigo 40, V, da Lei 11.343/06. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos mencionados a f. 268-269.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 274-302, pugnando pelo desprovimento, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 322-341, opina no mesmo sentido e prequestiona os dispositivos legais indicados a f. 341.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Marcelo Salvador da Silva contra a sentença de f. 195-210 que o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão e 15 (quinze) dias de detenção, em regime fechado, mais 700 (setecentos) dias-multa, por infração aos artigos 33 da Lei 11.343/06 e art. 330 do CP.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 251-270, postula, em suma, pela absolvição do crime de desobediência alegando atipicidade da conduta. Outrossim, requer seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 e a exclusão da causa de aumento do artigo 40, V, da Lei 11.343/06. Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa sobre os artigos mencionados a f. 268-269.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 274-302, pugnando pelo desprovimento, e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 322-341, opina no mesmo sentido e prequestiona os dispositivos legais indicados a f. 341.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da absolvição do crime de desobediência por atipicidade da conduta:

Segundo a denúncia:

> *"(...) a guarnição da polícia rodoviária federal deu ordem de parada para o condutor do veículo automotor marca Volkswagem, modelo GOL, ano 2008/2009, cor prata, placas JRQ-2202/GO, para fins de fiscalização de rotina, no posto da PRF em Rio Brilhante/MS (BR 163, Km 324), contudo, o indivíduo desobedeceu à ordem legal e empreendeu fuga.(...)"*

Neste contexto, destaca-se o depoimento do policial rodoviário federal José da Silva Oliveira a f. 174:

> *"(...) Nós percebemos quando ele passou pelo posto policial que estava bem nervoso. Fomos atrás com jogo de luzes e sinal sonoro e demos a ordem de parada, mas ele correu dirigindo perigosamente pela contra-mão, pelo acostamento, até que ele perdeu o controle do veículo (...)."*

Segundo a doutrina e a jurisprudência, o delito de desobediência somente se configura quando inexistente outra forma de punição extrapenal à conduta ou quando, ainda que existente sanção administrativa ou civil para o fato, o dispositivo legal que a defina, faça expressa ressalva permissiva de cumulação com o artigo 330 do Código Penal.

Conforme ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) Para configurar o delito è fundamental a inexistência de outro tipo de punição. Ressalta, com pertinência, Nélson Hungria que "se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Código de Processo Penal, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, como a 'processo penal por crime de desobediência')"*

Tais ponderações, de fato, decorrem do princípio da intervenção mínima, que pontua que o direito penal só deve cuidar de situações graves, de modo que o juiz criminal só venha a ser acionado para solucionar fatos relevantes para a coletividade. Na lição de Cleber Masson *"somente deverão ser castigados aqueles que não puderem ser contidos por outros ramos do Direito."*

Deste postulado deriva o princípio da fragmentariedade, que estabelece que o Direito Penal apenas deve ser utilizado contra ofensas intoleráveis a determinados bens jurídicos e nos casos em que os demais ramos do Direito não se mostrem suficientes para protegê-los. Também nas palavras de Cleber Masson, "*em razão de seu caráter fragmentário, o direito penal é a última etapa de proteção do bem jurídico*."

Destarte, penalizar o descumprimento de normas que cominem sanção de natureza civil ou administrativa sem cumular com norma penal incriminadora seria desconsiderar totalmente os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e da *ultima ratio* do direito penal.

A propósito, há previsão de sanção administrativa disposta no artigo 195 do Código de Trânsito Brasileiro, que comina pena de multa à conduta exercida pelo apelante. Reza o mencionado dispositivo que:

> *"Art. 195. Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes: Infração - grave; Penalidade - multa."*

Como se depreende da redação do dispositivo transcrito, não há qualquer ressalva quanto à cumulação de sanção penal pelo crime de desobediência. Desta forma, na esfera criminal, a conduta de desobedecer à ordem de parada emanada da autoridade de trânsito é conduta atípica.

No mesmo sentido colaciono recentes julgados deste e. Tribunal de Justiça:

> *"CONTRAVENÇÃO PENAL DE DIREÇÃO PERIGOSA – DESOBEDIÊNCIA – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DAS CONDUTAS – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – REDUÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – RECONHECIMENTO CONFISSÃO ESPONTÂNEA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – RECURSO PROVIDO. O código de trânsito derrogou tacitamente não somente a contravenção do art. 32 da LCP, como também a do art. 34 da LCP (direção perigosa). Destarte, as condutas que não encontrarem adequação nos arts. 306, 308, 309 e 311 do código de trânsito foram transformadas em infrações administrativas, importando em abolitio criminis. A recusa em apresentar os documentos do veículo constitui infração administrativa prevista nos artigos 195 e 238 do código de*

trânsito brasileiro, de modo que, pelo princípio da fragmentariedade, não é possível considerar caracterizado o crime de desobediência do art. 330 do Código Penal, salvo se a Lei expressamente previsse a possibilidade de aplicação cumulativa, o que não é o caso. O prazo de suspensão da habilitação deve ser fixado proporcionalmente à pena privativa de liberdade, atendendo-se aos mesmos parâmetros utilizados na dosimetria desta. Se as declarações do acusado assumindo a autoria do crime arrimaram o édito condenatório, é indiscutível a necessidade de se reconhecer a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do cp). A não concessão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos exige fundamentação idônea acerca do não preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal. Verificada a deficiência da sentença no ponto, e tratando-se de recurso exclusivo da defesa, é vedado à corte de revisão inovar os fundamentos primevos para justificar a manutenção de situação desfavorável ao recorrente (non reformatio pejus). Recurso provido, contra o parecer. (TJMS; APL 0202430-81.2012.8.12.0010; Fátima do Sul; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 22/05/2015; Pág. 47)

"APELAÇÃO – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E DESOBEDIÊNCIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO POR DESOBEDIÊNCIA – MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – CONDUTA ATÍPICA – ALEGADA PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – APELO DEFENSIVO – PENA-BASE – REDUÇÃO CABÍVEL – PROVAS DA INTERESTADUALIDADE – MAJORANTE MANTIDA – NÃO PROVIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO. Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico, devendo ser mantida a absolvição pelo crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade. É de se compensar a confissão espontânea com a reincidência. Procede-se ao abrandamento da pena-base quando a mesma restou exasperada de forma desproporcional aos elementos moduladores da sanção. Comprovado o iter criminis no sentido de que o tráfico de drogas caracterizou-se na modalidade interestadual, através da confissão e das provas testemunhais, é de se aplicar a majorante do art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006. Apelação ministerial a que se nega provimento ante a improcedência dos pedidos almejados, e recurso defensivo a que se dá parcial provimento apenas para redimensionar a pena-base. (TJMS Apelação Criminal 0000879-86.2013.8.12.0019, 2ª Câmara Criminal, Des. Relator Carlos Eduardo Contar, DJMS 1º de dezembro de 2014)"

Em vista do exposto, por atipicidade da conduta, com fundamento no inciso III do artigo 386 do CPP, absolve-se o apelante da prática do crime previsto no art. 330 do Código Penal.

Do tráfico privilegiado:

Impossível o reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ante a ausência de um de seus requisitos, qual seja o de não integrar organização criminosa.

Primeiramente, é essencial ter-se em mente que "integrar organização criminosa" é fato muito diferente de "dedicação a atividade criminosa". A dedicação exige habitualidade, repetição de ações, ao contrário da integração, para cuja caracterização basta a realização de tarefa importante para os propósitos criminosos, ainda que uma única vez.

É nesse sentido o voto do Ministro Gilmar Mendes, do STF, no HC 101265, julgado em 10.04.2012, com ementa relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJe 153 em 06.08.2012, de onde se extrai:

> *"(...) a 'mula`, de fato, integra a organização criminosa na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa - de transporte - está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à "atividade criminosa" em que o legislador exigiu "dedicação", ou seja, habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do "integrar organização criminosa". Aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na "atividade criminosa".*
>
> *(...)."*

Essa espécie de organização, por sua própria natureza, possui quase a totalidade de seus membros atuando sob o manto do anonimato, daí os terceiros que fornecem todo o aparato, a logística e o planejamento dificilmente serem identificados. Normalmente a maior parte de seus componentes sequer se conhece. E isto é assim porque:

> *"(...) não saber quem é quem numa dessas organizações é uma medida de segurança para os que a integram, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada 'queima de arquivo` (..)" (TRF 3ª R.; ACr 0010410-28.2009.4.03.6000; MS; Quinta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto; Julg. 17.12.2012; DEJF 27.12.12; p. 25).*

A prova produzida nestes autos demonstra seguramente a participação efetiva em atividades de organização criminosa, pois bem definidas as tarefas que cada um de seus membros, inclusive aqueles não identificados e/ou presos, deveria executar.

Ainda que a quantidade da droga, que neste caso é efetivamente elevada (228 quilos de maconha e 100 gramas de haxixe) não baste, por si só, para demonstrar a participação em organização criminosa, é, sim, expressivo fator indicativo, talvez o principal, diante da elevada quantia em dinheiro investida (fato este que independe de prova por ser público e notório), absolutamente fora das possibilidades econômicas do apelante.

Mas nestes autos a elevada quantidade da droga não se encontra isolada, pois são inúmeros os elementos de prova que demonstram a integração a organização criminosa.

Veja-se, para começar, que o grupo criminoso empregou veículo especialmente preparado para o transporte da grande quantidade de droga apreendida, pois a mesma foi localizada no porta-malas do carro conduzido pelo apelante, estratégia que visa dificultar a fiscalização e demonstra larga experiência na atividade criminosa. Em situações semelhantes assim decidem os Tribunais (com redução ao ponto discutido):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DESFAVORÁVEL DAS MODULADORAS DA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DE DUAS PREPONDERANTES (QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA) – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA OCULTA EM VEÍCULO ESPECIALMENTE PREPARADO – AUSÊNCIA DE REQUISITO – (...) DESPROVIMENTO. I. (...) iii. o fato de o agente transportar grande quantidade de cocaína (38,7 kg), aliado a outras circunstâncias que demonstram participar de atividades próprias de organização criminosa, como é o fato de a droga ser transportada em veículo especialmente preparado*

para esse fim, impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06). (...).” (TJMS; APL 0005618-68.2014.8.12.0019; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 28/03/2017; Pág. 110).

“PENAL – TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES – MATERIALIDADE E AUTORIA – COMPROVAÇÃO – DOSIMETRIA DA PENA – QUANTIDADE DO ENTORPECENTE – VEÍCULO PREVIAMENTE PREPARADO PARA O TRANSPORTE DE MERCADORIA ILÍCITA – CONFISSÃO – REGIME INICIAL – PERDIMENTO DE BENS. I. (...). As circunstâncias do delito, o fato de o caminhão ter sido previamente preparado para o transporte de mercadoria ilícita de modo a dificultar a fiscalização, aliado ao alto custo da empreitada, indicam o grau de envolvimento do acusado com a organização criminosa, que não é pequeno. VIII. Assim, não faz ele jus à causa de diminuição do chamado “traficante ocasional“. IX. (...)”. (TRF 3ª R.; ACr 0000317-78.2015.4.03.6005; Primeira Turma; Relª Desª Fed. Maria Cecília Pereira de Mello; Julg. 28/03/2017; DEJF 10/04/2017).

O transporte de grande quantidade de droga, em razão do elevado risco que representa, bem como das habilidades que exige, nunca é confiado a qualquer pessoa, ao acaso, mas sim a pessoa que goza da confiança da quadrilha. E isto ficou bem demonstrado nestes autos porque o grupo elegeu para tal tarefa pessoa residente em outro Estado da Federação (Goiás), que se deslocou para Dourados/MS tendo como único propósito o transporte de substância entorpecente no interior de veículo especialmente preparado para tal fim, com participação e financiamento de terceiros, em viagem executada com minuciosa organização e planejamento.

De tudo isso extrai-se, com segurança, a participação em organização criminosa, circunstância que exclui a possibilidade de reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, benefício instituído na Lei 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, resultando impossível o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Da interestadualidade:

Embora na hipótese vertente não tenha existido a efetiva transposição do entorpecente para o Distrito Federal, tal fato não afasta a aplicabilidade da regra do artigo 40, V, da Lei nº 11.343/2006, que prevê o aumento de pena de um sexto a dois terços, pois basta a intenção do agente em conduzir o entorpecente a outro Estado.

Nesse sentido é pacífica a jurisprudência desta egrégia Corte e, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 587, com o seguinte enunciado:

“Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual”.

De tal forma, e como nestes autos foi demonstrado que a vontade do agente era a de transportar a substância entorpecente para outra unidade da Federação, desiderato não atingido apenas em razão da apreensão antes da transposição da fronteira, impositiva a aplicação da majorante prevista no artigo 40, da Lei nº 11.343/06.

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 apenas para absolver Marcelo Salvador da Silva do crime de desobediência.

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, 9 de agosto de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002061-22.2017.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DA SEMI-IMPUTABILIDADE – ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – NÃO RECONHECIMENTO PELOS JURADOS – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Se os jurados, na votação dos quesitos, não reconheceram a causa de diminuição da semi-imputabilidade ao réu, situação que não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos, não há falar em redução da pena, muito menos em anular o julgamento.

Não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando o Conselho de Sentença acolhe tese compatível com a prova produzida.

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, 9 de julho de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Juliander de Oliveira Alcântara, qualificado nos autos, foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 20 anos e 09 meses de reclusão e 60 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, e, art. 211 do Código Penal (f. 583-588 e 596-597).

Pede o reconhecimento da causa de diminuição de pena da semi-imputabilidade, reduzindo sua pena no máximo previsto (2/3), pois de acordo com os laudos periciais, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se conforme esse entendimento, já que não possuía plena capacidade de autodeterminação ou esta estava comprometida ou diminuída.

Não sendo o entendimento acima colhido, protesta pela realização de novo Júri, já que o desfecho condenatório, no tocante à aplicação da pena, é contrário a prova dos autos (f. 606-612).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 616-643).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 650-660).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia que:

> *"Infere-se do incluso inquérito policial que, na data de 15 de fevereiro 2017, por volta das 23h00min, próximo ao lixão localizado no Bairro Estrela Vera, em Dourados/MS, o denunciado Juliander de Oliveira Alcântara, agindo com dolo, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, fazendo uso de arma branca, causou na vítima Valmir Leite Júnior diversos ferimentos corto-contusos, sendo estes a causa efetiva de sua morte, os quais só não puderam ser atestados através do laudo de exame de corpo de delito necroscópico de f. 50, devido ao alto grau de carbonização que se encontrava o corpo.*
>
> *Como se não bastasse, após assassinar a vítima, e com desígnio totalmente autônomo, na madrugada do dia 16 de fevereiro de 2017, o acusado destruiu o cadáver de Valmir Leite Júnior, carbonizando-o no interior do porta-malas de um veículo automotor.*
>
> *(...)."*

Juliander de Oliveira Alcântara, qualificado nos autos, foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 20 anos e 09 meses de reclusão e 60 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, e, art. 211 do Código Penal (f. 583-588 e 596-597).

Em seu recurso, pede o reconhecimento da causa de diminuição de pena da semi-imputabilidade, reduzindo sua pena no máximo previsto (2/3), pois de acordo com os laudos periciais, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se conforme esse entendimento, já que não possuía plena capacidade de autodeterminação ou esta estava comprometida ou diminuída.

Não sendo o entendimento acima colhido, protesta pela realização de novo Júri, já que o desfecho condenatório, no tocante à aplicação da pena, é contrário a prova dos autos (f. 606-612).

Pois bem.

Não se questiona a autoria e a materialidade, as quais restaram sobejamente demonstradas nos autos. A defesa se insurge apenas com relação ao não reconhecimento da causa de diminuição de pena da semi-imputabilidade, prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

De acordo com a ata de julgamento, a defesa, durante a sustentação, pediu que o acusado fosse considerado semi-imputável, conforme laudo de f. 231-50, bem como a exclusão das qualificadoras (f. 578).

Referida causa de diminuição foi quesitada, nos termos do art. 483, IV, CPP. No entanto, o Conselho de Sentença, na votação dos quesitos, respondeu por 04 votos negativos, o quesito n. 04 (f. 581):

> *"(...) 4º) O réu, devido a perturbação mental por transtorno delirante persistente, ao tempo do crime acima descrito, era parcialmente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de se autodeterminar?*
>
> *Sim por - votos não por 4 votos - Verificada a urna de descarte."*

No termo de julgamento, constou, ainda, que após a leitura, bem como a votação dos quesitos o juiz presidente perguntou se as partes teriam algum requerimento ou reclamação para fazer, o que responderam negativamente (f. 578-579), ocorrendo a preclusão.

De fato, há nos autos dois laudos periciais psicológicos. O primeiro, anexado às f. 147-151, foi realizado bem anteriormente aos fatos em tela, ou seja, em 10/09/14, tendo o perito afirmado que Juliander não era inteiramente capaz, concluindo que ele:

> *"(...) apresenta história clínica compatível com transtorno do humor bipolar (CID 10 F31) e transtorno delirante persistente (CID 10 F22). Correspondente na terminologia jurídica a perturbação da saúde mental."*

No segundo laudo (exame de insanidade mental), anexado às f. 231-250, realizado após os presentes fatos, o perito afirmou que Juliander *"é acometido por uma perturbação da saúde mental"; "era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato",* bem como *"era parcialmente capaz de se autodeterminar de acordo com o seu entendimento"*, concluindo que sua doença era *"transtorno delirante persistente (CID 10 F22)."*

Vê-se que, de acordo com a perícia, apesar de o apelante demonstrar uma certa redução na capacidade de se autodeterminar, *"era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato"* (f. 236-238).

Ademais, após bem analisar toda a instrução processual, especialmente a gravação da entrevista do apelante ao ser preso em flagrante (f. 109 e 133) e as declarações das testemunhas policiais em juízo (f. 333), verifica-se que Juliander detalhou toda a sequência dos fatos e demonstrou-se bem coerente e firme em sua fala, nada indicando que, no momento da execução do delito, não possuía capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Tanto que deixou evidente que resolveu matar a vítima após ela ter desferido um tapa em seu rosto, bem como ateou fogo no corpo dela, no interior do porta-malas do veículo Ford/Fusion, destruindo-os, a fim de que não fosse acusado de crime de latrocínio, não tendo subtraído nenhum bem de seu advogado, buscando somente matá-lo e ocultar seu corpo.

Portanto, a decisão dos jurados é condizente com a realidade fática e encontra amparo no conjunto probatório, devendo ser mantida a condenação do apelante por homicídio qualificado e ocultação de cadáver.

Sobre decisão manifestamente contrária à prova dos autos, leciona o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, *in* Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 1027:

> *"(...) Manifestamente contrária à prova produzida será apenas aquela decisão aberrante, proferida em completo desabrigo de qualquer interpretação razoável. (...)"*

Ora, constata-se que a decisão dos jurados se baseou nas provas contidas no bojo do caderno processual, reconhecendo que o apelante, após ter uma breve discussão com seu advogado, ora vítima Valmir Leite Júnior (segundo ele, porque tomou um tapa no rosto) premeditou sua morte, se apoderando de uma faca na residência de sua genitora e prosseguindo no veículo da vítima, aguardando o momento em que ela saiu deste, para desferir-lhe facadas pelo corpo, colhendo-a de surpresa, deixando-a morta em um canavial.

Depois, utilizando o veículo da vítima, ainda foi em sua residência, lavou as roupas sujas de sangue e, de madrugada, comprou um galão de combustível, buscou o corpo da vítima, colocando-o no porta-malas do veículo, levando-o até local ermo, próximo a um lixão da cidade de Dourados, onde ateou fogo, ocultando, assim, o cadáver e destruindo o veículo.

Além disso, a anulação da decisão preferida pelos jurados só pode ocorrer quando o julgamento for totalmente discrepante aos elementos contidos nos autos, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – ESCOLHA DE UMA TESE PELOS JURADOS EMBASADA NOS ELEMENTOS DE PROVAS PRODUZIDOS NOS AUTOS – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Em virtude do princípio constitucional da soberania do veredicto (CF, art. 5º, XXXVIII, "c"), a modificação do julgamento pelo Tribunal do Júri entra no campo da excepcionalidade, sendo mantidas as decisões que encontram amparo em contingente de provas que sustenta a posição adotada pelos jurados. Só pode ocorrer um novo julgamento, se for constatado que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos.*
>
> *Existindo duas versões conflitantes e aceitáveis, a opção dos jurados por uma delas, não é de ser modificada.*
>
> *Não se mostra descabida a qualificadora do motivo fútil quando há elementos nos autos de que o crime foi praticado em decorrência do agente não ter gostado do serviço prestado pela vítima em sua propriedade rural, hipótese de que pode ser considerada fútil, sendo que eventual animosidade anterior não afasta a qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença.* (TJ/MS – AC nº 2011.034127-8/0000-00- Dourados - Segunda Câmara Criminal - Rel. Des. Manoel Mendes Carli – julg. 09/01/2012)
>
> *PENAL – PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MEIO CRUEL EMPREGADO E POR DIFICULTAR A DEFESA DA VÍTIMA – ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI CONTRARIO AS PROVAS DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DO JÚRI – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA SE IMPÕE – RECURSO IMPROVIDO. I. Incabível, a inconformidade alegada de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, tendo em vista que os julgadores acolheram a qualificadora de impossibilidade de defesa da vítima, com arrimo no que diz os Autos. II. Não pode Tribunal reformar a sentença do Juiz, a quo, no caso presente, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos, disposto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição da República. III. A sentença condenatória, adequadamente fundamentada, sem excessos ou divagações, foi prolatada dentro da legalidade, evidenciando que a decisão dos jurados foi fundamentada nos elementos de prova contidos nos autos, restando atendidas as causas judiciais à luz do art. 59, do Código Penal Brasileiro. IV. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido, em consonância com o parecer do Ministério Público.* (TJ-AM - APL: 00296743320038040001 AM 0029674-33.2003.8.04.0001, Relator: Rafael de Araújo Romano, Data de Julgamento: 02/03/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/03/2015)

Dessa maneira, os jurados, com base na íntima convicção, decidiram por uma das teses apresentadas em plenário, condenando o apelante pelos crimes tipificados nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 211 do Código Penal (f. 583-588 e 596-597), razão pela qual, não há falar em anulação do julgamento.

Como bem opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, *in verbis* (f. 656):

> *"Observadas tais orientações, no presente caso é possível inferir que o Conselho de Sentença decidiu acertadamente e com largo respaldo nas provas angariadas durante toda a persecução penal, sendo cabalmente comprovado que os fatos se desenvolveram da maneira que o Parquet denunciou.*

Conforme já explanado, o artigo 483 do Código de Processo Penal estabelece que competem aos jurados o reconhecimento de causa de diminuição.

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Conselho de Sentença o poder decisório em crimes dolosos contra a vida, portanto tratando-se de juízes de fato a vinculação a laudos periciais está afastada, estando pautadas as suas decisões pela sua convicção, inclusive não sendo necessário qualquer fundamentação.

Em que pese haver laudo pericial acostado aos autos, inclusive tendo sido acolhido parcialmente pelo juiz singular, e ainda a defesa ter sustentado durante os debates em plenário a semi-imputabilidade do agente, não foi suficiente para construir a convicção dos jurados pelo acolhimento, entendendo que o apelante era inteiramente capaz de se autodeterminar de acordo com seu entendimento.

Sobre o tema destaca-se que na hipótese de condenação, também não há necessidade de fundamentação da decisão, pelo menos em relação ao mérito. Em outras palavras, quanto à matéria apreciada pelos jurados - materialidade, autoria, eventual absolvição do acusado, causas de diminuição de pena, qualificadoras e causas de aumento de pena - não há necessidade de motivação do decreto condenatório, porquanto os jurados estão submetidos ao sistema da íntima convicção.5

Dessa forma, respeitando-se a soberania dos veredictos, tem que não há razões para anular o julgamento que culminou na condenação de Juliander de Oliveira Alcântara, tendo em vista que a decisão do Conselho de Sentença restou alicerçada no manancial probatório carreado durante toda a instrução."

Conclusão

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unanime. 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, 9 de julho de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0007252-14.2018.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – SUBMISSÃO DO REEDUCANDO A TRATAMENTO – PARCIAL ACOLHIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos do art. 10 da Lei de Execução Penal, o Estado tem o dever de prestar assistência ao preso, na medida necessária para possibilitar o seu reingresso ao convívio social. No âmbito dessa atividade assistencialista, destaca-se a atenção à saúde do preso, de natureza curativa, que compreende o atendimento médico, farmacêutico e odontológico (art. 14 da LEP). A assistência à saúde é um dos direitos do preso (art. 41 da LEP).

Em regra, a assistência médica deve ser prestada no interior do complexo penitenciário, na ala médica especialmente instalada na unidade penal, cujo funcionamento é mantido a partir de profissionais médicos especializados para o tratamento das patologias apresentadas pelos detentos. Entretanto, quando o complexo penal não contiver aparelhamento suficiente o bastante para prover a assistência médica necessária, torna-se possível o assistencialismo em localidade diversa, mediante autorização (arts. 14, § 2º, e 120, II, da LEP).

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.

Campo Grande, 11 de setembro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

A.D.R. de S., devidamente qualificado nos autos, interpôs o presente recurso de agravo criminal almejando, basicamente, a reforma da decisão judicial proferida pelo magistrado da Vara de Execuções Penais do Interior, instalada na Comarca de Campo Grande/MS, que, nos autos da guia de recolhimento nº 0050711-79.2012.8.12.0001, indeferiu *"o pedido para encaminhar o reeducando para consulta com médico psiquiatra e confirmação de diagnóstico de exame criminológico."*

Em suas razões, o agravante afirma que necessita de tratamento psicológico para superação da patologia indicada no laudo de exame criminológico, visando, em última análise, viabilizar a sua plena ressocialização. Por isso, postulou o provimento recursal, a fim de que seja submetido ao referido tratamento.

O MP ofereceu contrarrazões (f. 61).

Em juízo de retratação, o juiz de primeira instância manteve a decisão agravada foi mantida, por suas próprias razões (f. 55).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 69-73, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

A.D.R. de S., devidamente qualificado nos autos, interpôs o presente recurso de agravo criminal almejando, basicamente, a reforma da decisão judicial proferida pelo magistrado da Vara de Execuções Penais do Interior, instalada na Comarca de Campo Grande/MS, que, nos autos da guia de recolhimento nº 0050711-79.2012.8.12.0001, indeferiu *"o pedido para encaminhar o reeducando para consulta com médico psiquiatra e confirmação de diagnóstico de exame criminológico."*

Analisando os autos, observa-se que, na Guia de Recolhimento nº 0050711-79.2012.8.12.0001, o agravante está submetido à execução definitiva de uma pena total de quinze anos, quatro meses e vinte e seis dias de reclusão, em regime fechado, em razão de condenações unificadas pela prática de crimes de estupro e roubos circunstanciados tentado e consumado, nos termos da lei de execução penal.

No decorrer da execução, ante a realização de exame criminológico, o reeducando requereu a sua submissão à tratamento médico psicológico como ação curativa contra patologia mental diagnosticada na perícia. O pedido, contudo, foi indeferido.

Inconformado, o reeducando interpôs o presente recurso de agravo criminal. Em suas razões, o agravante afirma que necessita de tratamento psicológico para superação da patologia indicada no laudo de exame criminológico, visando, em última análise, viabilizar a sua plena ressocialização. Por isso, postulou o provimento recursal, a fim de que seja submetido ao referido tratamento.

O MP ofereceu contrarrazões (f. 61).

Em juízo de retratação, o juiz de primeira instância manteve a decisão agravada foi mantida, por suas próprias razões (f. 55).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 69-73, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame do recurso.

Cinge-se a controvérsia em definir se o reeducando necessita de cuidados médicos especiais para tratamento do transtorno psicológico diagnosticado no exame técnico criminológico realizado no decorrer da execução da pena.

Sobre o tema, é importante destacar o art. 10 da Lei de Execução Penal, que impõe ao Estado o dever de prestar assistência ao preso, na medida necessária para possibilitar o seu reingresso ao convívio social.

No âmbito dessa atividade assistencialista, destaca-se a atenção à saúde do preso, de natureza curativa, que compreende o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Nesse sentido, é o art. 14 do mesmo diploma legal.

A propósito, a assistência à saúde é um dos direitos do preso, nos termos do art. 41 da Lei de Execução Penal.

Em regra, a assistência médica deve ser prestada no interior do complexo penitenciário, na ala médica especialmente instalada na unidade penal, cujo funcionamento é mantido a partir de profissionais médicos especializados para o tratamento das patologias apresentadas pelos detentos.

Entretanto, quando o complexo penal não contiver aparelhamento suficiente o bastante para prover a assistência médica necessária, torna-se possível o assistencialismo em localidade diversa, mediante autorização.

Aliás, nesse sentido, são os arts. 14, § 2º, e 120, II, ambos da Lei de Execução Penal, os quais preveem a possibilidade do tratamento "extramuros", com prévia autorização, o que poderá ser feito mediante permissão de saída com escolta policial.

No caso dos autos, o perito responsável pelo exame criminológico diagnosticou que o reeducando é portador de transtorno de personalidade emocional estável, cujas particularidades são o desequilíbrio emocional, a impulsividade e a agressividade exacerbada.

Nas respostas aos quesitos, o perito ainda informou:

> *"(...) O examinado é acometido por uma perturbação da saúde mental denominada transtorno de personalidade emocionalmente instável, que demanda a sua submissão a psicoterapia comportamental individual e de grupo, sendo necessário o seu acompanhamento por psicólogo. Neste caso, não é necessária a consulta com médico psiquiatra."*

Ademais, ainda segundo o laudo pericial:

> *"(...) De acordo com as informações colhidas durante esta perícia, apurei que o examinado não faz acompanhamento psicológico/psiquiátrico dentro do estabelecimento penal".*

Assim, diante desses elementos informativos, conclui-se que o reeducando é portador de patologia psicológica e necessita de tratamento especializado, o qual não está sendo dispensado atualmente.

E, como visto, o assistencialismo, nesses casos, é dever do Estado, sobretudo porque, no presente caso, o restabelecimento da saúde do reeducando é essencial para a sua reinserção social, pois a patologia ensejou óbice à progressão.

O tratamento, nessas circunstâncias, deverá ser prestado por equipe especializada no complexo prisional onde se encontra o reeducando, até mesmo porque não há, nos autos, provas no sentido de demonstrar a impossibilidade dessa providência. O que há, segundo a perícia, é falta de dispensa desse tratamento, não indicando que isso decorre da falta de infraestrutura da unidade.

Não sendo possível o tratamento convencional, no próprio complexo penitenciário, os cuidados especializados deverão ser feitos em unidade básica de saúde do município.

O tratamento deverá seguir exatamente as recomendações do perito, isto é, acompanhamento por psicólogo sem necessidade de consulta médica com psiquiatra.

Ressalto, por fim, que a discussão travada nestes autos nada tem a ver com a questão de eventual inimputabilidade. Vale dizer, o debate não questiona se o reeducando já era portador da doença na ocasião da prática criminosa. O que se busca, na verdade, é apenas a submissão do reeducando a tratamento psicológico, até como forma de possibilitar a sua reinserção ao convívio social, sem pretensão, por ora, de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança.

Assim, o pleito recursal deve ser parcialmente acolhido.

Posto isso, com o parecer, conheço e dou parcial provimento ao recurso, a fim de determinar que o agravante seja encaminhado a tratamento psicológico, nos termos das prescrições do perito responsável pelo exame criminológico, que deverá ser prestado, preferencialmente, por equipe habilitada para atuar no complexo prisional onde se encontra o reeducando ou pela unidade básica de saúde do município.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unânime.

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. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 11 de setembro de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0000481-62.2001.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – TESE AFASTADA – MATERIALIDADE DO DELITO E EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PARA LESÃO CORPORAL – REJEITADO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA – QUESTÃO A SER APRECIADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 438, pela qual estabeleceu ser "*inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou da sorte do processo penal*". Sob esse aspecto, é de se concluir que o enunciado acima aventado estabeleceu, em suma, que a prescrição não pode ser declarada com base na antecipação, por estimativa, de eventual juízo condenatório. Descabe, pois, o reconhecimento da prescrição antecipada.

Presentes provas da materialidade do fato delituoso e indícios de autoria, deve o réu ser pronunciado, de forma a ser submetido a julgamento perante o Tribunal Popular, que será responsável pela realização de uma análise mais aprofundada do quadro probatório, devendo, ao final, deliberar sobre a imposição de eventual decreto condenatório ou de excludente da antijuridicidade.

Segundo o STJ,

> *"(...) a desclassificação da infração penal de homicídio tentado qualificado para lesão corporal leve só seria admissível se nenhuma dúvida houvesse quanto à inexistência de dolo. Havendo grau de certeza razoável, isso é fator o bastante para que seja remetida ao Conselho de Sentença a matéria, sob pena de desrespeito à competência ditada pela Constituição Federal"* (AgRg no AgRg no REsp 1313940/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

Para a exclusão de qualificadora da pronúncia deve ser manifestamente improcedente. Na hipótese dos autos, diante dos elementos contidos nas provas, não há como ser afastada de plano nesta fase processual, devendo a análise ser aprofundada pelo Conselho de Sentença, que é o juiz natural da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Celso Villalba Maksoud, qualificado nos autos, contra a decisão de pronúncia de f. 420-427 proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã/MS, que os pronunciou como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, determinando que fosse submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em virtude disso, o recorrente interpôs recurso em sentido estrito, requerendo, em preliminar, a extinção da punibilidade pela prescrição.

Alternativamente, requer a desclassificação para lesão corporal de natureza grave prevista no art. 129, § 3º, do Código Penal e o afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

O Ministério Público em contrarrazões de f. 486-496 requer o improvimento do recurso.

O magistrado da origem manteve a decisão recorrida por seus fundamentos. (f. 497-498).

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de f. 505-510, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Celso Villalba Maksoud, qualificado nos autos, contra a decisão de pronúncia de f. 420-427 prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Porã/MS, que o pronunciou como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, determinando que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Narra a denúncia o seguinte:

> *"Consta do incluso procedimento de investigação que, no dia 1º de agosto de 1996, por volta das 22h30min, defronte ao "Bar do Noel", situado no Bairro São João, nesta cidade, o denunciado Celso Villalba Maksoud, de inopino, desferiu tiros de arma de fogo contra Ramão de Almeida Corrêa Netto, provocando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito de f. 05, causa efetiva de sua morte.*
>
> *Logrou-se apurar que o denunciado e a vítima encontravam-se no "Bar do Noel" no dia e hora antes mencionados, sendo que ao deixar o recinto, Ramão de Almeida Netto foi seguido por Celso Villalba Maksoud que, de inopino e sem qualquer discussão prévia, sacou uma arma de fogo que trazia consigo e passou, defronte ao estabelecimento comercial precitado, a atirar contra a vítima, alvejando-a sem qualquer possibilidade de defesa, provocando-lhe, com isso, ferimentos que determinaram sua morte."*

Diante desses fatos, o recorrente foi denunciado pela acusação da prática do crime de homicídio qualificado. Após a instrução processual, sobreveio a decisão ora objeto de recurso, pela qual o recorrente foi pronunciado pelo crime citado, tendo sido determinado que fosse submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Em virtude disso, o recorrente interpôs recurso em sentido estrito, requerendo, em preliminar, a extinção da punibilidade pela prescrição.

Alternativamente, requer a desclassificação para lesão corporal de natureza grave prevista no art. 129, § 3º, do Código Penal e o afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Da preliminar de extinção da punibilidade pela prescrição.

O recorrente pretende o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na sua modalidade "virtual".

O magistrado da origem na decisão de pronúncia de f. 420-427, reitera os fundamentos da decisão de f. 235-236, fazendo remissão àquela decisão.

Tal questão já restou decidida no processo em duas oportunidades, quais sejam, às f. 77-79 e às f. 235-236, pelos seguintes fundamentos, os quais abaixo transcrevo:

> *"(...) Isso porque, na data do fato (1º.8.1996) já estava em vigor a nova redação do artigo 366 do CPP, alterada pela Lei nº 9.271 de 17.4.1996, a qual instituiu a suspensão do processo e do prazo prescricional, sendo que pela decisão de f. 63, datada de 12.6.2001, fora devidamente determinada a suspensão do feito e do prazo prescricional.*
>
> *Conforme bem demonstrado em decisão proferida por este juízo às f. 77-79, o efeito da suspensão do prazo prescricional no presente feito perduraria até 12.6.2021, em razão da pena máxima aplicada ao crime em comento (30 anos) aliado ao prazo prescricional estabelecido no inciso I do artigo 109 do CP (20 anos), caso o acusado não tivesse se apresentado aos autos, oportunidade em que foi realizada sua citação pessoal em 25.4.2017 (f. 109).*
>
> *Assim, os autos permaneceram suspensos do ano de 2001 ao ano de 2017, não havendo portanto que se falar em eventual prescrição.*
>
> *Ante o exposto, rejeito a preliminar de prescrição virtual da pena aventada pela defesa* (f. 121-125)."

Prescrição é a perda do direito de punir do Estado, em face do não exercício desse direito dentro do prazo legal ou do não encerramento da ação no mesmo lapso temporal. Exige-se, pois, a iniciativa estatal nos prazos estabelecidos pelo legislador, tudo com finalidade de evitar a perpetuação do *jus puniendi.*

A prescrição, em sua modalidade antecipada ou virtual, também conhecida como prescrição em perspectiva, tem por base, por quem a defende, a eventual sanção penal a ser aplicada no futuro, na oportunidade de eventual procedência do pedido. Essa modalidade prescricional, embora não detenha qualquer embasamento legal no nosso ordenamento jurídico, era fruto de construção jurisprudencial, razão pela qual, não raras vezes, era aceita e aplicada em situações concretas específicas.

Buscava-se, pelo reconhecimento da prescrição antecipada, evitar a desnecessária persecução penal, se de plano fosse possível antever a ocorrência da prescrição retroativa, com base em eventual culpabilidade do réu, e pela análise da possível pena a ser imposta ao final. Tratava-se, pois, de tese afeta à ausência de interesse processual, por mera política criminal.

No entanto, em 13 de maio de 2010, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 438, pela qual estabeleceu ser "*inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou da sorte do processo penal*".

Sob esse aspecto, é de se concluir que o enunciado acima aventado estabeleceu, em suma, que a prescrição não pode ser declarada com base na antecipação, por estimativa, de eventual juízo condenatório. Proibiu-se, pois, o reconhecimento da prescrição antecipada.

A propósito, nesse mesmo sentido, são os seguintes julgados do STJ:

> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – PRESCRIÇÃO VIRTUAL DA PENA – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – SÚMULA 438/STJ.*
>
> *1. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal (precedentes do STJ).*
>
> *2. Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada ou em perspectiva, por ausência de previsão legal. Súmula 438/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental improvido."* (AgRg no AREsp 29.082/PI, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012).
>
> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – ART. 557, CAPUT, DO CPC – RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE – OFENSA AO ART. 397, IV, DO CPP – PRESCRIÇÃO VIRTUAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – SÚMULA 438/STJ – ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – SÚMULA 83/STJ – AFRONTA AO ARTIGO 5º, LXXVIII, DA CF – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – NÃO CABIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, quando manifestamente inadmissível e improcedente.*
>
> *2. Este Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são firmes na compreensão de que falta amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. Inteligência do enunciado 438 da Súmula desta Corte.*
>
> *3. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 62.191/PI, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/02/2013, DJe 01/03/2013).
>
> *"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL, DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 438/STJ.*
>
> *1. É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal." Súmula nº 438 deste Tribunal. 2. Ordem de habeas corpus denegada."*

(HC 133.481/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012, DJe 27/06/2012).

A par disso, como bem salientou a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, os quais assento como razões complementares de decidir:

> *"Nessa hipótese, no tocante ao delito de homicídio, destacamos que o máximo da pena prevista para o crime de homicídio qualificado é superior a 12 anos, cujo prazo prescricional é de 20 (vinte) anos (art. 109, inc. I, do CPB). De outro lado, anotamos que o Superior Tribunal de Justiça entende inviável a possibilidade de decreto de extinção da punibilidade com base na pena projetada. Neste sentido, inclusive, editou o verbete sumular nº 438, que assim dispõe, verbis:*
>
> *É inadmissível extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*
>
> *In casu, temos que o presente feito encontrou-se suspenso, por força do art. 366 do CPP, entre os períodos de 08/02/2001 e 12/06/2001, assim como o prazo prescricional. Dessa forma, impossível se falar em prescrição, mesmo pela pena projetada.*
>
> *Logo, não há que se falar em prescrição, na forma pretendida pela defesa."*

Desse modo, afasto a preliminar em questão.

Quanto ao mérito, impende ressaltar que o art. 413 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Como bem se sabe, o sistema processual penal brasileiro adota duas fases distintas para o processamento dos crimes dolosos contra a vida: a primeira, denominada de *ius accusationis*, tem objetivo voltado ao juízo de admissibilidade da acusação; e a segunda, conhecida como *iudicium causae*, é destinada a julgar o mérito propriamente dito da ação penal.

A par disso, pode-se formar a conclusão de que a etapa inicial desse procedimento não é destinada a condenar o acusado, mas simplesmente a atestar "*a materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*", tal como estabelece o artigo 413 do Código de Processo Penal.

Dessarte, configurados os elementos esculpidos nesse dispositivo legal, é de rigor que o réu seja pronunciado, de modo a submetê-lo a julgamento perante o Tribunal Popular, quando este, diante de sua soberania, irá deliberar sobre o mérito do fato atribuído ao acusado.

A deliberação em relação à verdade real sobre os fatos deduzidos na acusação cabe ao Conselho de Sentença, a quem a Constituição Federal atribuiu competência exclusiva para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII, "d"), e que será o responsável pela imposição de eventual condenação ao acusado.

Ocorre, porém, que para a decisão de pronúncia exige uma indicação fundada de responsabilidade do acusado.

É certo que não é necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o réu seja pronunciado, basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência. (RTJ 63/476).

Na decisão de pronúncia não há juízo de certeza do cometimento do crime, apenas há juízo de admissibilidade da acusação.

Feitas as considerações acima, com enfoque na situação dos autos, não se tem dúvidas quanto a materialidade do fato delituoso. Há indicativos suficientes que o recorrente foi o autor dos fatos, conforme narrado em seu interrogatório. Por esses aspectos, há indícios da autoria do crime.

Messe contexto, pelo que se extrai dos autos, deve ser mantida a sentença de pronúncia do acusado, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Do pedido de desclassificação para lesão corporal de natureza grave prevista no art. 129, § 3º, do Código Penal.

No que se refere a pretensão de desclassificação para lesão corporal, nos crimes contra a vida, presentes provas da materialidade do fato delituoso e indícios de autoria, deve o réu ser pronunciado, de forma a ser submetido a julgamento perante o Tribunal Popular, que será responsável pela realização de uma análise mais aprofundada do quadro probatório, por ser o juízo natural para esse fim, devendo ao final, deliberar sobre a imposição de eventual decreto condenatório ou de excludente da antijuridicidade.

Dessa forma, estando atestada a materialidade do fato delituoso e, configurados, também, os indícios suficientes sobre a autoria, como acima já esposado, é de rigor que seja o recorrente pronunciado, sendo submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, tal como feito pelo magistrado de origem.

Sobre o tema, aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

> *"(...) a desclassificação da infração penal de homicídio tentado qualificado para lesão corporal leve só seria admissível se nenhuma dúvida houvesse quanto à inexistência de dolo. Havendo grau de certeza razoável, isso é fator o bastante para que seja remetida ao Conselho de Sentença a matéria, sob pena de desrespeito à competência ditada pela Constituição Federal"* (AgRg no AgRg no REsp 1313940/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

A doutrina representada por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, nesse particular, assenta:

> ***"As teses de defesa são enfrentadas, contudo, senão houver certeza de que,*** *por exemplo, uma excludente de ilicitude restou configurada,* ***o juiz não declara que a tese é sem cabimento: antes, deve ele afirmar que a dúvida que recai sobre a teses não autoriza seu acolhimento imediato, razão pela qual deve assegurado o julgamento do réu pelo tribunal popular."***[1] (destaquei)

E, complementa ainda:

> *"Desta forma, não pode o julgador, ao pronunciar o réu, afastar de forma taxativa as testes sustentadas pela defesa na primeira fase. Também* ***não pode emitir juízo de certeza quanto à culpabilidade, pois estaria se intrometendo indevidamente em matéria que será apreciada futuramente pelo corpo de jurados, sem contar que significaria uma intromissão indevida no mérito da causa, dando margem à nulidade absoluta do processo."*** (destaquei)

Portanto, no presente momento processual, não é possível deliberar sobre o pedido desclassificatório em questão.

A apreciação dessa matéria deverá, assim, ser submetida ao Conselho de Sentença, pois, no caso, há indicativos no sentido de que a conduta do recorrente enquadrou-se, de fato, no tipo penal para o qual foi qualificado.

1 **Curso de direito processual penal.** 8. ed. Ed. JusPodivm, p.834.

Desse modo, essa pretensão recursal deve ser rejeitada.

Do pedido de afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

O recorrente insurge-se ainda contra a decisão de pronúncia pugnando pelo afastamento da qualificadoras.

É o júri o juiz dos fatos e a pronúncia fará um recorte deles, admitindo os que se sustentam e afastando aqueles evidentemente são improcedentes desde logo.

No que se refere às qualificadoras é preciso considerar que a pronúncia é congruente com a denúncia e com a instrução criminal e destina-se ao exame da admissibilidade dos fatos.

Não há, pois, como se acolher a pretensão deduzida pela defesa, nesse ponto, pelo que deve ser afastada.

As qualificadoras, por se tratarem de fatos que compõem a tipicidade, devem ser enfrentadas na pronúncia.

A qualificadora deve ser admitida ou rejeitada em compasso com o que restou provado no curso da instrução criminal, pelo que não há que falar em nulidade da decisão de pronúncia.

Segundo se extrai dos elementos de provas contidos nos autos, há indicativos da existências da qualificadora em comento - do recurso que dificultou a defesa da vítima e, não estão afastadas dos elementos dos autos, pelo que os fatos e as circunstâncias referentes a elas deverão ser apreciadas pelo Tribunal do Júri, a quem cabe o pleno exame dos fatos e suas circunstâncias, posto que o afastamento da qualificadora na fase de pronúncia somente poderá ocorrer quando não houver nenhum apoio no contexto das provas inseridas no bojo do processo, o que não é o caso do presente processo.

Nesse sentido a jurisprudência:

> *"EMENTA – RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DIREITO PROCESSUAL PENAL – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – INCABIMENTO RECURSO PROVIDO. 1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. 2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada. 3. "Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento." (Código de Processo Penal, artigo 408). 4. A motivação da pronúncia é condição de sua validade e, não, vício que lhe suprima a eficácia, limitando-a, contudo, em intensão e extensão, a sua natureza específica de juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. É que, versando sobre o mesmo fato-crime e sobre o mesmo homem-autor, nos processos do júri, o judicium accusationis tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal Popular e o judicium causae o julgamento dessa acusação por esse Tribunal Popular, do que resulta caracterizar o excesso judicial na pronúncia, usurpação da competência do Tribunal do Júri, a quem compete, constitucionalmente, julgar os crimes dolosos*

contra a vida (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d). 5. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as qualificadoras só podem ser afastadas da pronúncia quando não houver nenhum apoio na prova dos autos, ou seja, quando forem manifestamente infundadas. 6. Os antecedentes do fato não têm o condão de afastar a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, se esta se mostrou plenamente realizada e dentro das circunstâncias do delito. 7. Recurso especial provido..." (STJ – Recurso Especial Resp 601108 DF 2003/0189057-2 – Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

"HABEAS CORPUS – PENAL – PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO – RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – QUALIFICADORA ADMITIDA NA PRONÚNCIA – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – PRECEDENTES – ORDEM DENEGADA. I – A jurisprudência desta corte está assentada no sentido de que apenas a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia, o que não acontece na hipótese dos autos. II – A análise da existência ou não da qualificadora do recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa da vítima deve ser feita pelo tribunal do júri, que é o juiz natural da causa. Precedentes. III – Ordem denegada." (STF; HC 111.463; PE; Segunda Turma; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 27/03/2012; DJE 12/04/2012)

"RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO – PRONÚNCIA – QUALIFICADORA – RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA – EXCLUSÃO – IMPOSSIBILIDADE – DÚVIDA – SOBERANIA DO JÚRI. 1. ***Esta corte firmou entendimento de que só devem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes, sem amparo nos elementos dos autos, uma vez que não se deve usurpar do tribunal do júri o pleno exame dos fatos da causa. 2. Inexistindo prova plena que afaste, indubitavelmente, a procedência da qualificadora, mais prudente a manutenção daquela circunstância, nesta fase do procedimento, cabendo ao Conselho de Sentença deliberar se a vítima teve ou não chance de reagir enquanto era agredida. 3.*** *Recurso Especial provido para, cassando o acórdão recorrido, restaurar a qualificadora do recurso que impossibilitou/dificultou a defesa da vítima na decisão de pronúncia.*" (STJ; REsp 1.284.811; Proc. 2011/0230213-1; PR; Sexta Turma; Rel. Min. Og Fernandes; DJE 01/07/2013) (grifei).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: "a desclassificação da infração penal de homicídio tentado qualificado para lesão corporal leve só seria admissível se nenhuma dúvida houvesse quanto à inexistência de dolo. Havendo grau de certeza razoável, isso é fator o bastante para que seja remetida ao Conselho de Sentença a matéria, sob pena de desrespeito à competência ditada pela Constituição Federal" (AgRg no AgRg no REsp 1313940/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

Desse modo, deve ser mantida a decisão de pronúncia, em seus termos, a fim de que o réu, ora recorrente, seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática do crime que lhe foi imputado, já que presentes provas da materialidade do fato delituoso e indícios da autoria a ele atribuída, cabendo ao Tribunal do Júri a responsabilidade pela realização de uma análise mais aprofundada do quadro probatório, por ser o juízo natural para esse fim, devendo, ao final, deliberar sobre todas as questões de mérito.

Assim, estando atestada a materialidade do fato delituoso e também configurados os indícios suficientes sobre a autoria, é de rigor que seja o recorrente pronunciado, sendo submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, tal como feito pelo magistrado de origem.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso interposto, mantendo inalterada a decisão de pronúncia.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 25 de setembro de 2018.

***

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002894-46.2013.8.12.0013/50000 - Jardim
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA (BARRA DE FERRO) E CONCURSO DE AGENTES – VOTO VENCIDO QUE AFASTA A QUALIFICADORA DO USO DE ARMA E MANTÉM REGIME ABERTO POR CONSIDERAR AS MODULADORAS FAVORÁVEIS – ROUBO QUE SE DEU MEDIANTE O USO DE UMA BARRA DE FERRO – USO DE ARMA IMPRÓPRIA QUE NÃO MAIS CONFIGURA A MAJORANTE DO ROUBO COM USO DE ARMA – *ABOLITIO CRIMINIS* TRAZIDA PELA LEI 13.654/2018 – EMPREGO DE ARMA CONSIDERADO COMO CIRCUNSTÂNCIA DESABONADORA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA – POSSIBILIDADE – PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME – INVIÁVEL – *QUANTUM* DA PENA E MODULADORA DESFAVORÁVEL QUE IMPÕEM O REGIME FECHADO – RECURSO DESPROVIDO – COM O PARECER.

De ofício, deve-se reconhecer que não está presente a qualificadora do uso de arma, se foi usada uma arma imprópria (barra de ferro), pois, segundo a alteração trazida pela Lei 13.654/2018, só a arma de fogo é apta a configurar a majorante do roubo, e a lei deve ser aplicada de imediato e para situações pretéritas, por ser lei mais benéfica ao réu.

Afastada a qualificadora, nada impede porém que o fato possa ser valorado a título de circunstância judicial desabonadora para elevar a pena-base do recorrente.

Se o *quantum* da pena é superior a quatro anos de reclusão e existe uma moduladora desfavorável, o regime adequado é o fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento aos embargos infringentes.

Campo Grande, 18 de julho de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Daniel Rodrigues Roda e Patrick Douglas Nunes foram condenados em 1ª instância a 05 anos e 04 meses de reclusão, no regime semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II do CP.

O *Parquet* recorreu pleiteando o reconhecimento da causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, bem como o aumento da pena-base e a fixação do regime fechado.

O recurso ministerial foi provido, vencido o Des. Ruy Celso Barbosa Florence que afastava a causa de aumento referente ao I do § 2º do art. 157 do CP e mantinha o regime semiaberto.

O embargante requer a prevalência do voto vencido.

O Parecer Ministerial, às f. 16-20, contra-arrazoa pelo improvimento dos embargos.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

O acórdão às f. 303-321, foi assim lançado:

> *"(...) EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – MINISTERIAL E DEFENSIVA – ROUBO – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – AFASTADA. EMPREGO DE ARMA IMPRÓPRIA – RECONHECIDO. RECONHECIMENTO DA PREJUDICIALIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVADA PELO EMPREGO DE ARMA. REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL – ACOLHIMENTO – RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO – APELO DEFENSIVO IMPROVIDO.*
>
> *Não há que se falar em absolvição quando o caderno de provas, composto pela declaração do policial em juízo, pelas declarações da vítima e por todas as circunstâncias e objetos apreendidos, demonstram, seguramente, a participação do réu na conduta que lhe foi imputada.*
>
> *Não há ilegalidade na aplicação da majorante da utilização de arma na 1ª fase da dosimetria, quando já utilizada na 3ª fase da fixação da pena a causa de aumento pelo concurso de agentes.*
>
> *A utilização de arma imprópria (barra de ferro) na prática do crime de roubo deve ser reconhecida como majorante de emprego de arma.*
>
> *O reconhecimento de circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria não pode reduzir a pena além do mínimo legal, conforme determinação expressa da Súmula 231 do STJ.*
>
> *Presente a reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser fixado o regime inicial fechado para o réu condenado a pena superior a 04 anos.*
>
> *Relatório*
>
> *Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, Patrick Douglas Nunes e Daniel Rodrigues Roda, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Jardim/MS, que condenou os réus Patrick e Daniel por infração do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa.*
>
> *Em suas razões (f. 191-215), o MP pediu: a) o reconhecimento da causa de aumento de pena descrito no § 2º, I, do Código Penal; b) o aumento da pena-base dos acusados; c) a fixação do regime inicial fechado. Prequestionou a matéria.*

Os recorrentes Patrick e Daniel, no apelo de f. 225-240, pleitearam: a) a absolvição pela incidência do in dubio pro reo; b) a diminuição da pena aquém do mínimo legal em razão da incidência da atenuante genérica da menoridade.

Os acusados oferecerem contrarrazões às f. 241-256 e o Parquet às f. 263-274.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 283-293, opinou pelo desprovimento do recurso dos réus e pelo parcial provimento do apelo do MP.

Voto

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Tratam-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, Patrick Douglas Nunes e Daniel Rodrigues Roda, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Jardim/MS, que condenou os réus Patrick e Daniel por infração do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa.

Em suas razões (f. 191-215), o MP pediu: a) o reconhecimento da causa de aumento de pena descrito no § 2º, I, do Código Penal; b) o aumento da pena-base dos acusados; c) a fixação do regime inicial fechado. Prequestionou a matéria.

Os recorrentes Patrick e Daniel, no apelo de f. 225-240, pleitearam: a) a absolvição pela incidência do in dubio pro reo; b) a diminuição da pena aquém do mínimo legal em razão da incidência da atenuante genérica da menoridade.

Os acusados oferecerem contrarrazões às f. 241-256 e o Parquet às f. 263-274.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 283-293, opinou pelo desprovimento do recurso dos réus e pelo parcial provimento do apelo do MP.

É o que basta para análise da pretensão.

Do recurso defensivo

Do pedido de absolvição

O Ministério Público Estadual apresentou denúncia pela prática da seguinte conduta delituosa:

"(...) em 30 de junho de 2.013, por volta das 22h., na Avenida Duque de Caxias, em Jardim (MS), os denunciados subtraíram, mediante grave ameaça e violência, coisa alheia móvel de propriedade da vítima Maurício de Aguilar Soares.

Infere-se que, na data e local supracitados, os denunciados abordaram a vítima e, após ameaçá-la exibindo um pedaço de ferro, passaram a agredi-la com socos e chutes.

Depreende-se que, após agredirem a vítima impossibilitando-a de oferecer qualquer resistência, os denunciados apoderaram-se a força de um aparelho de telefone celular, que ela trazia consigo, e evadiram-se do local."

Os apelantes, inicialmente, buscam a absolvição, aduzindo, em síntese, que não há provas suficientes para as condenações.

Observo, pelo conjunto probatório reunido durante a persecução penal, que está suficientemente comprovada a materialidade e a autoria do fato delituoso.

A materialidade se evidencia pelo mediante o boletim de ocorrência (f. 07), nota fiscal (f. 20-21), auto de avaliação indireta (f. 29), e pelos depoimentos realizados nos autos.

De outro lado, a autoria do fato delituoso também está demonstrada. Em que pese o fato dos acusados terem negado a tentativa de furto, os depoimentos colhidos nos autos e a dinâmica dos fatos refutam a versão do réu.

A vítima Maurício Soares, em seu depoimento na fase judicial (f. 107), relatou que os réus o abordaram, bateram e levaram o seu celular. Narrou que bateram no depoente com uma barra de ferro, chutes e socos, bem como que o ameaçaram e falaram para o ele ficar quieto. Disse que sabe que foi os acusados porque conhece os mesmos, pois moram na mesma vila, e apesar de ter conseguido identificar os dois acusados, não conseguiu recuperar o aparelho celular. Depôs que ficou muito machucado e que os acusados o chutaram no pescoço, nas costas e na cabeça. Que o depoente reconheceu sem sombra de dúvidas os acusados e que os conhecia só de vista.

Corroborando o depoimento da vítima, o policial civil Elbio Queiroz Mendes Junior, em juízo (f. 107), narrou que a vítima, ao registrar a ocorrência, já apontou os réus Patrick e o Daniel como os autores do crime, uma vez que já os conhecia e sabia que eles residiam na Vila Brasil. Relatou que diante da afirmação da vítima, apresentaram fotografias do Daniel e do Patrick para a mesma, tendo a vítima confirmado serem os acusados os autores do crime. Frisou que a partir da identificação fotográfica foram feitas as qualificações em relatório. Descreveu que os acusados são conhecidos nos meios policiais por diversas ocorrências de furto.

A Testemunha Edmilson Silva Soares, genitor da vítima, na fase judicial (f. 107), informou que quando a vítima ligou para o depoente informando do roubo, já disse que teria sido o Patrick e o Daniel. Descreveu que a vítima conhecia de vista os acusados da cidade e que não houve nenhum tipo de dúvida do filho do depoente com relação a quem praticou o roubo.

Portanto, os depoimentos da vítima e do policial militar mostram-se firmes e coerentes com a dinâmica dos fatos relatada na denúncia, demonstrando segurança ao indicar a autoria delitiva dos acusados.

Em delitos como o da espécie, não raras vezes cometidos sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima merece ser recepcionada com especial valor para a elucidação do fato, sob pena de não ser possível a responsabilização penal do autor desse tipo de ilícito patrimonial.

Nesta linha:

"A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, em especial, tem relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, dado o contato direto que trava com o agente criminoso" (STJ, HC 143.681/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 2.8.2010)

Do mesmo modo, este E. Tribunal já se posicionou:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – RECURSO DA DEFESA – PENAL E PROCESSO PENAL – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO – RECONHECIMENTO PESSOAL, DEPOIMENTO

DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – REDUZIDA – REGIME PRISIONAL ABRANDADO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. A condenação deve ser mantida ante a comprovação da materialidade e autoria delitiva, com especial relevo à palavra das vítimas, que nessas espécies delitivas assume significativa importância, ainda mais quando prestadas de forma firme e coerente, aliada aos demais elementos probatórios dos autos. (...). (TJMS, Apelação APL 00398315720148120001 MS 0039831-57.2014.8.12.0001, Des. Manoel Mendes Carli, 1ª Câmara Criminal, DJ. 12/01/2016).

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPTAÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – CONDENAÇÃO DE UM DOS AGENTES NO CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PLACA DA MOTOCICLETA ADULTERADA COM FITA ADESIVA – CRIME FORMAL QUE PRESCINDE DE RESULTADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – RECURSO PROVIDO. (...). Recurso defensivo. Absolvição do crime de roubo circunstanciado. Inadmissibilidade. Desclassificação para furto. Ausência de provas acerca de violência ou grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I. ***Comprovada a autoria e materialidade delitiva, não há se falar em absolvição por ausência de provas, posto que a palavra da vítima aliada a outros elementos constantes dos autos formam um acervo probatório apto a ensejar a condenação imposta****. II...".* (TJMS; APL 0032212-13.2013.8.12.0001; Campo Grande; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 25/08/2015; Pág. 41). (Destaquei).

Como visto, os acusados foram reconhecidos pela vítima como os autores do roubo, não havendo como aceitar a mera negativa de autoria, sem qualquer base na prova.

É evidente que os réus visam com os depoimentos se esquivar de um édito condenatório, trazendo teses desconexas de todas as provas colhidas nos autos.

Esse tem sido o entendimento nos Tribunais, inclusive nesta Corte, conforme julgado que segue:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPTAÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – CONDENAÇÃO DE UM DOS AGENTES NO CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PLACA DA MOTOCICLETA ADULTERADA COM FITA ADESIVA – CRIME FORMAL QUE PRESCINDE DE RESULTADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – RECURSO PROVIDO. (...). Recurso defensivo. Absolvição do crime de roubo circunstanciado. Inadmissibilidade. Desclassificação para furto. Ausência de provas acerca de violência ou grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I. Comprovada a autoria e materialidade delitiva, não há se falar em absolvição por ausência de provas, posto que a palavra da vítima aliada a outros elementos constantes dos autos formam um acervo probatório apto a ensejar a condenação imposta. II...". (TJMS; APL 0032212-13.2013.8.12.0001; Campo Grande; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 25/08/2015; Pág. 41).

Desse modo, não se afigura possível o acatamento da tese de absolvição, uma vez que pelo conjunto probatório reunido durante a persecução penal e pela dinâmica em que ocorreram os fatos fica demonstrado seguramente que os réus praticaram a conduta que lhes foi imputada na denúncia.

Logo, afasto a pretensão absolutória.

Da redução da pena aquém do mínimo pela aplicação da atenuante da menoridade relativa

Inicialmente, pede o apelante que, na 2ª fase da dosimetria, seja aplicada a atenuante já reconhecida na sentença, para diminuir a pena aquém do mínimo legal.

Observo, às f. 184, que o magistrado, ao prolatar a sentença, na 2ª fase da dosimetria, reconheceu a atenuante da menoridade relativa para ambos os réus, mas deixou de reduzir a pena intermediária pois já estava no mínimo, respeitando assim a Súmula 231 do STJ

Em que pese a tese lançada pela defesa, não há que se falar em redução da pena.

Mesmo com o reconhecimento da circunstância atenuante na 2ª fase da dosimetria não há como reduzir a pena além do mínimo legal, conforme determinação expressa da Súmula 231 do STJ.

Vejamos:

Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Este também é o entendimento desta 2ª Turma Criminal:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS DEFENSIVOS – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DO ART. 244-B DO ECA – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE OS ACUSADOS CORROMPERAM O MENOR – INVIABILIDADE – DELITO FORMAL – SÚMULA 500 DO STJ – REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231 DO STJ – DESPROVIDOS, COM O PARECER. A configuração do crime previsto no art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal. A incidência de circunstâncias atenuantes na segunda fase da dosimetria não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (TJMS. Apelação nº 0024920-69.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 08/05/2017, p: 09/05/2017)

APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – CRIME FORMAL – CONDUTA TÍPICA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DE PENA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE DE CONDUÇÃO DA REPRIMENDA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – NÃO PROVIMENTO. O crime de corrupção de menores é formal, consumando-se com o simples envolvimento do menor em ação delituosa em companhia de imputável, em nada importando o fato de o adolescente ter cometido ato infracional anterior. Ainda que se reconheça a incidência de atenuante, a pena provisória não pode ser fixada aquém do mínimo legal. Aplicação da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça. Apelação defensiva a que se nega provimento, em face da inexistência de vícios no decisum combatido. (TJMS. Apelação nº 0045457-57.2014.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 17/04/2017, p: 20/04/2017)

Logo, apesar de reconhecida a atenuante da confissão espontânea, é descabida a pretensão do apelante no tocante a redução da pena intermediária.

Do recurso ministerial

Da causa de aumento de pena pelo emprego de arma

O Parquet pleiteia o reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 157, § 2°, I do Código Penal.

O magistrado singular deixou de aplicar a causa de aumento por considerar que o uso de uma "barra de ferro" não autoriza o reconhecimento da qualificadora.

Entendo que a pretensão merece prosperar.

É evidente que uma barra de ferro trata-se de arma imprópria e a sua utilização na prática do crime de roubo dever ser utilizada como majorante de emprego de arma.

Em caso semelhante, na Apelação n°0006199-19.2014.8.12.0008, o Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques, muito bem tratou do tema, cujas razões passo-me a utilizar:

"(...) no que tange a alegação de ausência de potencialidade do artefato, Cleber Masson1 esclarece que, para o direito penal, arma é todo instrumento ou objeto que possa ser utilizado para o ataque ou a defesa, podendo ser ela própria, quando é confeccionada para o fim específico de defesa ou ataque; ou imprópria, ou seja criada sem um fim específico (chaves de fenda, bastão, tacos de beisebol, tesouras, machados, enxadas foices, etc).

Prossegue o referido que: " Emprego de arma (art. 157, § 2º, I): O aumento se justifica por haver maior risco a integridade física e a vida do ofendido e de outras pessoas e para facilitação na execução do crime. Arma é todo o objeto ou instrumento idôneo para ataque ou defesa, uma vez que tem capacidade para matar ou ferir."

Portanto, em relação à majorante de emprego de arma imprópria, deve ser ressaltado que o simples fato de ter sido utilizado um objeto contundente (pedra) na empreitada criminosa, é o quanto basta, porquanto o que se deve levar em consideração é o temor provocado na vítima, que diante de um objeto contundente, cede à pressão do ofensor, entregando-lhe os bens ou possibilitando a subtração, sem esboçar qualquer reação, para preservar a integridade física."

Deve ser considerado que o simples fato de ter sido utilizado um objeto contundente (barra de ferro) na empreitada criminosa, é o quanto basta para a caracterização da majorante, porquanto o que se deve levar em consideração é o temor provocado na vítima, que diante de um objeto contundente, cede à pressão do ofensor, entregando-lhe os bens ou possibilitando a subtração, sem esboçar qualquer reação, para preservar a integridade física.

Dessa feita, o reconhecimento da majorante de emprego de arma, decorrente da utilização de uma barra de ferro para ameaçar e intimidar as vítimas, é medida que se impõe.

Da pena-base

O MP requer o aumento da pena base pela depreciação das moduladoras da culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos do crime, circunstâncias do crime e consequências do crime.

O MP assim fundamentou o pedido:

"De fato, nota-se que culpabilidade dos apelados é acentuada, visto que tinham plena consciência do seu agir, apresentando condutas altamente reprováveis, de acordo com a consciência valorativa e os conceitos éticos e morais da coletividade.

Demais disso, quanto as suas condutas sociais, formas de comportamentos dentro da sociedade, afiguram-se como inquestionavelmente ruins, eis que, além deste roubo, já se envolveram em diversas outras infrações demonstrando que não possuem um comportamento adequado e que sejam cumpridores de seus deveres em sociedade.

No que concerne as suas personalidades, totalmente voltada à prática de infrações, posto que, desde a menoridade, os apelados enveredam por este caminho (f. 166-169).

(...) O motivo do crime é injustificável, qual seja, o lucro fácil em detrimento do patrimônio da vítima.

Além disso, as circunstâncias do crime, também, são prejudiciais, isso porquanto eles se aproveitaram de que a vítima estava em um local ermo e, diga-se, indefesa para a prática do crime ora em comento.

De outro lado, as consequências do crime foram prejudiciais já que as vítimas, além de terem sofrido lesões corporais em decorrência das agressões, não recuperou o seu aparelho de telefone celular que foi roubado pelos apelados."

Em relação a culpabilidade refere-se à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, e se o agente tinha condições de agir de outra forma no momento do crime. Conforme magistério de Ricardo Augusto Schmitt:

"É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas à melhor adequação da pena-base.

Nesse diapasão, quanto mais reprovável a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, ao tempo em que quanto menos reprovável a conduta, a pena mais se aproximará do mínimo legal previsto em abstrato pelo tipo. (...)" (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 88)

No caso, vê-se que as razões utilizadas pelo MP para valoração de tal moduladora, deu-se de forma genérica, eis que o simples fato de os réus terem consciência do seu agir altamente reprovável não se mostra como argumento idôneo para exasperar a pena, uma vez que, a ação não extrapola o tipo penal, sendo simples integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

Desta análise, concluo que a circunstância em questão deve não deve depreciada.

No que tange à exasperação da pena base pela depreciação da conduta social, melhor sorte não assiste ao apelante.

A conduta social corresponde ao comportamento do agente perante a sociedade, sendo que, sua valoração pressupõe a existência de dados concretos descritos ou documentos, os quais não podem ser confundidos com os antecedentes e com as circunstâncias do fato analisado, que são objeto de valoração noutro campo.

Neste ponto, os autos não trazem nenhum dado concreto sobre a conduta dos réus, de maneira que a circunstância deve ser considerada neutra, pois os fundamentos utilizados pelo MP – comportamentos dentro da sociedade, afiguram-se como inquestionavelmente ruins, eis que, além deste roubo, já se envolveram em diversas outras infrações demonstrando que não possuem um comportamento adequado e que sejam cumpridores de seus deveres em sociedade – não são idôneos para valorar negativamente a conduta do agente, pois se referem aos antecedentes do acusado.

A tese ministerial está em manifesto confronto à Súmula 444 do STJ, que dispõe ser "vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Assim, a moduladora da conduta social deve ser considerada neutra.

Da mesma forma, não prospera o julgamento negativo da circunstância judicial da personalidade.

A personalidade, de acordo com entendimento do STJ, "(...) deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito." (*HC* 50.331/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550).

Segundo a doutrina de Ricardo Shimitt, seria mais prudente auferir tal moduladora: "(...) a partir da existência de um laudo psicossocial, a ser firmado por pessoa habilitada, situação que não existe na grande maioria dos casos levados a julgamento." (SCHIMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória. 10. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 152).

Diante da ausência de laudo técnico específico, não se pode concluir que isso impossibilitará a análise da circunstância em questão, podendo ser verificada de outro modo, com base nos registros da vida pregressa dos acusados, que na maioria dos casos, é o único elemento que se dispõe mornamente para tanto, de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Por não se dispor do referido laudo, outros elementos possibilitam análise desta moduladora, como o caso de haver mais de duas condenações definitivas, aplicando-se daí o entendimento segundo o qual, uma condenação definitiva implica em reincidência, havendo uma segunda, simultaneamente, no reconhecimento de maus antecedentes e, ainda, no caso de uma terceira, na negativação da personalidade, a luz de interpretação decorrente do texto da súmula 444 do STJ.

Os elementos constantes dos autos são insuficientes para exasperação da pena-base diante da personalidade do agente, pois não constam nos seus antecedentes criminais ocorrências transitadas em julgado.

Assim, a pretensão de negativação da moduladora da personalidade do agente não prospera.

Sobre a depreciação dos motivos do crime, a fundamentação apontada não enseja a atribuição de valor negativo à circunstância judicial. O lucro fácil não pode ser considerado desfavorável, já que o lucro fácil é inerente ao tipo penal.

Em casos semelhantes, a 2ª Câmara Criminal, da qual eu participo, já se manifestou:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – MOTIVOS DO CRIME – LUCRO FÁCIL INCLUÍDO NO TIPO PENAL – BIS IN IDEM – NEUTRALIZAÇÃO IMPOSITIVA – RECURSO PROVIDO. O caráter mercenário não é fundamento idôneo para a reprovação dos motivos do crime, pois alude ao intuito de lucro fácil e este já se encontra incluído no tipo penal de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06), inviabilizando o aumento da pena-base, haja vista a vedação ao bis in idem. Recurso provido, em parte com o parecer. (TJMS. Apelação nº 0030982-62.2015.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 03/04/2017, p: 26/04/2017)

APELAÇÃO – PENAL – TENTATIVA DE FURTO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RECONHECIMENTO DA AUTORIA NA FASE INQUISITIVA – INCIDÊNCIA DEVIDA – REGIME PRISIONAL – MANUTENÇÃO – NÃO PROVIMENTO. A culpabilidade como consciência do ilícito e os motivos do crime como obtenção de lucro fácil em crimes patrimoniais são inerentes ao tipo penal, sendo fundamentos inidôneos para a exasperação da pena-base. Se a confissão extrajudicial do acusado foi utilizada como elemento de convencimento para a condenação, deve incidir a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal. Presentes os requisitos do art. 33, § 2°, "c" e § 3°, do Código Penal, afigura-se devido o estabelecimento do regime aberto para iniciar o cumprimento da pena. Apelação ministerial a que se nega provimento, em razão da absoluta correspondência com a lei. (TJMS. Apelação nº 0002300-37.2010.8.12.0013, Jardim, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 30/06/2014, p: 17/03/2015)

Dessa forma, os motivos do crime são normais à espécie.

No que toca às consequências do crime, estas são os efeitos (maior ou menor) provocados em uma vítima ou mais, tanto de cunho material, quanto moral, incluindo aqui apenas aqueles fatos que não integram o tipo penal.

De tal argumento, não se pode confundir as consequências do crime com o resultado do próprio tipo penal que já foi considerado na cominação da pena, sendo que, esta moduladora refere-se à mensuração do dano ocasionado pelo delito, alertando o STJ que: "Não é possível a utilização de argumentos genéricos ou circunstâncias elementares do próprio tipo penal para o aumento da pena-base com fundamento nas consequências do delito." (STJ, *HC* 165.089/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 16.10.2012).

Nesta esteira, Schimitt ensina que:

"(...) se revela pelo resultado da própria ação do agente. São os efeitos da sua conduta. Deverá ser aferido o maior ou menor dano causado pelo modo de agir do condenado. No exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade de lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade (coletividade).

(...)

A valoração das consequências do crime exige um plus que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser próprio do tipo." (SCHIMITT, Ricardo. op. cit., p. 159).

Não se olvida que casos há em que o dano suportado é tamanho a justificar um rigor maior na reprimenda, o que, contudo, deve ser demonstrado de forma concreta, com base em elementos extraídos dos autos.

No caso dos autos, no que concerne aos danos materiais suportados pela vítima, tenho que este não devem contribuir para esta análise, visto que a res furtiva não é de monta significante capaz de aumentar a reprimenda do apelante (R$ 520,00).

Conforme entendimento do STJ:

"(...) Cuidando-se o roubo de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, a não ser que se trate de exacerbada lesão ao patrimônio (…)" (STJ; *HC* 187.011; Proc. 2010/0184495-0; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Julg. 12/03/2013; DJE 18/03/2013).

O fato da vítima ter sido agredida durante a ação criminosa também não ultrapassa o tipo penal.

Em se tratando de crime de roubo, a violência contra a vítima é consequência inerente ao tipo penal, sendo injustificável a valoração negativa da moduladora, pelo fato dos réus terem agredido a vítima para subtração do celular.

A moduladora das consequências do crime mereceria valoração negativa se a violência extrapolasse o normal do tipo penal, e a ação criminosa resultasse em graves lesões corporais à vítima.

Vejamos:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA EXERCIDA COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, § 2º, INCISO I E II, DO CP) – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – IMPOSSIBILIDADE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DECOTADAS – REDUÇÃO PARCIAL DA PENA-BASE – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(...) Decota-se a moduladora das consequências do crime, se não provado que extrapolam o normal do tipo, reduzindo-se a pena base. Recurso provido em parte. (TJMS. Apelação nº 0014224-18.2009.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 11/04/2017, p: 27/04/2017)

Portanto, afasto o pedido de valoração negativa de tal circunstância judicial.

Finalmente, no que se refere moduladora das circunstâncias do crime, Ricardo Augusto Schmitt leciona que:

"Trata-se do modus operandi empregado na prática do delito (crime ou contravenção penal). São elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima, dentre outros.

Não podemos nos esquecer, também aqui, de evitar o bis in idem pela valoração das circunstâncias que integram o tipo ou qualificam o crime, ou, ainda, que caracterizam agravantes ou causas de aumento de pena." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 157)

A moduladora da circunstância do crime, portanto, se refere à maior ou menor gravidade do delito em razão do modus operandi (instrumento do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, objeto material, local da infração, etc).

Assim, o fato dos réus terem cometido o crime quando a vítima estava em um local ermo, não demonstra grau de reprovabilidade fora do tipo penal, pois o roubo, em regra, trata-se de crime praticado as escondidas, longe dos olhares de terceiros.

Todavia, uma vez que foi reconhecido nesse voto a causa de aumento da pena pelo emprego de arma e também está presente a majorante do concurso de pessoas, utilizo-me do emprego de arma para negativar a moduladora das circunstâncias do crime e do concurso de pessoas na 3ª fase da dosimetria como causa de aumento de pena.

A pena-base, desde que aplicada dentro dos limites previstos abstratamente no tipo legal, é ato discricionário do juiz, que a fixa conforme seja necessário para a prevenção e repressão do crime.

No caso dos autos, a utilização de arma restou evidente nos autos, o que demonstra elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente e demanda a exasperação da reprimenda.

Dessa forma, o roubo praticado mediante a utilização de arma se amolda perfeitamente ao conceito de circunstâncias do crime.

Sobre o tema, vejamos:

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 – FURTO PRATICADO À NOITE – UTILIZAÇÃO DA MAJORANTE NA PRIMEIRA FASE, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO ART. 59 DO CP – POSSIBILIDADE – AUMENTO DA PENA CONCOMITANTE COM OS MAUS ANTECEDENTES NA SEGUNDA FASE PELA REINCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES DIVERSAS – AUMENTO SUPERIOR A 1/6 – RÉU DUPLAMENTE REINCIDENTE – FUNDAMENTO CONCRETO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. Não há falar em inobservância ao sistema trifásico, ante a utilização das majorantes (causas de aumento de pena), que não foram utilizadas para aumentar a pena, na terceira fase da aplicação da pena, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, portanto. Precedentes. 6. O impedimento legal e lógico é à dupla valoração de um fato, não o seu enquadramento em fases anteriores àquelas geradoras de maior aumento de pena. Seja ele enquadrado como qualificadora ou majorante. Precedentes. 7. A existência de mais de uma condenação definitiva constitui fundamento válido a justificar a fixação de fração superior à mínima, de 1/6, na segunda fase da dosimetria, como reincidência. Precedentes. 8. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício apenas para reduzir as penas relativamente ao paciente josimiel a 2 anos de reclusão, e 15 dias-multa. (STJ; *HC* 101.744; Proc. 2008/0052683-0; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 29/05/2015).

Por conseguinte, considero prejudicial a moduladora das circunstâncias do crime.

Da Dosimetria

Respeitando a discricionariedade de que dispõe o juiz ao fixar a pena, mantenho os demais critérios utilizados pelo magistrado singular na dosimetria da reprimenda.

Do Réu Patrick Douglas Nunes

Na 1ª fase do cálculo da pena, depreciada a moduladora das circunstâncias do crime (emprego de arma), fixo a pena inicial em 04 anos e 09 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na 2ª fase da dosimetria foi reconhecida a atenuante da menoridade relativa e não há circunstâncias agravantes, motivo pelo qual reduzo a pena intermediária para o mínimo legal (04 anos de reclusão e 10 dias-multa).

Na 3ª fase da fixação da pena, ausentes causas de diminuição da pena, mas presente a majorante do art. 157, § 2º, II, do CP (concurso de agentes), aumento a pena em 1/3, fixando definitivamente a reprimenda 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Do Réu Daniel Rodrigues Roda

Na 1ª fase do cálculo da pena, depreciada a moduladora das circunstâncias do crime (emprego de arma), fixo a pena inicial em 04 anos e 09 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na 2ª fase da dosimetria foi reconhecida a atenuante da menoridade relativa e não há circunstâncias agravantes, motivo pelo qual reduzo a pena intermediária para o mínimo legal (04 anos de reclusão e 10 dias-multa).

Na 3ª fase da fixação da pena, ausentes causas de diminuição da pena, mas presente a majorante do art. 157, § 2º, II, do CP (concurso de agentes), aumento a pena em 1/3, fixando definitivamente a reprimenda 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Do regime inicial

Quanto ao regime prisional, pede o MP a alteração para regime inicial aberto.

Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se levar em consideração o disposto pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Confira-se:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.

Após a análise dos critérios acima, como o embargante foi condenado à pena definitiva de 05 anos e 04 meses reclusão, e ostenta uma circunstância judicial desfavorável,

deve cumprir a pena inicialmente no regime fechado.

Assim, fixo o regime inicial de cumprimento de pena como o fechado.

Do Prequestionamento

No que tocante ao prequestionamento, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Conclusão

Ante o exposto, contrário em parte ao parecer da PGJ, ao tempo em que nego provimento ao recurso interposto pelo réu, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo MP, para reconhecer a majorante do emprego de arma e utilizá-la para depreciar a moduladora das circunstâncias do crime, bem como para alterar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, fixando definitivamente a pena para ambos os réus em 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa.

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

Acompanha o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Divirjo, em parte, do nobre relator para negar provimento ao recurso ministerial.

Pois bem. Consta da denúncia que a grave ameaça empregada para a prática do roubo ocorreu mediante o uso de uma barra de ferro. Sucede, entretanto, que tal artefato não foi apreendido ou minimamente descrito nos autos, inviabilizando a possibilidade de analisar a respectiva capacidade lesiva.

Em tese, uma barra de ferro constitui objeto não dotado de mecanismo de funcionamento. Por tais motivos, já se decidiu ser prescindível o exame pericial nestes casos.

Em casos dessa espécie, em que não há nenhum documento destinado a descrever o artefato empregado na prática delitiva ou a indicar a respectiva potencialidade lesiva, reputo inviável reconhecer a incidência da majorante, pois não se pode presumir, em detrimento do acusado, que o instrumento utilizado para a prática do roubo detinha efetivo poder vulnerante e chegou a causar um perigo real para a vítima.

Sobre o tema, a doutrina ensina o seguinte:

"Segundo a dicção do texto legal, é necessário o emprego efetivo de arma, sendo insuficiente o simples portar. Para Luiz Regis Prado, no entanto, 'é suficiente para a caracterização da majorante que o sujeito ativo porte a arma ostensivamente, de modo que ameace a vítima, vale dizer, não é imprescindível que venha a fazer uso do instrumento para praticar a violência ou grave ameaça, sob pena de esvaziamento da ratio legis". Divergimos desse entendimento, uma vez que a tipificação legal condiciona a ser a violência ou grave ameaça "exercida" com o "emprego de arma", e "empregá-la" significa uso efetivo, concreto, real, isto é, a utilização da arma no cometimento da violência. Não era outro o magistério de Sebastian Soler que, ao comentar o Código Penal argentino, com previsão semelhante ao nosso, pontificava: "A lei exige que o roubo tenha sido cometido com armas, o que não quer dizer que o ladrão apenas as tenha, razão pela qual acreditamos sinceramente infundado levantar dúvidas a esse respeito ante o texto de nossa lei. Outras leis, não a nossa, merecem censura por referir-se ao mero fato de portá-la".

A inidoneidade lesiva da arma (de brinquedo, descarregada ou simplesmente à mostra), que pode ser suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo (caput), não tem o mesmo efeito para qualificá-lo, a despeito do que pretendia a equivocada Súmula 174 do STJ, em boa hora revogada, atendendo a súplica unânime da doutrina nacional. O fundamento dessa majorante reside exatamente na maior probabilidade de dano que o emprego de arma (revólver, faca, punhal etc.) representa e não no temor maior sentido pela vítima. Por isso, é necessário que a arma apresente idoneidade ofensiva, qualidade inexistente em arma descarregada, defeituosa ou mesmo de brinquedo. Enfim, a potencialidade lesiva e o perigo que uma arma verdadeira apresenta não existem nos instrumentos antes referidos. Pelas mesmas razões, não admitimos a caracterização dessa majorante com o uso de arma inapta a produzir disparos, isto é, inidônea para o fim a que se destina.

Em síntese, a maior probabilidade de dano propiciada pelo emprego de arma amplia o desvalor da ação, tornando-a mais grave; ao mesmo tempo, a probabilidade de maior êxito no empreendimento delituoso aumenta o desvalor do resultado, justificando-se a majoração de sua punibilidade. (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo III).

Assim, deixo de reconhecer em desfavor dos apelantes Patrick e Daniel a causa de aumento prevista no art .157, § 2º, I.

Outrossim, considerando a quantidade da pena aplicada; que os acusados são primários e que não foram reconhecidas nenhuma circunstância judicial desfavoráveis aos mesmos, mantenho o regime inicial semiaberto fixado na sentença com fulcro no art. 33, § 2º, "b" e § 3º.

Por fim, devo apenas ressalvar o meu entendimento pessoal acerca da matéria ora examinada, pois entendo que o reconhecimento de atenuantes, na segunda fase dosimétrica, pode levar a reprimenda aquém do mínimo abstrato, ante a falta de previsão legal impondo tal limitação e em obséquio ao mandamento constitucional da individualização da pena.

No caso concreto, contudo, como a fixação da intermediária no mínimo legal revela-se necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, certo é que não convém contrariar a jurisprudência consolidada sobre o assunto (Enunciado Sumular 231 do STJ), pois, na hipótese, só geraria expectativas efêmeras de reforma.

Ante o exposto:

a) acompanho o nobre relator para negar provimento aos recursos defensivos.

b) divirjo do nobre relator para negar provimento ao recurso ministerial...".

Analiso o pedido de afastamento da causa de aumento referente ao I do § 2º do art. 157 do CP.

Como se verifica do voto divergente, o ilustre Des. Ruy Celso Florence entendeu que a grave ameaça empregada para a prática do roubo ocorrida mediante o uso de uma barra de ferro não seria apta a gerar a aplicação da causa de aumento, pois tal artefato não foi apreendido ou minimamente descrito nos autos, inviabilizando a possibilidade de analisar a respectiva capacidade lesiva.

Entende que a barra de ferro constitui objeto não dotado de mecanismo de funcionamento, mas mesmo assim, seria imprescindível o exame pericial nestes casos, pois sem isso não seria possível saber da respectiva potencialidade lesiva. Por isso, reputou inviável reconhecer a incidência da majorante, pois não se poderia presumir, em detrimento do acusado, que o instrumento utilizado para a prática do roubo detinha efetivo poder vulnerante e chegou a causar um perigo real para a vítima.

Então, questão central a ser dirimida seria saber se a causa de aumento do uso de arma em crime de roubo necessita da apreensão e perícia do artefato.

Entretanto tal matéria é irrelevante, agora, no caso presente, pois, com a superveniência da Lei 13.654/2018, essa majorante restou revogada *abolitio criminis*, de forma que, considerando a retroatividade *in bonam partem* da lei, de ofício, reconheço que esse uso de arma que não é de fogo deixa de configurar a qualificadora.

Mesmo assim, o caso não pode ser analisado à luz do tipo penal do roubo simples, porque persiste uma outra qualificadora que gera a incidência do roubo majorado, que é o concurso de agentes.

Veja-se como ficou fundamentado no acórdão embargado:

> *"(...) Todavia, uma vez que foi reconhecido nesse voto a causa de aumento da pena pelo emprego de arma e também está presente a majorante do concurso de pessoas, utilizo-me do emprego de arma para negativar a moduladora das circunstâncias do crime e do concurso de pessoas na 3ª fase da dosimetria como causa de aumento de pena."*

E, por outro lado, tal como entendeu o acórdão, mas por fundamento diverso, nada impede também que esse elemento do uso de arma imprópria seja valorado negativamente como moduladora desfavorável apta a agravar a pena base, tal como constou em trecho da ementa do acórdão embargado:

> *"(...) Não há ilegalidade na aplicação da majorante da utilização de arma na 1ª fase da dosimetria, quando já utilizada na 3ª fase da fixação da pena a causa de aumento pelo concurso de agentes."*

Em abono deste entendimento, e mesmo à luz da lei mais benéfica citada acima, lembro jurisprudência do STJ:

> *PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – EMPREGO DE ARMA BRANCA – LEI Nº 13.654/18 – RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA – CIRCUNSTÂNCIA AFASTADA – MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS – MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA PENA-BASE – REGIME FECHADO INDEVIDAMENTE IMPOSTO – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO – POSSIBILIDADE DO REGIME SEMIABERTO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício.*
>
> *2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.*
>
> *Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.*

3. Com o advento da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca, embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes.

5. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, é possível a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu.

7. Considerando que a pena foi estabelecida em 2 anos e 8 meses de reclusão, o regime inicial semiaberto mostra-se adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena imposta, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 6 dias-multa, bem como estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda. HC 446.919/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – ROUBO – DOSIMETRIA DA PENA – SEGUNDA FASE – ELEVAÇÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) – MULTIRREINCIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO – TERCEIRA FASE – MAJORANTE DO USO DE ARMA – MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA – LEI Nº 13.654, DE 23 DE ABRIL DE 2018 – ABOLITIO CRIMINIS – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de admitir a aplicação de fração superior a 1/6 (um sexto) na segunda etapa do cálculo, em razão da incidência de circunstâncias agravantes, desde que o julgador apresente fundamentos idôneos para justificar a exasperação.

2. Na hipótese, o Tribunal de origem exasperou a reprimenda em 1/3 (um terço), em razão da agravante da reincidência, o que deve ser considerado excessivo, em razão da presença de apenas duas condenações anteriores aptas a configurar a majorante, mostrando-se razoável e proporcional a escolha da fração de 1/5 (um quinto) para a elevação da pena.

3. Extrai-se dos autos, ainda, que o delito foi praticado com emprego de arma branca, situação não mais abrangida pela majorante do roubo, cujo dispositivo de regência foi recentemente modificado pela Lei nº 13.654/2018, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

> *4. Diante da abolitio criminis promovida pela lei mencionada e tendo em vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, de rigor a aplicação da novatio legis in mellius, excluindo-se a causa de aumento do cálculo dosimétrico.*
>
> *5. Agravo regimental parcialmente provido, para redimensionar a pena no tocante ao aumento decorrente da reincidência, com a concessão de ordem de habeas corpus de ofício, para afastar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.* (AgRg no *HC* 417.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 04/06/2018)

A verdade é que no caso presente, o roubo permanece majorado, pela existência da qualificadora do concurso de agentes.

E por outro lado, nada impede que, mesmo afastado o uso de arma como uma majorante, ele ainda pode ser considerado como moduladora desfavorável, por se tratar de conduta mais agressiva (ao invés de usar apenas a força física ou superioridade numérica, usar a arma). A confirmar tal entendimento, remeto à jurisprudência acima citada.

Saliento que no caso, inclusive, houve agressão da vítima com tal arma, além de chutes e socos, veja-se que a vítima Maurício Soares, em seu depoimento na fase judicial (f. 107), relatou que os réus o abordaram, bateram e levaram o seu celular, narrou que bateram no depoente com uma barra de ferro, chutes e socos, bem como que o ameaçaram e falaram para o ele ficar quieto.

Saliento que tal agressão foi desconsiderada no acórdão como elemento negativo, nos seguintes termos:

> *"O fato da vítima ter sido agredida durante a ação criminosa também não ultrapassa o tipo penal.*
>
> *Em se tratando de crime de roubo, a violência contra a vítima é consequência inerente ao tipo penal, sendo injustificável a valoração negativa da moduladora, pelo fato dos réus terem agredido a vítima para subtração do celular.*
>
> *A moduladora das consequências do crime mereceria valoração negativa se a violência extrapolasse o normal do tipo penal, e a ação criminosa resultasse em graves lesões corporais à vítima.*

Entendo que no caso tal se justifica, porque já havia sido considerado o uso da arma para agravar a pena-base, então, considerar a agressão para agravar e pena-base redundaria, no caso presente, em ponderação em *bis in idem* relativa ao uso da arma, pois já se agrava a pena pelo uso da arma (quer esse uso seja para ameaçar, quer seja para agredir mesmo, dois modos de obter a intimidação e neutralização da vítima com fim de obter a subtração do bem).

Assim sendo, deve ser mantida neste ponto a decisão que agravou a pena-base, por reconhecer presente o uso da arma como moduladora desfavorável na 1ª fase do cálculo da pena, a título de circunstâncias do crime, à luz de tudo que ficou exposto.

No que tange ao regime de cumprimento de pena:

O voto condutor da apelação fixou a reprimenda em 05 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial fechado, por reconhecer presente o uso da arma (além da outra qualificadora) e considerou o emprego de arma como moduladora desfavorável na 1ª fase do cálculo da pena, a título de circunstâncias do crime, como tal, apta a ser ponderada na fixação do regime, e a justificar o seu recrudescimento.

Nada há a alterar quanto a tal entendimento, à luz do artigo 33 § 2º e 3º do CP, uma vez que a pena é superior a 4 anos de reclusão e a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código, devendo ser ponderada a circunstância judicial desfavorável, apta a agravar o regime para o inicial fechado.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento aos embargos infringentes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos embargos infringentes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz Emerson Cafure.

Campo Grande, 18 de julho de 2018.

***

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0005959-44.2016.8.12.0110/50000
Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – PENAL – ART. 307 (FALSA IDENTIDADE), DO CÓDIGO PENAL – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – EMBARGANTE APRESENTOU FALSA IDENTIDADE PARA SE PASSAR POR OUTRA PESSOA – SÚMULA 522 DO STJ – CONDUTA TÍPICA EM TESE – EMBARGANTE QUE SE INTERNAVA PARA DAR À LUZ – MOTIVAÇÃO DA AÇÃO INDICANDO TEMOR DE SER PRESA, POR TER MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO OU INTENÇÃO DE ATRIBUIR FILIAÇÃO DE SEU FILHO A OUTRA MULHER – ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO – EMBARGOS REJEITADOS.

Se a pessoa apresenta documento de outrem em tese ela pratica o crime do art. 307 (falsa identidade), do CP, não havendo que falar em atipicidade da conduta, mesmo perante alegada motivação para evitar que descubram que tem mandado de prisão contra si.

Segundo a Súmula 522 do STJ, "*a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa*".

Se, por outro lado, perpassa informação de haver ainda outra motivação (atribuir a maternidade do filho biológico a outra mulher, usando a documentação dela), há necessidade de se receber a denúncia para apurar a respeito, pois em tal caso a atipicidade alegada demandaria fundamentação acrescida e mais ampla produção e análise de provas, inviável no momento inicial de receber-se ou não a denúncia, em que se exige apenas uma acusação com requisitos mínimos de admissibilidade.

Havendo indícios da prática de crime pela embargante, contendo a denúncia requisitos essenciais, bem como possuindo a acusação o lastro mínimo necessário de provas, deve a acusação ser recebida como admissível, para prosseguimento do feito com devida instrução e julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da relatora, vencido o 2º vogal (Des. Paschoal).

Campo Grande, 18 de julho de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Bruna Vargas Alves interpõe embargos infringentes e de nulidade em face do acórdão (f. 252-261), de Relatoria do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, que, por maioria, rejeitou a preliminar e, no mérito, deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, para receber a denúncia proposta em face da ora embargante na sua integralidade, determinando o regular processamento do feito, para apuração do crime do art. 307 (falsa identidade), do Código Penal.

Irresignada, busca a reforma do acórdão supracitado, para que prevaleça o voto vencido do 2º vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que divergiu do relator, para negar provimento ao recurso ministerial, eis que considera a conduta atípica ante ao direito constitucional da autodefesa.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela rejeição dos presentes embargos (f. 14-26).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos por Bruna Vargas Alves em face do acórdão (f. 252-261), de relatoria do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, que, por maioria, rejeitou a preliminar e, no mérito, deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, para receber a denúncia proposta em face da ora embargante na sua integralidade, determinando o regular processamento do feito, para apuração do crime do art. 307 (falsa identidade), do Código Penal.

Consta da denúncia (f. 01-04):

> *"Consta do incluso termo circunstanciado de ocorrência que no dia 26 de fevereiro de 2015, por volta das 15h00min, no Hospital Regional, nesta capital, a denunciada cometeu crime de falsa identidade.*
>
> *Depreende-se do TCO que a acusada Bruna estava grávida e internou-se no Hospital Regional para que fosse realizado o parto do bebê que esperava, sendo que, no momento de registrar-se no hospital, identificou-se como Bianca Sananda de Abreu.*
>
> *Como não possuía documentos pessoais, a assistente social do hospital, Andrea Carolina Caldas, desconfiando da veracidade de seu nome, contatou a autoridade policial para que apurassem os fatos.*
>
> *Ao ser questionada pelos policias, Bruna confessou que se passou pela pessoa de Bianca, pois havia mandado de prisão em seu desfavor e temia ser presa, relatando que Bianca teria lhe fornecido cópia de sua certidão de nascimento e consentido que Bruna se passasse por ela.*
>
> *Após, as acusadas foram presas em flagrante delito.*
>
> *Ao ser interrogada, Bianca afirmou que não tinha conhecimento de que Bruna se passava por ela, bem como relatou que não tem seus documentos pessoais, tendo apenas uma cópia de sua certidão de nascimento."*

Após o oferecimento da inicial, o magistrado *a quo* rejeitou a denúncia, à luz dos artigos 395, III e 397, III, do CPP (f. 178-183).

O órgão ministerial interpôs recurso em sentido estrito, ao qual, por maioria, fora dado provimento, nos termos do voto do relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Irresignada, busca a reforma do acórdão supracitado, para que prevaleça o voto vencido do 2º vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, que divergiu do relator, para negar provimento ao recurso ministerial, eis que considera a conduta atípica ante o direito constitucional da autodefesa.

Após análise do acórdão proferido, chego à conclusão de que o voto condutor, do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques deve ser ratificado.

O magistrado *a quo* rejeitou a denúncia, nos termos a seguir (f. 178-183):

> *"Da análise da inicial, verifico que a conduta da acusada Bruna Vargas Alves resumiu-se a, no momento em que internou-se no hospital para dar à luz, sabendo existir contra sim mandado de prisão em aberto, identificar-se como Bianca Sananda de Abreu.*
>
> *Em circunstâncias como as relatadas nestes autos, nas quais o acusado identifica-se em algum momento como outra pessoa, é medida imperiosa o reconhecimento de que tal conduta teve como objetivo a autodefesa vez que, dado o princípio do nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo), ao ocultar sua verdadeira identidade e atribuir a si outra, não verifico qualquer outra intenção além de defender-se.
>
> *Luiz Flávio Gomes, ao estabelecer o conteúdo do referido princípio, ensina que ele possui várias dimensões:*
>
> *(a) direito ao silêncio, (b) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (c) direito de não declarar contra si mesmo, (d) direito de não confessar, (e) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (f) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica, (g) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (h) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória (GOMES, Luiz Flávio).*
>
> *In casu, quando a denunciada deu entrada no hospital para dar à luz e atribuiu a si outra identidade, sua intenção era a de esquivar-se de ter sua liberdade tolhida exatamente no momento em que ia ter seu filho e, inclusive, para não correr o risco de separar-se dele logo após seu nascimento, o que provavelmente ocorreria caso ela fornecesse seu verdadeiro nome e fosse constatada a existência de mandado de prisão em aberto contra ela expedido.*
>
> *Não se pode deixar de observar que a acusada forneceu outra identidade em um momento de desespero em que estava em trabalho de parto, e necessitava de atendimento médico para dar à luz, situação esta delicada para qualquer mulher, quiçá no caso da acusada que sabia dos riscos de ser presa e ainda ficar sem seu filho.*
>
> *O tipo penal do art. 307 possui como elementar a obtenção de vantagem ou para causar dano a outrem e, da conduta da acusada não verifico a obtenção de qualquer vantagem ou dano a outrem uma vez que, de qualquer forma, dada a urgência (trabalho de parto), poderia internar-se e, em qualquer momento posterior, quando fossem pedidos seus documentos, poderia ser descoberta sua verdadeira identidade, como realmente aconteceu.*
>
> *Da análise dos autos verifico que Bruna, quando questionada, por desconhecer os dados de Bianca, acabou por logo fornecer seu verdadeiro nome, sem qualquer dificuldade na obtenção da verdade dos fatos.*
>
> *Mesmo tendo direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesma, a acusada optou por falar a verdade e informou seu verdadeiro nome, não tendo obtido qualquer vantagem indevida ou causado qualquer dano a outrem.*

Neste sentido, trago a lição de Aury Lopes Jr., para o qual:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio nemo tenetur se detegere, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Ademais, havendo possibilidade do Estado identificar o agente da conduta supostamente delituosa, por intermédio de coleta de suas impressões digitais, torna-se impossível a ocultação de sua verdadeira identidade o que, no caso em análise, sequer foi necessário pois a própria acusada confessou sua verdadeira identidade.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

A garantia contra a auto-incriminação não tem limites espaciais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública e de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime. (STF *HC* 79.244-8 - Rel. Sepúlvida Pertence DEsp. 26/4.1999).

Por fim, se durante a instrução processual o réu pode calar-se e até mesmo mentir acerca do fatos, com mais razão, quando está sendo investigado ou conduzido à autoridade policial, pode deixar de produzir provas contra si, também pode o menos.

No sentido da atipicidade de condutas semelhantes, segue a jurisprudência:

AGRAVO – COMETIMENTO DE NOVA INFRAÇÃO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA – FALSA IDENTIDADE – IDENTIFICAR-SE, COM NOME FALSO, A FUNCIONÁRIOS DE HOSPITAL – EM TESE, ATIPICIDADE DA CONDUTA. Em tese, não pratica o crime previsto no art. 307 do Código Penal, por ausência do elemento subjetivo do tipo, o acusado que, ao ser atendido em hospital, por estar foragido, fornece nome falso, pois, salvo prova em contrário, não possui o dolo de obter vantagem ilícita ou causar dano a outrem, sim fazer autodefesa. Assim, no âmbito da execução penal, não deve ser reconhecida a prática de falta grave. Agravo improvido. (Agravo nº 70019887074, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 08/08/2007)

PENAL – CRIME DE FALSA IDENTIDADE (CP, ART. 307) – I. NÃO VIOLA O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI PENAL (FÉ PÚBLICA) O PRONTO ESCLARECIMENTO ACERCA DA REAL IDENTIDADE DO AGENTE AINDA NA EMERGÊNCIA DO HOSPITAL (AONDE FOI SOCORRIDO EM VIRTUDE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO), SOBRETUDO SE PAIRAM DÚVIDAS SOBRE QUEM TERIA APRESENTADO O ADULTERADO DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CIVIL AO POLICIAL (O ORA APELADO OU SUA NAMORADA – VIDE BO E DEPOIMENTO – F. 7 E 79) E SE HÁ CONTUNDENTE PROVA DE QUE, AO TEMPO DO ATENDIMENTO EMERGENCIAL, O SOCORRIDO APRESENTAVA "PERDA DE CONSCIÊNCIA", "COMA ALCOÓLICO" E "SEM CONDIÇÃO DE FALAR" (GAE – F. 90/92) – II. LOGO, NÃO EVIDENCIADO O ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO PENAL (VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE ATRIBUIR-SE FALSA IDENTIDADE PARA OBTER VANTAGEM, EM PROVEITO PRÓPRIO) DESCRITO NA DENÚNCIA – III. PÕE-SE, EM RESSALVA, O ENTENDIMENTO DO RELATOR DE QUE O DIREITO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA NÃO AFETA O TIPO PENAL EM COMENTO. III. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS (LEI 9.099/95, ART. 82, § 5º) – IV. RECURSO IMPROVIDO – V. SEM CUSTAS. (TJDFT, 405822320078070003 DF, Rel. Des. Fernando Antônio Tavernard Lima, julgamento em 10/11/2009).

A excentricidade da situação da acusada guarda semelhança com a relatada por Lênio Strek em seu artigo intitulado "Na ânsia por condenar, MPF usa inversão do ônus da prova no Supremo", publicado no Conjur, no qual relata que, no HC 133.984, o Supremo Tribunal Federal considerou atípica a conduta de portar uma munição. Contudo, até esse deslinde no qual a Corte Superior utilizou-se de estudo e bom senso, houve recurso especial interposto pelo Ministério Público, o qual foi provido monocraticamente no STJ, revertendo a decisão absolutória proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O que chama a atenção neste caso, não é apenas a condenação pelo porte de uma única munição, e sim o fato do réu naqueles autos utiliza-la como um pingente de colar.

A condenação por porte de uma única munição utilizada como pingente de um colar seria o equivalente ao recebimento da presente denúncia pelo suposto delito de falsa identidade, pelo fato da acusada ter fornecido identidade diversa da sua para poder internar-se em hospital para dar à luz por saber que possuía contra si mandado de prisão em aberto.

Em síntese: estando a acusada em trabalho de parto no momento em que atribuiu a si identidade diversa da sua, tendo-o feito para poder internar-se em hospital para dar à luz, não tendo obtido vantagem em proveito próprio ou alheio e nem causado dano a outrem, em observância aos princípios da proporcionalidade, do nemo tenetur se detegere (não auto-incriminação), da adequação social, da intervenção mínima e, principalmente, em nome do bom senso, é medida imperiosa a rejeição da denúncia.

Isto posto, sem mais delongas, é a presente para rejeitar a denúncia de fls. 1/3, o que faço com arrimo nos princípios da não autoincriminação e da proporcionalidade que tornam atípica a conduta, tudo isso nos termos dos arts. 395, III c/c art. 397, III, ambos do Código de Processo Penal."

Em seu voto, o douto relator ponderou (f. 252-259):

"Em que pesem os argumentos utilizados na decisão recorrida e os fundamentos lançados no voto inaugural, observo que a denúncia preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, descrevendo, de forma adequada, a conduta criminosa supostamente praticada pela denunciada.

Extrai-se que, no dia 26/02/15, a denunciada Bruna ingressou no Hospital Regional desta Capital, a fim de dar à luz uma criança do sexo masculino e se apresentou com o nome de 'Bianca Sananda de Abreu', buscando evitar sua prisão, pois possuía um mandado de prisão em aberto por condenação definitiva por crime de furto e temia ser presa.

Mas não foi só isso. Consta, ainda, que a denunciada tinha a intenção de registrar o bebê como se fosse filho de Bianca, a qual teria lhe fornecido cópia de sua certidão de nascimento, o que denota a gravidade dos fatos e a relevância da denúncia.

A peça inicial possui lastro probatório indiciário, como se verifica do boletim de ocorrência de f. 37-38, mandado de prisão expedido em desfavor da ora recorrida Bruna (f. 39) e cópia do registro de nascimento de Bianca Sananda de Abreu (f. 40), além da confissão da denunciada (f. 16-17), corroborada pelas declarações das testemunhas.

O processo teve início perante o Juizado Especial Criminal, por tratar-se de crime de menor potencial ofensivo, e só foi encaminhado à Justiça Comum em razão da não localização da denunciada e impossibilidade de citação por edital (f. 165), o que justifica a simplicidade do procedimento investigativo e a apresentação sucinta da peça inicial, nos termos do art. 2º da Lei 9.099/95, especialmente em observância aos critérios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

A questão da obtenção de vantagem na conduta da recorrida é matéria de prova, afeta à instrução processual, não sendo a fase postulatória o momento adequado para tal análise.

Não vislumbro, pois, qualquer vício capaz de comprometer a inicial acusatória que, ao contrário do que entendeu o Juízo a quo, preenche todos os requisitos legais, estando apta a deflagrar o início da ação penal.

O Ministério Público Estadual ofereceu a denúncia deduzindo todos os fatos e fundamentos jurídicos necessários ao início do processo, descrevendo, sucintamente, o crime praticado, suas circunstâncias, a capitulação legal, o rol de testemunhas e, ainda, instruindo a inicial acusatória com as peças informativas da fase policial.

Sendo assim, havendo indícios da prática de crime pela recorrida, estando a denúncia formal e legalmente oferecida, bem como possuindo a acusação o lastro mínimo necessário de provas, deve a mesma ser recebida, para a devida instrução e julgamento.

Além disso, nos termos do enunciado nº 522 do STJ: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

Nesse sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENTE MÍNIMO PROBATÓRIO QUE INDICA INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – RECURSO PROVIDO. Se a parte autora instrui a inicial acusatória com um mínimo probatório que indica indícios de autoria e materialidade, a ação deve ser validamente exercida. Por isso, o recebimento da denúncia é medida que se impõe. (TJMS, RESE 0007606-79.2013.8.12.0110, 2ª Câmara Criminal, minha relatoria, DJMS 20/02/2015).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRESENÇA DA PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – RECURSO PROVIDO PARA RECEBER A DENÚNCIA. (TJSP, RESE 0000651-70.2014.8.26.0348, Ac 8185327, 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan, DJESP 13/02/2015)

Desta forma, tratando-se de conduta relevante para o Direito Penal, em parte com o parecer, rejeito a preliminar e, no mérito, dou provimento ao recurso ministerial para receber a denúncia proposta em face de Bruna Vargas Alves na sua integralidade, para o devido processamento, com fulcro no Enunciado nº 709 da Súmula do STF."

A questão combatida nos presentes embargos infringentes refere-se à tipicidade – ou não – do crime do art. 307 (falsa identidade) do CP.

O referido dispositivo legal assim dispõe:

"Art. 307.

Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de 03 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave."

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII, preconiza que o acusado pode permanecer calado a fim de não praticar ato tendente a servir como prova contra si.

No entanto, tal prerrogativa não torna atípica a conduta daquele que, perante a abordagem policial, se identifica com nome diverso com o objetivo de evitar a correta identificação criminal.

A esse respeito, Rogério Grecco adverte:

> *"(...) A autodefesa diz respeito, portanto, a fatos, e não a uma auto atribuição falsa de identidade. O agente pode até mesmo dificultar a ação da justiça penal no sentido de não revelar situações que seriam indispensáveis à elucidação dos fatos. No entanto, não poderá eximir-se de se identificar. É um direito do Estado saber em face de quem propõe a ação penal e uma obrigação do indiciado/acusado revelar sua identidade. Essa auto atribuição falsa de identidade nada tem a ver com o direito de autodefesa, ou de, pelo menos, não fazer prova contra si mesmo, de não auto incriminar-se. São situações, segundo nosso raciocínio, inconfundíveis (...).* (Código Penal Comentado. 4. ed. Impetus, 2010, p. 808)."

Nessa mesma linha, Fernando Capez leciona que;

> *"(...) o agente que se identifica falsamente com o propósito de ocultar seu passado criminoso não exerce autodefesa, uma vez que nesta somente pode incidir o interrogatório do réu."* (Curso de Direito Penal. 4. ed., 2006, p. 363, vol. 3: parte especial).

As Cortes Superiores também já consolidaram o entendimento de que é típica a conduta daquele que, procurando esconder seus antecedentes criminais, atribui a si falsa identidade ou apresenta documento falso.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a repercussão geral do RE 640.139/DF (DJe 14/10/2011), reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria em discussão, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (artigo 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui a si falsa identidade perante a autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes.

Em recente pronunciamento, o pretório excelso decidiu, *verbis*:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – 1. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA DE USO DESSE DOCUMENTO COM A FINALIDADE DE OCULTAR SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS – NÃO HÁ FALAR EM EXERCÍCIO DA AUTODEFESA – 2. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE EM RAZÃO DE FATO AUTÔNOMO DAQUELES QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO PELO USO DE DOCUMENTO FALSO – INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM HABEAS CORPUS – 3. REITERAÇÃO DELITIVA CONSIDERADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA – BIS IN IDEM CARACTERIZADO. 1. Alegação de atipicidade da conduta imputada ao Paciente. Uso de documento falso com a finalidade de ocultar situação irregular no país, que não caracteriza o exercício da autodefesa. 2. Delito de tráfico internacional praticado pelo Paciente em 7.4.2008. Denúncia relativa à imputação da prática dos delitos previstos no art. 304 c/c 297 do Código Penal pela utilização de documento falso em momentos distintos. Inexistência de bis in idem. Impossibilidade de reexame de fatos e de provas em habeas corpus. 3. Reiteração da conduta imputada ao Paciente considerada na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na terceira fase, com a aplicação da causa de aumento da continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal. Bis in idem caracterizado. 4. Ordem parcialmente concedida para determinar que o juízo da 1ª Vara Federal de Guarulhos, Seção Judiciária de São Paulo, refaça a dosimetria da pena do Paciente sem considerar a reiteração delitiva do Paciente*

> *em bis in idem e, em razão da nova pena a ser imposta, reexamine os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para a fixação do regime prisional.* (*HC* 111706, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, Processo Eletrônico DJe-246 Divulg 14-12-2012 Public 17-12-2012).”

Em idêntico sentido, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento jurisprudencial sobre o tema ao editar a súmula 522, que assim dispõe:

> *“A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.*

Exposta assim a questão em tese, que aponta no sentido da plausibilidade da acusação contra a embargante, a verdade é que o caso em tela é bem específico e chama a atenção, pelo substrato fático subjacente.

Ninguém pode negar que uma gestante que vai dar à luz tem em vista passar esse momento de modo mais tranquilo possível, de preferência com assistência médica qualificada, em um hospital, para garantia de sua saúde e bem estar, assim como de seu filho.

Se assim apenas fosse posta a questão, mereceriam ser acatadas como relevantes as ponderações do sentenciante, atento ao lado humano da questão, que acabou rejeitando a denúncia, inclusive invocando o argumento de que ela gestante não estaria obtendo nem visando obter qualquer proveito de sua conduta de se identificar como outra pessoa, até porque até poderia ser atendida em situação de urgência, sem mesmo mostrar documentação, qualquer que ela fosse.

Veja-se como justificou o sentenciante, repito:

> *(...) In casu, quando a denunciada deu entrada no hospital para dar à luz e atribuiu a si outra identidade, sua intenção era a de esquivar-se de ter sua liberdade tolhida exatamente no momento em que ia ter seu filho e, inclusive, para não correr o risco de separar-se dele logo após seu nascimento, o que provavelmente ocorreria caso ela fornecesse seu verdadeiro nome e fosse constatada a existência de mandado de prisão em aberto contra ela expedido.*
>
> *Não se pode deixar de observar que a acusada forneceu outra identidade em um momento de desespero em que estava em trabalho de parto, e necessitava de atendimento médico para dar à luz, situação esta delicada para qualquer mulher, quiçá no caso da acusada que sabia dos riscos de ser presa e ainda ficar sem seu filho.” (...)*

E de fato havia mandado de prisão expedido contra a embargante, conforme cópia do mandado judicial de prisão (f. 39).

Porém, o que ocorre é que os fatos precisam ser melhor averiguados, pois não está clara apenas essa motivação da gestante ou o substrato fático relatado pelo sentenciante, já que mesmo no voto do relator do recurso foi apontada situação diversa, motivação diversa e inclusive envolvimento possível de terceiros, com objetivo de entrega direta de bebê para fins de “adoção” fraudulenta, conduta que muito se aproximaria de uma conduta de “registrar filho alheio como próprio”, já que o objetivo envolvido estaria em que tal criança já saísse do hospital como sendo filha de uma outra mulher (a do documento) e não de sua genitora biológica (a ora embargante).

Veja-se como foi expresso o voto do ilustre relator da apelação, nesse ponto:

> *(...)” Extrai-se que, no dia 26/02/15, a denunciada Bruna ingressou no Hospital Regional desta Capital, a fim de dar à luz uma criança do sexo masculino e se apresentou*

> *com o nome de 'Bianca Sananda de Abreu', buscando evitar sua prisão, pois possuía um mandado de prisão em aberto por condenação definitiva por crime de furto e temia ser presa.*
>
> *Mas não foi só isso. Consta, ainda, que a denunciada tinha a intenção de registrar o bebê como se fosse filho de Bianca, a qual teria lhe fornecido cópia de sua certidão de nascimento, o que denota a gravidade dos fatos e a relevância da denúncia*. (...)

Com efeito, a própria embargante Bruna Alves Vargas Alves, em seu interrogatório perante a autoridade policial, confessou o crime afirmando que:

> *'' (...) é verdade que tenha ingressado no hospital regional identificando-se como Bianca Sananda de Abreu; que naquele estabelecimento, deu à luz uma criança do sexo masculino há doze dias, e tinha a intenção de declarar em seu registro de nascimento que tal criança era filha de Bianca Sananda de Abreu; que foi a própria Bianca quem orientou a interroganda a utilizar o nome dela para que com ele fosse internada no Hospital Regional, desse à luz e registrasse a criança como se fosse filha dela; que não recebeu nenhuma recompensa, de qualquer espécie, e nenhuma promessa neste sentido, para que registrasse seu filho como se fosse filho de Bi*anca;
>
> (...) (f. 16).

É certo que essas duas motivações perpassam nos elementos de prova colhidos até o momento, ambas estariam na base da ação consciente da embargante ao atribuir-se falsa identidade com o objetivo de dificultar a ação da polícia e do Judiciário, e também de facilitar que o filho que daria à luz viesse afinal a ser registrado como filho de uma outra mulher (a titular do documento).

A segunda motivação apontada trata de situação por vezes encontrada em varas da infância, como conduta visando burlar a lei no que diz respeito ao direito de filiação, pois estas normas estabelecem a paternidade e maternidade civil e jurídica atribuindo-a ao genitor ou genitora, pai ou mãe biológicos, e essa verdade biológica só deverá e poderá ser alterada por vias diversas legalmente previstas, entre elas a adoção legal feita segundo as normas do estatuto da criança e do adolescente, e que nada tem a ver com a situação e o subterfúgio que supostamente estaria em vias de ser colocado em prática pela gestante Bruna e terceira pessoa.

Então, haveria mais essa intenção a ser alcançada pela conduta imputada como crime, e era tentar que fosse efetuado o registro da criança que acabara de dar à luz em nome de terceira pessoa, que a acompanhava.

Ora, a averiguação dessa motivação e a conclusão se ela pode configurar conduta atípica ou não, deve ser objeto de produção de provas e sua análise ao final da instrução. E torna-se inviável de ser feita neste momento, onde se cuida de avaliar se ocorre ou não justa causa para a ação penal e se a denúncia vem revestida de seus mínimos requisitos legais e substrato probatório.

Os fatos e provas recolhidas constituem um contexto de indícios e provas no sentido de embasar a acusação contra a embargante por prática do crime descrito no art. 307 (falsa identidade), do CP, não havendo elementos suficientes para neste momento se reconhecer a atipicidade da conduta.

Portanto, é devido o recebimento da denúncia proposta em desfavor de Bruna Vargas Alves, e deve ser mantido o acórdão embargado, prevalecendo o entendimento do voto do Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, no sentido da admissibilidade da acusação ministerial.

Conclusão

Ante ao exposto, nego provimento aos embargos infringentes e de nulidade interpostos por Bruna Vargas Alves.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (revisor)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (1° vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (2° vogal)

Pedindo vênia à e. relatora, voto no sentido de acolher os presentes embargos infringentes, para prevalecer o voto minoritário, proferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, mantendo a sentença do juiz da instância singela. A embargante identificou-se com nome fictício apenas com o fim de evitar transtornos na sua internação hospitalar, para, com segurança, dar à luz o filho por ela esperado.

O Sr. Juiz Emerson Cafure (em substituição legal) (3º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da relatora, vencido o 2º vogal (Des.Paschoal).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz Emerson Cafure.

Campo Grande, 18 de julho de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002861-24.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – DA MATÉRIA PRELIMINAR: APELAÇÃO DEFENSIVA – AÇÃO PENAL MILITAR PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL – INVERSÃO NA ORDEM DE INTERROGATÓRIO DO RÉU – ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 400 DO CPP – SÚMULA 15 DO STM E ARTIGO 302 DO CPM QUE EMBASAVAM PROCEDIMENTOS ADOTADOS – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NA ÉPOCA – DEFESA QUE NÃO ALEGOU QUALQUER NULIDADE EM TODO O PROCEDIMENTO, VINDO A FAZER ISSO SÓ EM SEDE DE APELAÇÃO – FALTA DE PROVA DE PREJUÍZO À DEFESA – PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA.

Na época da audiência, havia divergência na jurisprudência acerca da aplicabilidade do art. 400 do CPP a ações penais militares, face à Súmula 15 do STM e ao artigo 302 do CPM que embasavam procedimentos adotados pelo juiz, então esse fato, aliado à não insurgência nem questionamento da defesa a respeito, apontam no sentido de não se reconhecer nulidade nos procedimentos adotados, tanto mais porque não provado prejuízo à defesa.

Preliminar de nulidade rejeitada.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 437 A) DO CPPM – RÉU DENUNCIADO POR CRIMES DOS ARTIGOS 312 E 324 DO CPM – DESCLASSIFICAÇÃO FEITA PELO CONSELHO DE JUSTIÇA PARA CONDENAR PELO ARTIGO 319 DO CPM – IMPUTAÇÃO LEGAL COM AMPARO NOS FATOS RELATADOS NA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA, FATOS QUE CONSTAM DA DENÚNCIA – PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA.

Se o réu foi denunciado por crimes previstos nos artigos 312 e 324 do CPM, mas o Conselho de Justiça o condenou desclassificando a conduta para o crime previsto no artigo 319 do CPM, tal não constitui nulidade, se os fatos estavam relatados na denúncia, e como tal não ocorreu prejuízo à defesa, pois o réu se defende de fatos.

Ademais, se o crime pelo qual o recorrente foi condenado tem sanção mais branda, não ocorreu qualquer prejuízo à defesa que justifique alegação de nulidade.

Preliminar de Nulidade rejeitada.

DA DEFESA DE MÉRITO: CONDENAÇÃO POR PREVARICAÇÃO – MANTIDA – PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE E AUTORIA – TESE DEFENSIVA DE AUSÊNCIA DE DOLO – AFASTADA – CERTIFICADO DE VISTORIA DO CORPO DE BOMBEIROS – EMITIDO SEM OBSERVAR NORMAS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 153/90 E NORMA TÉCNICA DO CORPO DE BOMBEIROS DO ESTADO – ATO DE OFÍCIO PRATICADO DESCUMPRINDO NORMAS TÉCNICAS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INTERESSE PESSOAL AO PRATICAR ATO DE OFÍCIO – CONDENAÇÃO POR PREVARICAÇÃO MANTIDA – APELAÇÃO DESPROVIDA.

Se o recorrente, integrante do corpo de bombeiros, entregou a um estabelecimento comercial o certificado de vistoria pronto e assinado pelo próprio punho, ciente de que não tinha atribuição para assinar tal certificado, nem este podia ser emitido antes de a vistoria ser realizada e sem antes a guia de pagamento ser emitida e quitada, e ainda recebeu pagamento em dinheiro, praticou atos de oficio contra expressa disposição de lei, já que descumpriu os preceitos dispostos na Lei Complementar nº 153/90, artigo 26, incisos II e IV e a Norma Técnica nº 01/2013 do corpo de bombeiros de MS.

Se o agente praticou de maneira indevida ato de ofício, dando prioridade ao atendimento de requisição de vistoria em detrimento das demais requisições precedentes, e ainda descumprindo normas técnicas a respeito, e assim agiu a fim de satisfazer sentimento pessoal de amizade que tinha com o proprietário de estabelecimento comercial, visando beneficiá-lo, incorreu no crime de prevaricação.

Recurso desprovido, mantendo-se a condenação.

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, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 14 de agosto de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O Ministério Público Estadual denunciou João Nonato de Oliveira, por infração aos arts. 312 (falsidade ideológica) e 324 (inobservância de lei, regulamento ou instrução), c.c art. 53 (coautoria), com as agravantes do art. 70, inciso II, alíneas g) (violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão) e l) (estando de serviço), todos do CPM; e João Carlos Peralta como incurso no art. 312 (falsidade ideológica) c.c art. 53 (coautoria), com as agravantes do art. 70, inciso II, alíneas g) (violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão) e l) (estando de serviço), todos do CPM.

A acusação foi a seguinte:

No dia 21 de julho de 2014, na cidade de Naviraí/MS, os denunciados ST BM CVMRR João Nonato de Oliveira e SD BM João Carlos Peralta, cientes da reprovabilidade de suas condutas, inseriram, em documento público, declaração falsa, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, atentando contra a administração militar.

Ainda, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado ST BM CVMRR Nonato, deixou, no exercício de suas funções, de observar o disposto no artigo 26, incisos II e IV da Lei Complementar nº 53/901 e nos itens 6.2.7 e 6.5.4 da Norma Técnica nº 01/20132 do corpo de bombeiros do Mato Grosso do Sul, dando causa direta à prática de ato prejudicial à Administração Militar (...).

O Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a denúncia para:

Com fulcro no art. 437, alínea "a", do CPPM, condenar João Nonato de Oliveira por infração ao art. 319 (prevaricação) do CPM;

Absolver da imputação de infração ao art. 324 (inobservância de lei, regulamento ou instrução), por não constituir o fato infração penal (princípio da consunção), todos do CPM;

E absolver João Carlos Peralta da imputação de infringir o art. 312 (falsidade ideológica) do CPM, fundamentando a decisão no art. 439, "b" (não constituir o fato infração penal), do CPPM.

Em razões recursais, o apelante João Nonato de Oliveira pleiteia:

Preliminarmente, a nulidade do feito desde a audiência, sob a alegação de que o interrogatório do apelante deveria ter sido realizado por último, conforme disposto no art. 400, do CPP;

Requer também a nulidade da decisão condenatória, visto a inobservância do art. 437, alínea a) do Código de Processo Penal Militar;

No mérito, requer a absolvição, ante a atipicidade da conduta.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Do pedido de João Nonato de Oliveira alegando preliminar de nulidade do feito desde a audiência:

Ele alega que o interrogatório do apelante deveria ter sido realizado por último, conforme disposto no art. 400, do CPP, por isso pede a nulidade do feito a partir da audiência.

Alegou em seu favor, no que se refere ao interrogatório ao término da instrução, a orientação do Supremo Tribunal Federal, exarada no *Habeas Corpus* nº 127900.

A questão tem a ver com a polêmica que existiu por certo tempo, quando a jurisprudência do STM, afirmava que o CPPM, em face de sua natureza especial, não fora alcançado pelos ditames da Lei nº 11.719/08, que alterou a redação do art. 400 do CPP comum, dispondo sobre o interrogatório do réu.

Em decisão em sede de *HC,* apreciado pela Corte em 1º/09/2015, os ministros do STM ratificaram, mais uma vez, o posicionamento do Tribunal quanto à não inversão do depoimento do réu em ações penais militares em trâmite na JMU.

Porém existiam precedentes jurisprudenciais do STF, como os *HC* nºs 115530 e 115698, nos quais foram declarados nulos os atos processuais praticados após o indeferimento pelo juízo local da inversão da fase do interrogatório, pois embora o art. 302 do CPM e a Súmula 15 do STM viessem sendo aplicados no âmbito da justiça militar, representariam afronta às garantias constitucionais do acusado e, em última análise, à dignidade da pessoa humana, devendo necessariamente ser o acusado ouvido pelo juízo apenas ao final da instrução processual.

A questão foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, quando, no julgamento do *HC* 127900, em 03/03/2016, fixou orientação no sentido de que:

> *"(...) a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado".*

Referida ata foi publicada em 11/03/2016.

Porém, o Plenário do STF, para evitar um caos jurídico, com eventual reconhecimento de nulidade de diversos interrogatórios, realizou o que se chama de "modulação de efeitos", estabelecendo que tal entendimento só teria aplicabilidade a partir da publicação da ata do referido julgamento (11.03.2016), sendo válidos os interrogatórios realizados até esta data.

Assim, não há como reconhecer a nulidade em processos nos quais o interrogatório foi o primeiro ato da instrução, se o ato foi realizado de acordo com o que preconizava a lei especial de regência e se ocorreu até 11.03.2016.

Analisando o caso presente, a audiência citada realizou-se em 21/3/2016, ou seja, alguns dias após essa data limítrofe.

Ocorre que essa data designada para o interrogatório do recorrente já estava previamente estabelecida desde o dia 17 de fevereiro de 2016, conforme decisão de f. 232-233 (que recebeu a denúncia), ou seja, antes da publicação da ata de julgamento do *HC* em referência.

Por outro lado, a ata de julgamento do *HC* em referência do STF foi publicada em 11.03.2016, e o inteiro teor do acórdão citado foi disponibilizado em 03.08.2016, muito tempo depois, e só então ocorreu o pleno acesso à completa fundamentação dele.

Ora esta situação específica recomenda maior cautela na declaração de nulidade pretendida.

E neste ponto cabe salientar que consta da ata de audiência à f. 285-286, que, dentre os presentes, estava a pessoa do apelante e seu advogado, e este não questionou sobre a inversão da oitiva dos presentes, ao contrário, não consta qualquer protesto, requerimento a respeito ou irresignação da defesa quanto ao interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas.

Ora, neste ponto, cabe assinalar que no caso ocorreu uma clara omissão defensiva quanto ao questionamento relativo à inversão da ordem das oitivas no momento oportuno, o que é indicativo de inexistência de prejuízo à parte.

Pois só em sede de apelação, é que a defesa levanta tal questionamento, que, frise-se, foi totalmente ignorado pelo causídico, durante todo o transcorrer do processo.

Durante a instrução processual, o advogado do recorrente em momento algum manifestou qualquer questionamento quanto à inversão dos depoimentos, e somente agora, em sede de apelação, é que a defesa levanta tal questionamento.

Falando brevemente em nulidades, as nulidades relativas dependem de provocação pela parte interessada, no momento oportuno, enquanto as nulidades absolutas não precisam de provocação; o próprio juiz pode reconhecer de ofício.

Ora, sabemos que há uma nulidade relativa se o ato viola formalidade exigida por norma infraconstitucional. Neste caso, a formalidade é essencial ao ato, pois visa resguardar o interesse de uma das partes e seu desatendimento é capaz de gerar prejuízo.

O Código de Processo Penal, em seu art. 564, estabelece algumas hipóteses em que poderá ocorrer a nulidade do ato processual, sendo que parte da doutrina indica como sendo nulidade absoluta os casos elencados nos incisos I, II e III, alíneas a, b, c, e (primeira parte), f, i, j, k, l, m, n, o e p, enquanto que as nulidades relativas seriam aquelas previstas no inciso III, alíneas d, e (segunda parte), g e h, além do inciso IV.

Perante uma nulidade, tal como por exemplo a do artigo 564, IV do CPP, perante uma suposta nulidade relativa, a invalidação depende do caso concreto, fica condicionada a ser arguida em momento oportuno (sob pena de preclusão e convalidação do ato), bem como à demonstração do efetivo prejuízo e não haverá nulidade se não for arguida oportunamente e se não houver prejuízo à parte (art. 563 CPP).

Trata-se do princípio da convalidação: resolve-se por considerar sanadas as nulidades não arguidas em momento oportuno (art. 572, I), ocorrerá nesse caso a preclusão.

O art. 571 estabelece o momento em que as nulidades relativas devem ser sanadas, sob pena de convalidação do ato viciado. Outro caso de convalidação é o caso do artigo 569 (omissões que podem ser supridas até antes da sentença final).

Sobre o momento oportuno para arguição das nulidades relativas (art. 571), entende-se que as da instrução criminal têm de ser alegadas na fase das alegações finais orais ou da apresentação de memoriais, jamais em grau de recurso, como foi feito no caso presente.

Por outro lado, em se tratando de suposto vício em audiência, deveria ter sido alegado no momento de sua ocorrência, e nunca depois.

Então se a nulidade não é arguida no momento oportuno, a matéria está preclusa, por tratar de nulidade relativa.

Deveria no caso ter sido alegada a nulidade na audiência, e também ser demonstrado o prejuízo resultante para a defesa, sem o que se convalida a situação como válida.

No caso presente, nem foi arguida oportunamente qualquer irregularidade, nem foi demonstrado qualquer prejuízo à defesa perceptível, e ademais vemos que a situação apontada não era vista como enquadrando-se em caso de nulidades absolutas, tanto é que sequer era conhecida ainda a decisão que consagrara a aplicabilidade do dispositivo, aos processos de crimes militares.

Tratando-se de situação limítrofe (no tempo), pois ainda não era consagrado e sedimentado na jurisprudência o atual entendimento sobre a aplicabilidade desse procedimento aos processos de crimes militares, entendo que deve ser rejeitada a preliminar.

Da alegada nulidade da decisão condenatória, pela inobservância do art. 437, alínea a do Código de Processo Penal Militar:

A defesa sustenta que, apesar de o apelante ter sido denunciado pelo Ministério Público pelos crimes previstos nos artigos 312 e 324 do Código Penal Militar, foi sentenciado pelo delito de prevaricação, previsto no art. 319, do mesmo Códex.

Diz que o conselho permanente de sentença poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, desde que esta tenha sido (no mínimo) formulada pelo Ministério Público em alegações finais e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la.

Ao ofertar a denúncia e em sede de memoriais finais, o *Parquet* buscou a condenação do recorrente pelos crimes de falsidade ideológica (artigo 312 Código Penal Militar) e inobservância de lei e regulamento

(artigo 324 CPM), todavia, ao julgar, o Conselho de Justiça, por unanimidade, desclassificou sua conduta para o delito de prevaricação, inserto no artigo 319 do diploma castrense, com fundamento no artigo 437, alínea a) do código processual penal militar.

Ora, analisando o tipo penal pelo qual o apelante foi condenado, ele está assim redigido:

> *"Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal."*

Analisando as imputações e o relato dos fatos que as justificam, vê-se que existe lastro fático exposto na denúncia para que pudesse ocorrer a desclassificação que de fato ocorreu, pois o relato dos fatos permite a alteração da imputação para aquela que for mais adequada, sem que isso implique ofensa ou prejuízo ao direito de defesa, desde que os fatos constam da denúncia.

E no caso constaram, como se deduz dos seus termos.

Com efeito, a ação penal ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face dos bombeiros militares João Nonato de Oliveira e João Carlos Peralta foi sob a acusação de que, cientes da reprovabilidade de suas condutas, inseriram, em documento público, declaração falsa, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, atentando contra a administração militar e ainda, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado ST BM CVMRR Nonato deixou, no exercício de suas funções, de observar o disposto no artigo 26, incisos II e IV da Lei Complementar nº 53/901 e nos itens 6.2.7 e 6.5.4 da Norma Técnica nº 01/20132 do Corpo de Bombeiros do Mato Grosso do Sul, dando causa direta à prática de ato prejudicial à Administração Militar.

E a denúncia fez o relato dos fatos que eram justamente o fato do apelante João Nonato de Oliveira ter realizado procedimento de vistoria de estabelecimento " Paraíso Supermercado", ou seja, ato de ofício, em face do pedido de vistoria, e assim emitiu certificado de vistoria, sem observar os procedimentos regulares, pois o certificado de vistoria foi emitido por ele (assinando como comandante da unidade) e pelo SD BM Carlos (que assinou como vistoriante) mesmo sem recolhimento da taxa, sendo que recebeu o valor da taxa diretamente da responsável do supermercado.

A denúncia segue assim relatando ainda mais outros procedimentos realizados pelo apelante, e que descumpriram normas técnicas de tais procedimentos de vistoria, ofendendo ainda preceitos da Lei Complementar 53/90 e transgredindo os arts. 324 e 312 do CPM.

Estes fatos ficaram relatados na denúncia com mais detalhe do que este breve resumo, e encontraram eco na prova dos autos.

Cito apenas para ilustrar nesta fase, que na instrução o próprio apelante declarou em interrogatório que trabalhava com o proprietário do estabelecimento comercial, que é um político da cidade *"e ele é um político e na época eu estava trabalhando com ele e eu resolvi pegar o dinheiro*", e não realizou os procedimentos regulares pois conhecia e trabalhava com o proprietário do estabelecimento, o que o motivou a agir dessa maneira. E também não teria feito o imediato recolhimento da guia, mesmo alegando que fez isso em breve espaço de tempo, mas também, segundo os termos da denúncia, toda essa conduta descumpriu normas técnicas.

Trata-se de fatos e situações que encontram amparo na prova dos autos, cito para resumir, nesta fase, a fala do próprio apelante que declara em seu interrogatório judicial:

João Nonato de Oliveira:

"que (...) , afirma que era o chefe da seção e a demanda de serviço era muito grande; que não conseguíamos atender toda a população; que éramos em 3 pessoas; que era o João, o Sgt Camargo e eu; que eu era a pessoa mais antiga depois do major; que o major era uma pessoa que estava muito preocupado com a situação do quartel, até porque ele estava vendo a construção do novo quartel que saiu na cidade; que ele era muito envolvido com a política e com a situação do quartel; que ele era muito atarefado e vivia viajando também; que nesse dia dos fatos ele estava lá, mas estava em reunião no gabinete dele e a situação desse supermercado já havia mais de 15 dias que o pessoal tinha feito essa solicitação e o pessoal ligava várias vezes, todos os dias ligavam; que o João falava, ô sub, o pessoal tá ligando aí, como que faz? Daí eu falava que era para manter a sequência; que aí chegou um determinado momento que eu falei que ia fazer isso aí para resolver o para resolver o problema, até porque nós tínhamos vários problemas; que eu conheço o pessoal do mercado; que eu tomei a decisão de assinar respondendo por ele; que eu nunca assinei como comandante; até porque no computador é congelado, que eu não consigo colocar lá Sub Tenente Nonato, chefe da SST; que ele deixa eu colocar ST Nonato, mas embaixo sempre sai a palavra 'comandante'; que não tem como tirar aquela palavra 'comandante', por isso que eu coloco lá 'respondendo'; que eu tomei essa atitude naquele dia para resolver este problema e quanto a situação que eu fui lá e o João assinou, ele assinou porque ele já tinha assinado outro documento e eu achei que ele pudesse assinar aquele documento também; que eu fui lá, fiz a vistoria e eles não tinham recolhido a taxa, eu falei para eles me passarem o dinheiro e eu recolheria a taxa; que eu falei que depois era para o motoboy deles passar lá e pegar, até porque eu conheço o pessoal também; que eu estava fazendo errado, estava, mas isso tudo era para ajudar; que esse dinheiro, eu coloquei na minha prancheta e cheguei no quartel e falei para o João que aquele era o dinheiro do certificado do supermercado, que era para ele tirar uma guia, que eu iria recolher e depois eles iam mandar o office boy pegar, porque o escritório precisava; que isso foi mais ou menos meio dia; que no outro dia o major me chamou e me perguntou o que tinha ocorrido e eu falei para ele que eu tinha feito realmente, mas pedi desculpas para ele; que falei que não tinha feito com intenção nenhuma de querer passar por cima dele e pegar dinheiro; que ele não gostou e ele ficou muito chateado; que ele falou que era melhor eu ir embora, que eu pedisse o meu desligamento da corporação; que na mesma hora eu fiz o meu requerimento e ele assinou; que depois ele instaurou uma sindicância para apurar os fatos; que fazia uns 15 dias que o pessoal do supermercado havia protocolado esse pedido de vistoria; que eles participam de licitação e eles precisavam desse documento; que fui eu quem fiz a vistoria; que geralmente quem faz a vistoria sou eu e o Sgt Camargo; que estava tudo ok e não tinha nada irregular; que eu não sei se eu passei na frente de outros para fazer a vistoria; que fazia 15 dias que a pessoa havia protocolado os pedidos; que chegam uns 8, 10 e até 15 pedidos de vistoria por dia; que a gente protocola e conforme dá para fazermos, nós fazemos; que sobre as guias de pagamento, as vezes a gente retira lá no bombeiro e às vezes a pessoa vai lá na AGENFA e recolhe mercado e ele é um político e na época eu estava trabalhando com ele e eu resolvi pegar o dinheiro; que eu peguei o dinheiro com a secretária dele que trabalha lá, no dia que eu fiz a vistoria; que eu não fiz o recolhimento no mesmo dia porque a gente já ia encerrar o expediente; que eu fui recolher no dia seguinte ou depois; que eu deixei o dinheiro na gaveta, na prancheta; que eu nunca tinha feito isso antes; que eu queria dizer que eu só fiz isso para ajudar, para resolver o problema naquele momento, até mesmo para não trazer transtorno para o comandante; que de repente se chegasse alguma reclamação para ele quanto aquela situação, ele poderia até mesmo me chamar a atenção e perguntar o motivo pelo qual eu não tinha resolvido; que eu tomei uma providência errada, mas com intenção de resolver o problema; que na seção trabalhava eu, o João e o Sgt Camargo; que o João tinha assinado um outro certificado junto com o major no meu impedimento, por isso que eu achei que ele pudesse assinar esse outro documento; que pelo fato de o João ter assinado outro documento antes, junto com o major; que esse documento está nos autos; que foi depois que o comandante me interpelou que eu fiz o recolhimento; que eu já assinei outros certificados quando o major não estava

lá, quando estava viajando, por exemplo; que em relação aos outros casos, eu efetuei o pagamento da guia DAEMS, que eu desconheço não ter sido achado o comprovante destes pagamentos; que eu desconheço o fato de eu ter recolhido pessoalmente outros valores; que eu só sei destes fatos que eu estou sendo acusado; que eu tinha que fazer as vistorias por falta de pessoal; que não tinha como, tinha que fazer; que a pessoa protocola o pedido, o militar faz a vistoria, emite os valores que ela tem que recolher conforme a área construída, ela paga, a pessoa interessada volta no quartel e retira o certificado; que nessa situação do supermercado, eu levei em mãos o certificado, mas eu vistoriei o local, pois se o local não estivesse regular, eu não teria dado o certificado; que eu assinei um recibo no supermercado quando eu peguei o dinheiro."

Então, o MP buscava inicialmente, a condenação do recorrente pelos crimes de inobservância de lei e regulamento, cuja pena é de suspensão do posto, cargo ou função, de 03 meses a 01 ano, tendo sido absolvido e pelo crime de falsidade ideológica, cuja pena é de até 05 anos, e neste caso o conselho desclassificou a conduta para prevaricação.

Como exposto acima, a definição legal do crime de prevaricação se amolda aos fatos relatados na denúncia:

"Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal."

Trata-se de crime que encontra substrato nos fatos descritos na denúncia e na prova dos autos, e, por outro lado, este crime tem pena mais branda do que os tipos penais indicados na denúncia.

Vejamos: Os tipos penais que constavam da denúncia eram:

"Art. 312. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena - reclusão, até cinco anos, se o documento é público; reclusão, até três anos, se o documento é particular."

"Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar:

Pena - se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.", cuja pena é de 06 meses a 02 anos, portanto, mais benéfica para o apelante, pois o crime pelo qual o apelante foi sentenciado possui reprimenda inferior aos daquele em que fora denunciado."

Como a sentença condenou por crime com pena mais branda, claramente não houve prejuízo à defesa, já que a sentença foi mais benéfica ao réu.

E por isso não ocorreu nulidade do feito.

Não há que se falar em nulidade do julgamento, se a desclassificação do delito procedida pelo Conselho de Justiça está em consonância com o que dispõe a Súmula 05 do Superior Tribunal Militar: Súmula nº 5 - (DJ 1 nº 77, de 24/04/95):

> *"A desclassificação de crime capitulado na denúncia pode ser operada pelo Tribunal ou pelos Conselhos de Justiça, mesmo sem manifestação neste sentido do Ministério Público Militar nas alegações finais, desde quando importe em benefício para o réu e conste da matéria fática".*

Rejeita-se assim a nulidade alegada.

Sobre o mérito, cabe analisar o pedido de absolvição, sob alegação de atipicidade da conduta.

A defesa sustentou que o ato praticado pelo apelante seria atípico, ante a inexistência do dolo, porém tal não procede, pois existe plena adequação do fato ao tipo penal do crime de prevaricação, previsto no art. 319, do CPM:

> *"Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de seis meses a dois anos."*

Ora, como ficou claro da análise já brevemente feita acima, o apelante, subtenente - bombeiro militar, apesar de ter confessado os fatos, aduziu que os realizou com o intuito de resolver a morosidade da vistoria no "Supermercado Paraíso", que já tinha feito há tempos o pedido para regularizar o seu funcionamento.

Mas em seu interrogatório deixa claro que o fez por ser pessoa próxima, estando subentendido que procurava beneficiar o estabelecimento, por razões pessoais e não profissionais, veja-se:

> *"(....) que eu conheço o pessoal do mercado; que eu tomei a decisão de assinar respondendo por ele (...) que eu conheço o dono do mercado e ele é um político e na época eu estava trabalhando com ele e eu resolvi pegar o dinheiro (...)".*

Trata-se o apelante de pessoa com experiência na função que exercia, plenamente conhecedor dos procedimentos obrigatórios de vistoria.

A testemunha, o major Waldemir Moreira Junior, comandante do 6º SGBM/CBMMS, em nome do qual João disse ter assinado o certificado de vistoria, afirmou que estava no comando no momento em que o apelante resolveu, sem qualquer tipo de autorização, desrespeitando a ordem cronológica de vistoria, antecipar a realização desta no Supermercado Paraíso (f. 285-286/sistema audiovisual):

> *"Juiz: O senhor autorizou ele a assinar esse termo de vistoria que foi realizado lá no Supermercado Paraíso?*
>
> *Testemunha: Não foi autorizado. (...)"*

O apelante cometeu o crime de prevaricação, pois, consoante demonstrado pelo conjunto probatório, o apelante agiu para satisfazer seu próprio interesse, uma vez que é amigo do dono do supermercado, político conhecido na região, de modo que João queria de algum modo beneficiá-lo, tratando do seu caso antes dos demais.

Com efeito, haveria uma ordem cronológica de vistorias a serem realizadas, mas a prioridade dada e esse estabelecimento demonstra o dolo, de beneficiar aquele estabelecimento, não se respeitou a impessoalidade e moralidade no agir administrativo.

Ademais, os procedimentos feitos foram atípicos, pois, como afirmou a secretária do supermercado Paraíso, Paloma Serpa de Oliveira, quem atendeu o apelante no momento da vistoria, não foi seguido o protocolo exigido para a averiguação do local, que sequer examinou os extintores, bem como dispensou

o pagamento da guia de recolhimento, de maneira inapropriada, conforme transcrição (f. 285-286/sistema audiovisual):

> *Testemunha: Quem foi fazer a vistoria lá no supermercado foi o Nonato, ele foi sozinho lá. Até então eu mesmo que tava lá, eu que recebi o certificado dele, eu que dei o recibo pra ele assinar, ele tava sozinho lá, aí depois de umas duas semanas, eu não me recordo muito bem, aí foi um outro cara lá do bombeiro fazer a vistoria (...) aí eu falei: não, mas eles já fizeram já. Aí eu peguei o recibo que o Nonato tinha assinado e o certificado e entreguei pra eles lá, daí eles foram ver que ele fez a vistoria por conta dele entendeu!? Sem nada a ver com o pessoal do corpo de bombeiro.*
>
> *Juiz: (...) Como que foi a vistoria que ele fez?*
>
> *(...)*
>
> *Testemunha: Olha, de imediato eu achei super estranho, porque ele subiu diretamente lá na minha sala (...) ele já chegou com esse certificado pronto, sendo que tem uma guia pra pagar primeiro né!? Aí eu questionei ele, se não tinha que pagar uma guia lá, aí ele falou que não precisava, perguntei se ele tinha olhado os extintores do mercado e ele falou que não precisava, aí eu falei ah, então tá bom. Aí eu peguei esse certificado, fiz um recibo pra ele fiz o pagamento pra ele mesmo.*
>
> *Juiz: Você deu em dinheiro, em espécie pra ele?*
>
> *Testemunha: Dinheiro, dinheiro. Se eu não me engano o valor foi de 500 reais, 600 reais, se eu não me engano (...) eu até achei que ele ia descer e olhar os extintores, enfim né!? E ele não olhou, ele simplesmente falou que tava tudo ok e me entregou aquele certificado, onde que foi, igual eu falei, que eu questionei da via que tinha que pagar a via né!? aí ele falou que não precisava, só pegou o dinheiro e foi embora (...)*

Está correta a análise feita pelo juiz, explicando a impossibilidade da absolvição:

> *"O que se extrai dos depoimentos é que os fatos se deram em conformidade com a peça inaugural, contudo, é possível concluir que não está presente não ação a intenção de falsificar documento, considerando, para tanto, que os documentos de f. 150-169 nos mostra que essa prática já havia sido realizada aos mesmos moldes e que a demanda era realmente grande, conforme bem informou o comandante da unidade, Maj. Waldemir Moreira Júnior. Portanto, restou claro que o acusado Nonato praticou ato de ofício, consistente em entregar o certificado de vistoria subscrito por ele, mesmo sem ter recolhido a respectiva taxa para satisfazer sentimento pessoal pois, conforme o próprio interrogado, trabalhava com o proprietário do estabelecimento Paraíso Supermercado - político da cidade-, subsumindo, portanto, a sua conduta ao tipo inserto no art. 319, do CPM."*

Entendo que ficou provado o interesse pessoal do recorrente que motivou sua conduta, e era favorecer seu amigo dono do supermercado, dando prioridade ao atendimento de sua requisição de vistoria em detrimento das demais requisições precedentes, assim agindo ao arrepio da lei.

O apelante, quando foi ao supermercado "Paraíso", já levou consigo o certificado de vistoria pronto e assinado pelo próprio, mesmo ciente de que a vistoria ainda não tinha sido realizada e a guia não tinha sido emitida e quitada, atropelando sensivelmente a ordem temporal, os procedimentos sequenciais relativos a atos da administração, e em todo o contexto de circunstâncias, mostrou intenção de beneficiar seu amigo, dando-lhe o certificado que precisava, e assim o fez praticando ato de oficio contra expressa disposição de lei, pois descumpriu normas e dispositivos da Lei Complementar nº 53/90, artigo 26, incisos II e IV e a Norma Técnica nº 01/2013 do Corpo de Bombeiros do Estado.

Assim, é de manter a sentença, por seus fundamentos.

Dispositivo:

Rejeito as preliminares de nulidade.

No mérito, nego provimento ao recurso, com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 14 de agosto de 2018.

***

1ª Seção Criminal
Revisão Criminal nº 1413686-11.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – EXTRAVIO DE ARMA – PRELIMINAR–PRETENDIDADESCLASSIFICAÇÃOPARAAFIGURATÍPICADOPECULATO CULPOSO QUE ADMITE A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – MÉRITO – ALEGADA CONTRARIEDADE ÀS PROVAS – INOCORRÊNCIA – ALEGADA AUSÊNCIA DE CULPA – COMPROVADA NEGLIGÊNCIA NA CONDUTA DO RÉU – SENTENÇA MANTIDA – REVISÃO IMPROCEDENTE.

Inviável o pleito de desclassificação da conduta, pois incide na espécie o princípio da especialidade, na medida em que a conduta praticada pelo requerente se coaduna expressamente com a norma expressa nos artigos 265 e 266 do Código Penal Militar e não naquela consagrada no artigo 303, § 3º, do mesmo estatuto repressivo. Assim, não tratando a hipótese dos autos de crime de peculato culposo, resta prejudicado o pleito quanto a aplicação da causa de extinção da punibilidade pela reparação do dano, conforme preceitua o § 4º do artigo 303 do Código Penal Militar.

Exige-se do miliciano o chamado dever de cuidado objetivo na guarda do armamento colocado à sua disposição pelo Estado. *In casu*, ao admitir que deixou o artefato que estava sob responsabilidade dentro de uma sacola com seus pertences em local grande circulação, e onde não havia acomodação segura o suficiente, o revisionando demonstrou, à saciedade, ter faltado com essa obrigação de cautela, subsumindo-se no tipo penal insculpido no art. 265, c/c o art. 266 do CPM.

Uma vez acertadamente discutidos todos os pontos trazidos em sede revisional quando do transcurso da ação penal, não há que se falar em nova apreciação, mormente a inexistência de provas contundentes que ensejem a necessidade de reexame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, indeferir a revisão criminal.

Campo Grande, 18 de julho de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Erivelto Paixão Passinho ajuíza a presente revisão criminal pretendendo rever a sentença transitada em julgado, proferida nos Autos nº 0003936-35.2014.8.12.0001, que tramitou na Vara da Auditoria Militar Estadual da Comarca de Campo Grande/MS.

Alega que foi condenado pela prática do delito descrito no art. 265 c/c 266, ambos do CPM, a uma pena de 06 meses de detenção, com concessão da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

Preliminarmente, requer seja declarada extinta a punibilidade, com fundamento no art. 123, VI, e no art. 303, § 4º, ambos do CPM, tendo em vista o ressarcimento do dano causado ao erário antes do trânsito em julgado.

No mérito, requer sua absolvição ao argumento de que a decisão foi contrária à prova dos autos, vez que as testemunhas ouvidas comprovaram que sempre foi organizado e cauteloso com o armamento, que possivelmente foi furtado do interior do alojamento utilizado pelos policiais militares, acrescentado que o local não possuía acomodações adequadas, nem mesmo possuindo chaves nos armários.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição da preliminar aventada, e no mérito, pelo indeferimento da revisional.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Erivelto Paixão Passinho ajuíza a presente revisão criminal pretendendo rever a sentença transitada em julgado, proferida nos Autos nº 0003936-35.2014.8.12.0001, que tramitou na Vara da Auditoria Militar Estadual da Comarca de Campo Grande/MS.

De uma análise aos autos originários, extrai-se em síntese, que o requerente, em sentença datada de 21/06/2016 foi condenado pela prática de crime de extravio de arma de fogo, em sua modalidade culposa, tipificado no art. 265 c/c 266, ambos do CPM, a uma pena de 06 meses de detenção, com concessão da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

Como não houve recurso de apelação, o trânsito em julgado da sentença ocorreu em 13/07/2016, conforme f. 268.

Em sede revisional, o requerente requer, preliminarmente, seja declarada extinta a punibilidade, com fundamento no art. 123, VI, e no art. 303, § 4º, ambos do CPM, tendo em vista o ressarcimento do dano causado ao erário antes do trânsito em julgado.

No mérito, requer sua absolvição ao argumento de que a decisão foi contrária à prova dos autos, vez que as testemunhas ouvidas comprovaram que sempre foi organizado e cauteloso com o armamento, que possivelmente foi furtado do interior do alojamento utilizado pelos policiais militares, acrescentado que o local não possuía acomodações adequadas, nem mesmo possuindo chaves nos armários.

Preliminar

Requer o revisionando a aplicação análogica do art. 303, § 4º, e do 123, IV, ambos do CPM, ao caso em exame, que admitem a extinção da punibilidade pelo reparação do dano causado pelo agente ao crime de peculado culposo.

Ocorre que a figura típica em que incidiu o ora requerente, isto é, extravio de armamento na modalidade culposa, não prevê a possibilidade de aplicação da mencionada causa extintiva da punibilidade, sendo certo que os dispositivos em questão são expressos em admiti-la apenas para aquele fato delituoso (peculato culposo), senão vejamos:

"Art. 123. Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição;

V - pela reabilitação;

VI - pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo (art. 303, § 4º)."

"Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de três a quinze anos. (...).

§ 4.º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta."

Assim, incide na espécie:

"O princípio da especialidade, na medida em que a conduta praticada pelo apelante se coaduna expressamente com a norma expressa nos artigos 265 e 266 do Código Penal Militar e não naquela consagrada no artigo 303, § 3º, do mesmo estatuto repressivo, sendo inviável a desclassificação da conduta. Assim, não tratando a hipótese dos autos de crime de peculato culposo, resta prejudicado o pleito quanto a aplicação da causa de extinção da punibilidade pela reparação do dano, conforme preceitua o § 4º do artigo 303 do Código Penal Militar."(TJ-DF, Apelação nº 0001954-76.2014.8.07.0016, Relator: Sandoval Oliveira, Data de Julgamento: 18/08/2016, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 23/08/2016, Pág.: 135/148.).

No mesmo sentido, trilha a jurisprudência:

"APELAÇÃO CRIMINAL – DIREITO PENAL MILITAR – EXTRAVIO DE ARMAMENTO NA MODALIDADE CULPOSA – CRIME MILITAR PRÓPRIO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO – PECULATO CULPOSO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA REPARAÇÃO DO DANO – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. 1. Mantém-se a condenação de policial militar, como incurso no delito do artigo 266 c/c o artigo 265, ambos do Código Penal Militar, quando, em conduta marcada pela negligência, deu causa ao extravio de arma de fogo e carregador a ele acautelados e pertencentes à polícia militar do Distrito Federal. 2. Inviável a desclassificação da conduta para o crime de peculato culposo, previsto no artigo 303, § 3º, do Código Penal Militar, com a consequente extinção da punibilidade, em razão da superveniente reparação do dano, se a prova dos autos demonstra que o militar perdeu armamento que se encontrava sob sua guarda e responsabilidade, não havendo qualquer elemento que aponte que tais bens foram subtraídos, desviados ou apropriados por outrem. 3. Recurso desprovido." (TJDF - Processo APR 20130111491189, Órgão Julgador 2ª Turma Criminal, Publicação Publicado no DJE : 15/02/2016. Pág.: 194, Julgamento 4 de Fevereiro de 2016, Relator Silvânio Barbosa Dos Santos).

> *"POLICIAL MILITAR – APELAÇÃO CRIMINAL – EXTRAVIO DE ARMAMENTO – CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 265 C/C O ART. 266, AMBOS DO CPM – FATOS ADMITIDOS PELO APELANTE – ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE ERRO MATERIAL NA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO ILÍCITO – INOCORRÊNCIA – FALTA DE CUIDADO NO RESGUARDO DO ARMAMENTO – NEGLIGÊNCIA NO PROCEDER – REPARAÇÃO DO DANO – CONDUTA CULPOSA – APELO QUE NÃO COMPORTA PROVIMENTO."* (TJMSP, Processo APR 0069062014, Orgão Julgador 1ª Câmara, Julgamento 11 de Novembro de 2014, Relator Silvio Hiroshi Oyama).

Portanto, inviável a pretendida desclassificação da conduta para aquela do art. 303, § 4º, do CPM, em razão da aplicação do princípio da especialidade.

Mérito

No mérito, o requerente pugna por sua absolvição, ao argumento de que o édito condenatório contrariou à prova dos autos, posto que o desaparecimento da arma não teria se dado por sua ação culposa.

No entanto, analisando detidamente os autos, concluo que não assiste razão a pretensão revisional, porquanto o *decisum* rescindendo encontra-se devidamente fundamentado e escorado nas provas firmes produzidas durante o feito.

Em que pese a tentativa do autor de se eximir da culpa pelo extravio do armamento, ao argumento de que alojamento utilizado pelos policiais militares em Costa Rica/MS não possuía acomodações adequadas, nem mesmo possuindo chaves nos armários, é cediço que no âmbito penal militar, diversamente do que ocorre na legislação repressiva comum, o legislador tratou de especificar o que se entende por culpa.

No art. 33, inciso II, do Código Penal Militar, temos que crime culposo ocorre:

> *"(...) quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo".*

Com efeito, exige-se do miliciano o chamado dever de cuidado objetivo na guarda do armamento colocado à sua disposição pelo Estado. *In casu*, ao admitir que deixou o artefato que estava sob responsabilidade dentro de uma sacola com seus pertences em local grande circulação, e onde não havia acomodação segura o suficiente, o revisionando demonstrou, à saciedade, ter faltado com essa obrigação de cautela, subsumindo-se no tipo penal insculpido no art. 265, c/c o art. 266 do CPM, como bem destacou o ilustre julgador sentenciante:

> *"Com efeito, teve a nítida previsibilidade de que estava desatento em relação ao cuidado objetivo que deveria ter com a arma que estava sob sua cautela quando a acondicionou em uma sacola de roupas, que guardava no interior de um alojamento coletivo. Salienta-se que no local não tinha armários com chaves e além disso havia um grande fluxo de pessoas.*
>
> ***Assim agindo, cristalina a culpa em sentido estrito haja vista não ter observado os mínimos cuidados necessários, a prevenir eventual perda da arma, restando induvidosa a procedência da denúncia, quanto à autoria, materialidade, e correta tipificação dos fatos, que se amoldam perfeitamente à norma legal. Dessa maneira, a condenação do réu é medida que se impõe****." (grifou-se).*

Neste sentido, ao analisar casos análogos, já decidiu este Colendo Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – EXTRAVIO DE ARMA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE CULPA – COMPROVADA NEGLIGÊNCIA NA CONDUTA DO RÉU – SENTENÇA MANTIDA – IMPROVIDO".* (TJMS. Apelação nº 0029171-14.2008.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes, j: 25/05/2009, p: 16/06/2009).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – EXTRAVIO DE ARMA DE FOGO – MODALIDADE CULPOSA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A CONDENAÇÃO – TEMA QUE CONFUNDE COM O MÉRITO – APRECIAÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE DANO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR EM RAZÃO DO RESSARCIMENTO DA ARMA – IMPOSSIBILIDADE – PRÁTICA DELITUOSA PROVADA – NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA – RECURSO IMPROVIDO. Não existe questão prefacial a ser julgada, quando o tema se confunde com o mérito, devendo ser apreciada a matéria no momento oportuno. Mantém-se a condenação, se restou evidenciado nos autos, que o policial militar agiu negligentemente ao deixar sua arma de fogo em seu automóvel, sem nenhuma vigilância e de madrugada, em horário de pouca circulação e quando estava de folga."* (TJMS. Apelação nº 0006729-59.2005.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Stephanini, j: 08/02/2006, p: 02/03/2006).

Em outro aspecto, extrai-se que, não obstante o esforço autoral, este não traz em seu pleito revisional quaisquer pontos congruentes acerca da aludida contrariedade às provas dos autos, tratando-se apenas de mera rediscussão do que já fora suficientemente combatido no transcurso da ação penal.

Ademais, inexistem novas provas que corroborem de forma inequívoca quaisquer erros na decisão condenatória, ou ainda, qualquer ilegalidade a ser sanada em via revisional, de modo que o bojo probatório trazido é incapaz de conduzir à procedência pleiteada pelo requerente.

Ante o exposto, com o parecer, julgo improcedente a presente revisão criminal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, indeferiram a revisão criminal.

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 Emerson Cafure, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 18 de julho de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0004541-39.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS CONDUTAS – HABITUALIDADE – REITERAÇÃO CRIMINOSA – RECURSO DESPROVIDO.

É iterativa a jurisprudência do STJ e deste órgão colegiado, no sentido de que o Código Penal Brasileiro adota a teoria mista para o reconhecimento do crime continuado, previsto no art. 71, de modo que sua configuração demanda o preenchimento dos requisitos objetivos contidos no dispositivo (mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) bem como do subjetivo, qual seja, a existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados. No caso concreto, não restou demonstrado que os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, foi um desdobramento previamente planejado para ser uma sequência do primeiro, não havendo um liame causal entre um e outro.

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, 28 de agosto de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Fabiane Meira Gouveia interpõe agravo de execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª vara de execução penal da comarca de Campo Grande, que indeferiu o pleito de reconhecimento de continuidade delitiva referente aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33, *caput* e 35, ambos da Lei nº 13.343/06), requerendo o provimento do recurso para o fim de reconhecer a continuidade delitiva dos aludidos crimes.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, bate-se pelo desprovimento do recurso (f. 300-311).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo em execução (f. 325-330).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Fabiane Meira Gouveia contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª vara de execução penal da comarca de Campo Grande, que indeferiu o pleito de reconhecimento de continuidade delitiva referente aos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33*, caput* e 35, ambos da Lei nº 13.343/06), requerendo o provimento do recurso para o fim de reconhecer a continuidade delitiva dos aludidos crimes.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, bate-se pelo desprovimento do recurso (f. 300-311).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo em execução (f. 325-330).

Não havendo preliminares e prejudiciais, passa-se ao exame da matéria de fundo.

Mérito

A agravante Fabiane Meira Gouveia pugna pela unificação das penas alegando a ocorrência da continuidade delitiva, alegando estarem preenchidos os requisitos do artigo 71 do Código Penal.

O *Parquet* manifestou pelo indeferimento do pedido, porquanto a conduta da sentenciada não caracteriza uma forma progressiva do mesmo fato delituoso, e sim uma série de crimes de mesma espécie, a desmerecer a benesse legal.

O juízo da 1ª Vara de Execução Penal da comarca de Campo Grande/MS, indeferiu o pedido da agravante sob os seguintes fundamentos:

> *" (...) O reconhecimento da continuidade delitiva implica em admitir a existência de circunstâncias semelhantes entre os delitos, tendo como circunstâncias as condições de tempo, lugar e modo de execução (art. 71 caput, CP), além da unidade de desígnios, requisito subjetivo para identificação do crime continuado, de modo que se mostra necessária a diferenciação entre a continuidade delitiva e a habitualidade delitiva.*
>
> *A distinção busca afastar o benefício do crime continuado para os criminosos habituais, que fazem do crime seu modus vivendi. Do contrário, estar-se-ia fomentando a prática de delitos repetidos.*
>
> *Cumpre ressaltar que na habitualidade delitiva ocorre a sucessão planejada dos crimes, enquanto no crime continuado, ocorre a sucessão circunstancial dos mesmos.*
>
> *(...)*
>
> *No presente caso, têm-se ausente os requisitos objetivo e subjetivo, visto que não se encontram presentes circunstâncias semelhantes de tempo e lugar e, concomitantemente, não se observa unidade de desígnios entre os crimes. Nota-se de maneira incontestável a sucessão planejada, visto que a interna continuou a coordenar o tráfico de dentro do presídio, restando configurada a habitualidade criminosa.*
>
> *Ante o exposto, denota-se a ausência dos requisitos necessários para configuração da continuidade delitiva, motivo pelo qual indefiro o pedido de f. 567-585."*

Com efeito, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, assume-se que o(s) subsequente(s) é uma continuação do primeiro, configurando, pois, o crime continuado nos termos do art. 71 do Código Penal.

No caso versando, em que pese a agravante ter demonstrado se tratar de crimes de mesma espécie (tráfico de drogas e associação para o tráfico), constato a ausência dos requisitos legais, uma vez que não se encontram presentes circunstâncias semelhantes de tempo e lugar (requisito objetivo) e vontade previamente planeada para a execução dos crimes em continuidade (requisito subjetivo). Aliás, como bem salientou o douto juízo *a quo "Nota-se de maneira incontestável a sucessão planejada, visto que a interna continuou a coordenar o tráfico de dentro do presídio, restando configurada a habitualidade criminosa".*

A esse respeito, cito jurisprudência deste órgão colegiado:

> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE QUATRO DELITOS DE ROUBO OBJETOS DE QUATRO GUIAS DE RECOLHIMENTO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – REQUISITOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS – REITERAÇÃO CRIMINOSA CARACTERIZADA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. O reconhecimento da ficção jurídica da continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, demanda a reunião dos requisitos de ordem objetiva (mesma espécie e condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e de ordem subjetiva (vontade previamente planejada para a execução de crimes em continuidade), o que não se vislumbra na situação posta, eis que evidenciada a mera reiteração da prática criminosa, configurada pela sua habitualidade delitiva. Com o parecer, recurso improvido* (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0019155-83.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 01/08/2017, p: 15/08/2017).

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE DELITOS DE ROUBO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – REQUISITOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS – AUSÊNCIA DE NEXO ENTRE AS CONDUTAS – DECISÃO MANTIDA – AGENTE CRIMINOSA HABITUAL – RECURSO IMPROVIDO. O reconhecimento da ficção jurídica da continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, demanda a reunião dos requisitos de ordem objetiva (mesma espécie e condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e de ordem subjetiva (vontade previamente planejada para a execução de crimes em continuidade. Não estão tais requisitos presentes na situação posta, em que não restou demonstrado que o segundo delito foi um desdobramento previamente planejado para ser uma sequência do primeiro, não havendo um liame causal entre um e outro, e sendo evidente a autonomia de cada um e a habitualidade criminosa dão agravante. Com o parecer, agravo improvido.* (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0044106-15.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 05/04/2016, p: 11/04/2016).

Acerca do vínculo entre as condutas, assim tem decidido o Tribunal da Cidadania:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBO SIMPLES – CONCURSO MATERIAL – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – IMPOSSIBLIDADE – DESÍGNIOS AUTÔNOMOS.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte adota a teoria mista para o reconhecimento do crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, de modo que sua configuração demanda o preenchimento dos requisitos objetivos contidos no dispositivo (mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) bem como do subjetivo, qual seja, a existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados.*
>
> *Precedentes do STJ e do STF:* HC 110.002, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, processo eletrônico DJe-250, divulgado em 18/12/2014, publicado em 19/12/2014; RHC 117.702, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, processo eletrônico DJe-241, divulgado em 6/12/2013, publicado

em 9/12/2013; RHC 107.761, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe-175, divulgado em 12/9/2011, publicado em 13/9/2011, Ement Vol-02585-01 PP-00170; HC 95.753, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-148, divulgado em 6/8/2009, publicado em 7/8/2009, Ement Vol-02368-03 PP-00602.

2. Tendo as instâncias ordinárias concluído ter havido desígnios autônomos na prática das condutas, não é possível modificar esse entendimento em sede extraordinária, ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp 1247561/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018).

Portanto, não merece a agravante a unificação das penas em razão de suposto crime continuado, eis que ausente os requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

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, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 28 de agosto de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001577-58.2014.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – PEDIDO DE CONDENAÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – FURTO FAMÉLICO – CONDUTA ACOBERTADA PELA EXCLUDENTE DE ESTADO DE NECESSIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

Resta caracterizado o furto famélico se a subtração da carne bovina foi perpetrada pelo réu com o objetivo de saciar necessidade urgente e relevante, precisamente sua fome e de sua família.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento unânime. Com ressalvas do revisor. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 4 de setembro de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe apelação em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã, nos Autos nº 0001577-58.2014.8.12.0019, que absolveu Marco Lino Pontes da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, com base no artigo 386, inciso III, do Código Penal.

Postula a reforma para ver o réu condenado pela prática do delito imputado.

As contrarrazões encontram-se às f. 364-369.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã, nos Autos nº 0001577-58.2014.8.12.0019, que

absolveu Marco Lino Pontes da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, com base no artigo 386, inciso III, do Código Penal.

Segundo consta, o apelado foi denunciado pela prática da conduta descrita no artigo 155, § 4º, inciso IV do Código Penal, porquanto, no dia 21 de abril de 2008, por volta das 08h00, na Fazenda Barbaquá, localizada na vizinhança do Assentamento Itamarati, em Ponta Porã (MS), juntamente com Edson Mota dos Reis e José Aparecido Batassim da Silva, agindo em unidade de desígnios e ainda na companhia de outro indivíduo identificado apenas como Jasse, subtraíram para si um bezerro de propriedade da vítima Eduardo Moreira Jaques. Consta dos autos que abateram e carnearam o animal no local, dividindo entre si a *res furtiva* para que levassem às suas respectivas residências.

O processo foi desmembrado com relação ao recorrido e permaneceu suspenso entre 16/11/2011 a 08/04/2014, quando retomou seu curso.

Ao final da instrução, sobreveio a sentença impugnada absolvendo o réu com base no artigo 386, inciso III, do Código Penal, ante o reconhecimento de que o caso envolve furto famélico.

Em suas razões, o MPE postula a reforma para ver o réu condenado pela prática do delito imputado, pois, na sua compreensão, o caso não se enquadra no conceito de furto famélico, o valor da *res furtiva* era expressivo e o furto, na forma qualificada, impede a aplicação do princípio da insignificância.

Razão não lhe assiste.

A fundamentação explicitada na sentença, que não foi concretamente infirmada pelo recorrente, denota irrefutavelmente a atipicidade penal da conduta imputada ao recorrido, consoante se infere a seguir:

> *"A autoria é inconteste. A profissão do réu é a de pescador. Disse que a situação estava precária e não tinha nem arroz para comer. Ele plantava arroz e feijão mas nessa época estava feia a coisa, não tinha nem semente de arroz. Nesse dia foram caçar, não acharam nada, e na volta abateram o gado. A carne era para consumo e quando foi apreendida ela ainda estava secando.*
>
> *A testemunha de f. 145 confirmou o furto do gado de 300 quilos, e que não foi restituído o prejuízo à vítima. Disse que encontraram o gado carneado.*
>
> *A testemunha de f. 147 disse que encontraram o animal morto, e, seguindo o rastro, localizaram um balde cheio de carne. Disse que o furtador era uma pessoa que passava por dificuldades financeiras, que não morava em uma casa e sim em um barraco de lona, e que tinha algumas filhos crianças pequenas.*
>
> *A testemunha de f. 149 disse que durante buscas encontraram uma certa quantia de carne e que o local onde o réu morava era uma localidade em que há muita carência, muita dificuldade, e que o réu é visto como uma pessoa de bem. Perguntado sobre as condições de vida disse que é 'terrível' e morava em um barraco, e tinha dois a três filhos, e não tinha o que comer em casa.*
>
> *O caso reúne todos os elementos do furto famélico. Conforme se observa dos depoimentos acima mencionados, embora se tratasse de uma cabeça de gado que pesaria 300 quilos, não houve o furto do gado completo, e sim partes da carne do gado, portanto não é correto dizer que houve furto de 300 quilos de carne. Além disso, o furto foi de comida e para consumo próprio.*
>
> *Todos os depoimentos indicam que a situação financeira e de moradia do réu era péssima, que ele e sua família, incluindo ao menos duas crianças estavam passando*

fome, e não tinham nem semente para plantar. Sua profissão de pescador e ele é primário. Trata-se de uma situação excepcional, prevista na doutrina e jurisprudência, que exclui a culpabilidade do crime, de modo que deve ser absolvido."

Como visto, embora de forma sucinta, foi demonstrado que o caso versa a respeito de réu sem profissão formal e em situação de absoluta miserabilidade, que morava com sua família em um "barraco" sob condições classificadas como "terríveis". Ainda, consta que ele e sua família, incluindo ao menos duas crianças, estavam passando fome, motivo pelo qual subtraiu parte da carne do bovino abatido para saciá-la.

Não há dúvida, por corolário, que a subtração foi perpetrada para saciar necessidade urgente e relevante. Em verdade, a carne foi subtraída para a sobrevivência do acusado e de sua família.

O argumento relacionado ao valor do gado à época do fato não tem relevância, pois o sacrifício do animal, nas condições informadas, era razoável exigir. Ademais, o réu subtraiu para si apenas parte da carne.

Ainda, pouco importa se a conduta foi perpetrada em concurso de agentes, pois o caráter famélico do furto desveste o comportamento da antijuridicidade (cf. Rodríguez, Víctor Gabriel. Fundamentos de Direito Penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229-230; *HC* 400.041/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018).

A alegação de que o coautor foi condenado nos Autos nº 0103092-49.2008.8.12.0019 nada modifica, pois não refuta a conclusão de que o recorrido agiu acobertado pela excludente de estado de necessidade.

Portanto, o recurso deve ser desprovido.

De todo modo, uma observação é pertinente: se por hipótese fosse provido o presente recurso, muito provavelmente a condenação restaria fulminada pela prescrição da pretensão punitiva estatal na forma intercorrente, diante da pena projetada para o réu e dos marcos interruptivos a serem considerados neste processo.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã, nos Autos nº 0001577-58.2014.8.12.0019, que absolveu Marco Lino Pontes da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, com base no artigo 386, inciso III, do Código Penal.

Nas razões recursais, o Ministério Público Estadual postula a reforma da sentença para ver o réu condenado pela prática do delito imputado, pois, na sua compreensão, o caso não se enquadra no conceito de furto famélico, pois o valor da *res furtiva* era expressivo e o furto, na forma qualificada, impede a aplicação do princípio da insignificância.

O Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Acompanho o relator para negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, todavia, com as seguintes ressalvas:

Verifica-se dos autos do processo, pelos elementos de provas colhidos, indicação de que o fato tenha ocorrido pelas circunstâncias apontadas pelo apelado que, embora reprováveis, visto que se apoderou de bem alheio, são justificáveis pela situação de miséria que passava no momento dos fatos, comprometendo a própria alimentação e de sua família.

Não se pode, como regra, dar-se suporte a fatos dessa natureza, no entanto, há que se analisar as circunstâncias do caso concreto, e no presente caso verifica-se que a ação do réu, como dito, apesar de reprovável revela-se plausível de compreensão, pela referida condição, tanto que como assentado pelo relator, embora tenha abatido o animal, o apelado limitou-se a carregar apenas uma parte da carne, o que evidencia que não visava obter lucro fácil.

Com essas ponderações, acompanho o relator para negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime. Com ressalvas do revisor. 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, 4 de setembro de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0100489-83.2012.8.12.0044 - Sete Quedas
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – DUPLO HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO – DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA DUPLO HOMICÍDIO CULPOSO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – ANULAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Constatando-se que a decisão dos jurados, que desclassificou a imputação de duplo homicídio doloso qualificado para duplo homicídio culposo, é manifestamente contrária às provas dos autos, impõe-se anulação a fim de que o réu seja submetido a novo julgamento, conforme mandamento expresso do artigo 593, III, "d", e § 3º, do Código de Processo Penal.

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 o recurso unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 11 de setembro de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Sete Quedas (MS), que em decorrência do veredicto proferido pelo Conselho de Sentença, condenando Carmo Casturino Machado pela prática do crime previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 69 do Código Penal, o apenou a 02 anos e 06 meses de detenção, em regime aberto, substituindo-a por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana.

Postula em resumo a anulação do julgamento, por considerar que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Sete Quedas (MS), que em decorrência do veredicto proferido pelo Conselho de Sentença, condenando Carmo Casturino Machado pela prática do crime previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 69 do Código Penal, o apenou a 02 anos e 06 meses de detenção, em regime aberto, substituindo-a por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana.

Consta da denúncia:

> *"(...) no dia 11 de setembro de 2012, por volta das 15:00 horas, na Fazenda Santo Domingo, no município de Paranhos, o denunciado Carmo Casturino Machado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com animus necandi, por motivo fútil, utilizando-se de um revólver marca Taurus, calibre 38, desferiu tiros a queima-roupa contra as vítimas Devainir Viaro e Jorge Ilário Achucarro Roman, as quais vieram a óbito conforme declaração pertinente de f. 34, 46 e auto de verificação em local de crime de f. 41-45. Segundo consta do expediente policial, no dia, horário e local especificados, as vítimas Devalnir Viaro e Jorge Hilário, e o denunciado Carmo Casturino Machado encetaram uma discussão por motivo de somenos, consistente no fato de que Davalnir teria dito para o denunciado que 'seu filho não tinha cuidado direito de um cavalo', ao que disse que 'o problema é que não tinha pasto'. No seio dessa desídia, após Devalnir supostamente ter afirmado que o denunciado 'não era homem', este abrupta e inesperadamente, sacou de um revólver calibre 38 e desfechou um tiro a queima-roupa contra Devalnir e na sequência contra Jorge. Após tal conduta, Carmo empreendeu fuga, momento em que tropeçou e bateu o rosto em um cupim, quando foi alcançado pelas testemunhas Dhony e Francisco Vilhalva que sugeriram ao mesmo que 'se entregasse' instante em que amarram-no. Comunicado, Luiz Bezerra de Araújo, proprietário da fazenda 'Porto Domingo', localizada no município de Paranhos, onde ocorreram os fatos, pediu que fosse comunicada a polícia que, ao chegar no distrito, efetivou a prisão em flagrante do denunciado. Interrogado em sede policial, o denunciado confessou a autoria dos fatos (f. 13-14). Frise-se, outrossim, que o denunciado agiu por motivo fútil, uma vez ceifou a vítima Devanir e Jorge, em virtude de uma discussão de somenos importância que havia ocorrido momento anterior ao acontecimento dos fatos, o que denota a avantajada desproporção entre o resultado e a motivação que nele se fundamenta. (...)"*

Pronunciado e submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri (f. 271-277), o Conselho de Sentença respondeu positivamente no tocante aos quesitos relativos à materialidade (primeiro) e autoria delitiva (segundo). O terceiro quesito, indagando aos jurados se a conduta do réu, provocando a morte das vítimas, decorreu de culpa, consistente em imprudência em atirar a esmo, também foi respondido positivamente, operando-se a desclassificação para o delito de homicídio culposo, por duas vezes.

Em seu recurso, o MPE postula em resumo a anulação do julgamento, por considerar que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

O recurso merece provimento.

Registro, inicialmente, que os veredictos do Tribunal do Júri são soberanos e não podem ser revistos (art. 5.º, XXXVII, "c", da Constituição Federal), salvo quando manifestamente contrários à prova dos autos (CPP, artigo 593, inciso III, alínea d).

O Supremo Tribunal Federal já exarou que:

> *"(...) a mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalide a manifestação decisória do Conselho de Sentença, quando esta se puser em situação de evidente antagonismo com a prova existente nos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri, eis que, em tal hipótese, a cassação do ato decisório, determinada pelo órgão judiciário 'ad quem', não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do próprio Tribunal do Júri"* (HC 84486 AgR, Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010. No mesmo sentido: HC 100.693/ES, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 13/9/11. HC 112268, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012; HC 104.301/ES, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/02/2011; HC 84.486-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010; HC 104.301/ES, Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 4/3/11; HC 2.812/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Eros Grau, DJe de 22/2/08).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça,

> *"(...) anula-se o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea d, nas hipóteses em que a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se completamente da prova dos autos"* (REsp 680.286/AP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/03/2007; REsp 809.680/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/10/2006).

Assentou-se, noutro julgado, que:

> *"(...) manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão arbitrária, dissociada do conjunto fático-probatório produzido"* (REsp 212619/PR, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 08/08/2000).

A doutrina, de sua parte, ensina que a anulação da decisão é possível nas hipóteses em que resta evidenciado que o Conselho de Sentença equivocou-se adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Afasta-se essa possibilidade, no entanto, quando os jurados optam por uma das correntes possíveis de surgir (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 959).

Pois bem, analisando os presentes autos é possível inferir que a decisão do Conselho de Sentença, ao desclassificar a imputação de homicídios dolosos para culposos, por imprudência, é manifestamente contrária à prova dos autos.

Consoante se infere, o réu foi interrogado apenas na seara extrajudicial, dizendo nessa ocasião o seguinte:

> *"(...) na data de ontem por volta das 15h00min, o interrogando se deslocou ao pasto para a lida com o gado, chegando ao local se encontra a pessoa de Francisco na lida, logo em seguida chegou ao local as pessoas de Devalnir e Jorge, que residem em uma fazenda vizinha. Que todos sentaram a sombra de uma árvore e começaram a tomar tereré, conversando normalmente, quando Devalnir iniciou uma conversa de que o filho do interrogando, Cleberson, não tinha cuidado direito de um cavalo que é da fazenda de Luiz, sendo que o interrogando disse a Devalnir que seu filho cuidava sim direito dos cavalos, dava milho, mandioca, mas que aquele cavalo estava na área onde os índios invadiram, motivo pelo qual o cavalo estava magro. Devalnir então disse que não era nada disso não, e que o filho do interrogando não zelava do cavalo mesmo, sendo o interrogando disse a Devalnir: 'você não pode falar isso', e Devalnir disse: 'não, eu falo, eu sou homem',*

quando então após estas palavras, Devalnir levantou os braços e fez menção de se levantar, momento em que o interrogando sacou de um revólver que tinha na cintura e efetuou um disparo contra Devalnir e contra Jorge, sendo que este também fez gesto de se levantar, sendo que o interrogando ficou com medo de Jorge. Que o interrogando saiu correndo, a pessoa de Francisco disse para parar e se entregar, o interrogando acabou caindo, bateu o rosto contra um cupim, se levantou, mas resolveu se entregar, deitou no chão e jogou o revólver distante de seu alcance (...). Que o interrogando não se recorda de quanto disparos efetuou, afirmando que não fez mira, atirando a esmo. Que o interrogando atirou porque ficou com medo, pois já ouviu comentário de Devalnir era uma pessoa nervosa e violenta e também já tinha ouvido falar que o mesmo já tinha cometido homicídio. Que o interrogando não foi ao local dos fatos para tirar a vida de ninguém (...)"

Como visto, não há nenhuma palavra dita pelo réu que eventualmente pudesse indicar que as condutas por ele perpetradas ocorreram com violação do dever de cuidado. Noutros termos, em seu interrogatório extrajudicial não há indicação de que teria agido no campo subjetivo da imprudência. Ao contrário, denota-se que o réu buscou sustentar a excludente de legítima defesa putativa. Assim, o resultado naturalístico, consistente na morte dos ofendidos, não ocorreu involuntariamente, como exige os delitos culposos. Aliás, há incompatibilidade entre a legítima defesa putativa alegada, oriunda de fato voluntário, e a imprudência, que deve decorrer da involuntariedade, lembrando que o presente caso não envolve excesso culposo.

Em verdade, denota-se que a desclassificação ocorrida em plenário deu-se em razão da afirmação do réu no sentido de que "*não fez mira, atirando a esmo*". Porém, a simples ausência de mira não torna culpáveis as infrações. Afinal, ainda que eventualmente tenha atirado a esmo, o réu quis atirar em face dos ofendidos querendo ou esperando determinado resultado naturalístico, o qual, portanto, não decorreu de ato involuntário.

Cumpre salientar que as testemunhas ouvidas nada mencionaram que pudesse corroborar a decisão tomada em plenário.

Com efeito, os policiais civis Marcilio de Souza e Atanasio Barbosa Silveira (f. 7-8 e 10-11) narraram que a testemunha ocular Francisco afirmou que o acusado e a vítima Devalnir iniciaram uma discussão, em razão de um cavalo, sendo que em dado momento, o réu sacou uma arma de fogo e disparou contra as vítimas.

Note-se que o supracitado policial civil Marcílio de Souza afirmou em juízo o seguinte (f. 183-184):

"MP: O senhor que atendeu essa ocorrência?

Depoente: Sim senhor.

MP: O que o senhor se recorda?

Depoente: No dia 11 de setembro nós estávamos em audiência aqui na Comarca, eu, o Ramao Roniclei e Atanásio Silveira, são policiais também lotados na cidade de Paranhos. Aqui ainda nós recebemos uma solicitação para atender uma ocorrência na fazenda Porto Domingos com duplo homicídio, no caminho já no interior da fazenda nós cruzamos com a viatura da polícia militar que já estava conduzindo o Carmo Casturino, então nós demos prioridade que já ia anoitecer de ir até o local para fazer um levantamento. No local próximo a uma árvore, que nessa árvore estava pendurado um rádio comum de ouvir música, e dois corpos há exatos 03 metros da árvore se encontrava o Jorge, os dois em decúbito dorsal, o Jorge decúbito dorsal apresentando uma perfuração no abdômen e há 17 metros da árvore o Delvanir em decúbito dorsal também apresentando uma perfuração na região torácica, foram feitos os levantamentos, levantamento fotográfico, ai passamos na sede da fazenda onde o proprietário Luiz Bezerra fez a entrega de uma arma, um revólver Tauros calibre 38 que foi apreendido e nós voltamos a delegacia, a polícia militar depois conduziu até a delegacia e no dia seguinte foi lavrado o flagrante.

MP: E o senhor chegou a conversar com o réu? Com o Carmo?

Depoente: Muito pouco, ele assumiu perante o escrivão e aos demais a autoria e relatou o que teria acontecido no local e depois eu não tive mais nenhum contato com ele.

MP: O motivo o senhor se recorda de ele ter comentado?

Depoente: Sim. Naquela oportunidade ele disse que houve uma discussão devido às duas vítimas teriam provocado ele em relação ao filho sobre maus tratos de um animal, e ele se exaltou e acabou provocando, cometendo esse duplo homicídio.

MP: A discussão assim... só para eu entender melhor o que os dois que faleceram acabaram tirando sarro, como foi a discussão?

Depoente: Isso segundo o autor, esses dois estavam sentados ali próximos a árvore quando ele chegou ao local e o Delvanir teria caçoado do filho dele porque o filho dele não sabia como tratar de um animal, se não me engano falou que o animal estava até magro e com alguma sequela devido o trabalho ao mau trato e ele?

MP: Ele se enfezou só por conta disso?

Depoente: Se enfezou exato e cometeu. (...)"

Por sua vez, o policial civil Ramão Roniclei Bruno relatou, sob o crivo do contraditório (f. 181-182):

"(...)

MP: Você participou da... fez a perícia ali no local junto com o pessoal? O que você constatou ali? O pessoal da perícia foi junto com vocês?

Depoente: Na verdade fizeram o levantamento ali, os meus colegas né. Tudo indica que eles estavam próximos e foi uma coisa repentina porque os corpos estavam muito próximos um do outro, o local onde eles estavam sentados e a distância.

MP: Você lembra se tinha alguma arma, alguma faca com as vítimas?

Depoente: Não me recordo.

MP: A arma do acusado foi apreendida?

Depoente: Sim, quando nós chegamos à propriedade a primeira pessoa que contatamos foi o proprietário e ele prontamente já apresentou a arma do crime.

MP: Você chegou a ter algum contato com o réu nesse dia? O senhor disse que ele estava voltando junto com a polícia militar e vocês estavam chegando, o senhor chegou a falar com ele?

Depoente: Não. Só depois na delegacia quando ele foi ouvido.

MP: E o que ele falou na delegacia, você lembra?

Depoente: Ele falou que estava trabalho ali de rotina, chegou lá e sentaram ali conversando e teve essa discussão por causa de um dito cavalo lá e onde houve o desentendimento.

MP: E ele confessou que foi ele quem atirou?

Depoente: Sim confessou.

MP: Sem mais Excelência. (...)"

Por sua vez, a testemunha ocular Francisco Vilhalva Gonçalves, foi ouvida somente na seara administrativa, ocasião em disse (f. 12-13):

> *"O depoente é funcionário da fazenda de propriedade de Luiz Bezerra, na data de ontem se encontrava com seu irmão Dhony na lida com o gado em meio ao pasto, chegou ao local Carmo também para lidar com o gado, sentaram na sombra de uma árvore, logo depois chegou Devalnir e seu empregado Jorge no local, já que residem em uma fazenda vizinha, Dhony, tinha saído para buscar água; que, todos estavam sentados, começaram a tomar tereré, então Devalnir disse a Carmo que o filho dele não tinha cuidado direito de um cavalo, o animal estava magro, Carmo disse que não era isso, o problema é que não tinha pasto, então os dois iniciaram uma discussão, em certo momento Devalnir disse a Carmo que ele não era homem, quando então Carmo sacou de sua cintura um revólver e quase a queima roupa atirou em Devalnir e em ato contínuo contra Jorge, nisso o depoente se levantou e correu para trás da árvore, Carmo saiu correndo tropeçou e caiu, momento em que chegou Dhony, o depoente e Dhony foram correndo em direção a Carmo e disseram a ele 'para, se entrega', Carmo permaneceu caído, jogou o revólver e não reagiu, então detiveram o mesmo amarrando suas mãos (...)*

Ademais, também perante a autoridade policial, a testemunha Dhony Vilhalva Gonçales (f. 14), disse que estava no pasto, com os demais; saiu para buscar água e, ao retornar, ouviu disparos de arma de fogo, sendo que correu em direção ao grupo e presenciou o acusado correndo, enquanto Francisco dizia a Carmo que parasse e se entregasse. Por fim, a testemunha Dhony relatou que ficou sabendo por seu irmão que Carmo e Devalnir tiveram uma discussão, sendo que o réu atirou neste último bem como em Jorge.

Tem-se, ainda, o depoimento judicial do proprietário da fazenda onde ocorreu o delito, Luiz Bezerra de Araújo, que presenciou ou fatos e contou (f. 186-189):

> *"Juíza: Boa tarde, o senhor pode falar seu nome completo, por favor?*
>
> *Depoente: Boa tarde. Luiz Bezerra de Araújo.*
>
> *Juíza: Senhor Luiz, o senhor tem algum parentesco com as partes aqui desse processo, com Carmo Casturino Machado ou com alguma das vítimas?*
>
> *Depoente: Eles são funcionários meus né.*
>
> *Juíza: Mas não tem nenhum parentesco?*
>
> *Depoente: Não.*
>
> *Juíza: Então o senhor está compromissado com o dever de dizer a verdade sobre tudo o que o senhor souber a respeito dos fatos e tudo que lhe for perguntado, sob a pena de incorrer sob o falso testemunho. Passo a palavra ao Ministério Público (...)*
>
> *MP: E aí o que aconteceu?*
>
> *Depoente: Aí por causa desse cavalo, quando eles trouxeram o cavalo para a fazenda cá veio bem magro, bem acabado.*
>
> *MP: Eles recuperaram o cavalo que estava com os índios?*
>
> *Depoente: É que estava com os índios, verdade. Aí esse tal de Devanir, muito brincalhão, estava sempre brincando e dando risada, ele falou: que nada rapaz quem*

matou o cavalo (ininteligível) lá não foi os índios não, foi o teu filho.

MP: O filho do Carmo?

Depoente: Filho do Carmo sim. Aí ele sacou a arma e já matou os dois em seguida assim, sem discussão e sem nada.

MP: Não teve nenhuma discussão?

Depoente: Nada, nada, nada, nada, nada, que eu estava junto.

MP: Depois que ele falou quem pegou o cavalo foi o seu filho, não foram os índios, ele sacou o revólver e atirou?

Depoente: E atirou os dois (ininteligível).

MP: O senhor presenciou?

Depoente: Eu estava junto.

MP: E ai depois, ele atirou e o que aconteceu?

Depoente: Ele correu.

MP: O Senhor Carmo correu?

Depoente: O Senhor Carmo correu, aí o tal de Johnny e o Francisco.

MP: Foram atrás dele?

Depoente: Foram atrás dele e pegou.

MP: Os dois também presenciaram?

Depoente: Presenciaram. (...)

MP: Mas o senhor tem certeza que antes dele sacar o revólver não houve nenhuma discussão?

Depoente: Nenhuma, nada, nada, nada, não teve discussão.

MP: O rapaz brincou?

Depoente: (Ininteligível) inclusive estava deitado assim de bruços e eu estava sentado (ininteligível) pegou e correu. Não sei o que deu naquele homem.

MP: Os outros conseguiram se defender ou não esperavam?

Depoente: Ninguém esperavam, foi uma coisa que eu não sei como ele não atirou em nós também, né.

MP: O Senhor Carmo pelo que o senhor conhece teve antes desse dia já tinha tido algum problema com o Devanir e com o Jorge?

Depoente: Não. (...)"

Assim, inexiste prova ou mesmo indício de que os homicídios ocorreram por imprudência do recorrido.

Aliás, muito embora a defesa técnica tenha se esforçado com o intuito de preservar o veredicto, não apontou nenhum elemento corroborando a tese de duplo homicídio culposo sufragada pelo Conselho de Sentença. Vale dizer, a defesa não mencionou nenhum elemento destinado a demonstrar que o réu agiu imprudentemente. Ao revés, toda argumentação desenvolvida em contrarrazões imbrica-se com a alegação de legítima defesa putativa, tanto que buscou desqualificar os ofendidos, apontando-as como "pistoleiros" e "matadores".

Assim, uma vez que a decisão dos jurados foi manifestamente contrário às provas dos autos, impõe-se anulação a fim de que o réu seja submetido a novo julgamento, conforme mandamento expresso do artigo 593, III, "d", e § 3º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual para anular o julgamento impugnado, devendo o recorrido Carmo Casturino Machado ser submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

Decisão em conformidade com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram o recurso unânime. Decisão 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, 11 de setembro de 2018.

***

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000191-96.2015.8.12.0038/50000 - Nioaque
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – DESOBEDIÊNCIA – ATIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A desobediência a ordem de prisão, pelo réu, não tipifica o crime do artigo 330 do CP. É que a intenção natural de fuga, de quem se esquiva a uma ordem de prisão, não se confunde com a intenção de desprestigiar ou atentar contra a dignidade da Administração Pública.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, dar provimento aos embargos infringentes.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Claudiney de Arruda Martins em face do acórdão proferido pela e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, nos Autos nº 0000191-96.2015.8.12.0038, que, em decisão majoritária, proveu o recurso interposto pelo MPE para condená-lo como incurso nas penas do artigo 330 do Código Penal (desobediência).

Postula a prevalência do voto mais favorável proferido pelo e. Des. Geraldo de Almeida Santiago, que negava provimento ao recurso ministerial para manter a sentença absolutória no tocante ao referido delito.

A Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Claudiney de Arruda Martins em face do acórdão proferido pela e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, nos Autos nº 0000191-96.2015.8.12.0038, que, em decisão majoritária, proveu o recurso interposto pelo MPE para condená-lo como incurso nas penas do artigo 330 do Código Penal (desobediência).

Segundo consta, em primeira instância o recorrente foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e 330, do Código Penal, com base nas seguintes asserções:

> *"(...) no dia 07 de fevereiro de 2015, por volta das 20h38m in, na Av. Retirada da Laguna, próximo ao trevo de saída para Guia Lopes de Laguna/MS, neste município, o denunciado Claudiney de Arruda Martins, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, ofereceu e vendeu 20 gramas da droga cannabis sativa linneu, vulgarmente conhecida com o maconha, ao senhor Otacílio Ramires de Souza, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme se extrai do auto de exibição e apreensão de f. 25-26 e do laudo de constatação preliminar de f. 29. Infere-se dos autos, pois, que, na data e local acima, os policiais militares Marcelo Dehn Freitas e Roney dos Santos Freitas realizavam patrulhamento na área, quando perceberam duas pessoas em atitude suspeita e em local ermo. Com isso, abordaram um deles, qual seja, Otacílio Ramires de Souza, visto que o outro, Claudiney de Arruda Martins, ora denunciado, ao perceber a aproximação dos policiais, evadiu-se do local. Ato contínuo, os policiais revistaram Otacílio, ocasião em que encontraram um a 'trouxinha' de substância análoga à 'maconha', em seu bolso, e que este revelou que havia acabado de comprar a droga de Claudiney de Arruda Martins, pelo valor de R$ 20,00 (vinte reais). Ante a informação recebida, os militares solicitaram à outra guarnição que efetuasse diligências, no sentido de deter o denunciado, que havia tomado o rumo do centro da cidade.*
>
> *2º Fato:*
>
> *Consta, ainda, que, em seguida ao ato acima narrado, no centro deste município, em hora a ser precisada durante a instrução, o denunciado Claudiney de Arruda Martins, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, desobedeceu a ordem legal de funcionários públicos. Destarte, ao se depararem com o denunciado Claudiney, na Av. XV de Novembro, centro deste município, os policiais Amarildo Barbosa de Brito e Lucas do Nascimento Primo deram a ordem de parada, mas aquele não obedeceu, e tentou fugir; contudo, logo em seguida perdeu o controle da bicicleta e caiu no asfalto (f. 24). Por último, indispensável registrar que o denunciado, no momento da prisão em flagrante, trazia consigo, para fins de comércio, em dois embrulhos de alumínio, 10 (dez) gramas de pasta base de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante se verifica do auto de exibição e apreensão de f. 25-26 e laudo de constatação preliminar de f. 28, e que, em busca pessoal no acusado, encontrou-se, também, a quantia de R$ 106,25 (cento e seis reais e vinte e cinco centavos)."*

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de parcial procedência para condená-lo no tocante ao crime de tráfico de drogas e absolvê-lo relativamente ao delito de desobediência em razão da atipicidade do fato.

Apenas o Ministério Público Estadual recorreu, sendo o apelo provido e. 1ª Câmara Criminal desta Corte, nos termos do voto proferido pela e. Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, restando vencido o voto da lavra e. Des. Geraldo de Almeida Santiago, que mantinha a sentença absolutória no tocante ao referido delito.

Sobrevieram os presentes infringentes, postulando-se a prevalência do voto mais favorável.

Razão assiste ao recorrente.

A conduta incriminada no artigo 330 do Código Penal consiste em "*desobedecer a ordem legal de funcionário público"*, que significa descumprir, desobedecer, desatender dita ordem. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de desobedecer a ordem legal de funcionário público competente para emiti-la.

A doutrina ensina que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Objetiva-se, especificamente, garantir o prestígio e a dignidade da "máquina pública" relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 5 -6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo XXII).

In casu, as circunstâncias apontadas na denúncia e na sentença não indicam a intenção do réu de desprestigiar ou atentar contra a dignidade da Administração Pública, mas somente o intuito de ver-se livre de uma possível prisão, não se fazendo presente o dolo indispensável à caracterização do delito.

Os depoimentos dos policiais, mencionados no acórdão embargado, confirmam tal cognição. O fato narrado, portanto, é atípico.

Em caso análogo já se exarou que:

> *"(...) o não-acatamento de uma ordem de prisão, pelo delinquente, não constitui o crime do art. 330 do CP. É que o impulso natural de fuga, de quem se esquiva a uma ordem de prisão, não se confunde com a intenção de desrespeitar a autoridade. Não tipifica, pois, o dolo específico do delito, o movimento instintivo de alguém que, diante de uma voz de prisão, foge para preservar o status libertatis"* (TACRIM-SP - AC - Rel. Ricardo Couto - RT 423/416).

Ademais, a doutrina e a jurisprudência já proclamaram que,

> *"(...) se a lei cominar penalidade administrativa ou civil à desobediência da ordem, 'não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330'"* (Hungria, Comentários ao Código Penal, 1959, v. IX, p. 420, in Celso Delmanto et al. Código Penal Anotado. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 821. No mesmo sentido: STF - HC 88572, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 08/08/2006; STJ - HC 92.655/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/12/2007).

Referida exegese decorre da aplicação do princípio da fragmentariedade, o qual:

> *"(...) parte da ideia do direito ter condições de oferecer às variadas espécies de bens jurídicos, proteção diferenciada, tal qual ocorre com o direito civil, ambiental, comercial, penal e outros...a tutela penal deve ser excepcionada para as situações mais extremas de perturbação do convívio social..."* (Estudos Contemporâneos de Direito Público em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha. Coordenação: Carlos Eduardo Contar e outros, SP: Ed. Pillares, p. 428).

Cumpre lembrar que a desobediência de ordem de parada no trânsito encontra-se tipificada como infração administrativa no art. 195 da Lei 9.503/97, que comina pena de multa à conduta.

Assim, não há como se manter a condenação no âmbito penal.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto por Claudiney de Arruda Martins, a fim de fazer prevalecer o voto proferido pelo e. Des. Geraldo de Almeida Santiago no apelo subjacente, que mantinha a absolvição do recorrente relativamente ao delito previsto no artigo 330 do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento aos embargos infringentes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Paschoal Carmello Leandro e Juiz Emerson Cafure.

Campo Grande, 19 de setembro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0077158-12.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSERÇÃO DE DADOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES (ART. 313-A DO CP) – 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 – PENA E REGIME PRISIONAL READEQUADOS – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INVIÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

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 (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.

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, dou parcial provimento ao recurso 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.

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 julho de 2018.

Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta 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.

Segundo a denúncia:

> *"(...) Conforme consta no incluso inquérito policial, no dia 05 de janeiro de 2006, por volta das 13h, no Departamento Estadual de Trânsito Detran, nesta capital, a denunciada Gisele Cabral de Souza, que exercia o cargo de chefe da divisão de condutores do Detran/MS, com o fim de obter vantagem indevida para si, inseriu dados falsos no banco de dados de referido órgão.*
>
> *Ademais, na mesma ocasião, o denunciado João Souza Meza fez inserir dados falsos no referido documento público, com o objetivo de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.*
>
> *Segundo restou apurado, a denunciada Gisele Cabral de Souza inseriu em documento público, qual seja, carteira nacional de habilitação, declaração falsa, com a finalidade de constar na CNH emitida para o denunciado João Souza Meza que este estava habilitado para conduzir veículo automotor.*
>
> *Em razão disso, após os fatos, passou a constar no sistema do Detran/MS que João Souza Meza estava devidamente habilitado para dirigir veículo automotor de categoria AB, quando, na verdade, não tinha permissão para tal, uma vez que não havia passado pelos procedimentos necessário para aquisição da CNH junto ao Detran/MS.*
>
> *Infere-se nos autos, ainda, que a denunciada Gisele, por possuir, na época, o cargo de chefe da divisão de condutores , tinha permissão para cadastrar informações no sistema informatizado de dados e, aproveitando-se dessa condição, efetuou as modificações no sistema quanto ao processo do denunciado João Souza Meza, inserindo dados falsos, que possibilitaram a emissão de nova CNH. Dessa feita, denota-se nos autos que o denunciado João Souza Meza fez inserir declaração falsa em documento público, utilizando-se da denunciada Gisele, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, ao emitir uma CNH, que demonstrava estar devidamente habilitado para dirigir veículo, tendo pagado por isso a quantia aproximada de R$-1.000,00 (hum mil reais)."* (f. 01-04).

Em razões recursais as f. 613-635, pugna pela absolvição, sob a alegação de insuficiência de provas da prática delitiva. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal; a alteração do regime para o aberto; a substituição por pena restritiva de direitos e caso não reduzida a pena-base, pede a fixação do regime semiaberto. Apresenta prequestionamento.

Em contrarrazões, o Órgão Ministerial pede o não provimento do apelo defensivo (f. 639-646).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 653-667). Prequestiona.

VOTO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta 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.

Segundo a denúncia:

> *"(...) Conforme consta no incluso inquérito policial, no dia 05 de janeiro de 2006, por volta das 13h, no Departamento Estadual de Trânsito Detran, nesta capital, a denunciada Gisele Cabral de Souza, que exergia o cargo de chefe da divisão de condutores do Detran/MS, com o fim de obter vantagem indevida para si, inseriu dados falsos no banco de dados de referido órgão.*
>
> *Ademais, na mesma ocasião, o denunciado João Souza Meza fez inserir dados falsos no referido documento público, com o objetivo de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.*
>
> *Segundo restou apurado, a denunciada Gisele Cabral de Souza inseriu em documento público, qual seja, carteira nacional de habilitação, declaração falsa, com a finalidade de constar na CNH emitida para o denunciado João Souza Meza que este estava habilitado para conduzir veículo automotor.*
>
> *Em razão disso, após os fatos, passou a constar no sistema do Detran/MS que João Souza Meza estava devidamente habilitado para dirigir veículo automotor de categoria AB, quando, na verdade, não tinha permissão para tal, uma vez que não havia passado pelos procedimentos necessário para aquisição da CNH junto ao Detran/MS.*
>
> *Infere-se nos autos, ainda, que a denunciada Gisele, por possuir, na época, o cargo de chefe da divisão de condutores, tinha permissão para cadastrar informações no sistema informatizado de dados e, aproveitando-se dessa condição, efetuou as modificações no sistema quanto ao processo do denunciado João Souza Meza, inserindo dados falsos, que possibilitaram a emissão de nova CNH. Dessa feita, denota-se nos autos que o denunciado João Souza Meza fez inserir declaração falsa em documento público, utilizando-se da denunciada Gisele, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, ao emitir uma CNH, que demonstrava estar devidamente habilitado para dirigir veículo, tendo pagado por isso a quantia aproximada de R$-1.000,00 (hum mil reais)."* (f. 01-04).

Em razões recursais as f. 613-635, pugna pela absolvição, sob a alegação de insuficiência de provas da prática delitiva. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal; a alteração do regime para o aberto; a substituição por pena restritiva de direitos e caso não reduzida a pena-base, pede a fixação do regime semiaberto. Apresenta prequestionamento.

Passo à análise.

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 João Souza Meza, com o objetivo de obter vantagem ilícita.

A autoria restou suficientemente demonstrada pelo conjunto probatório dos autos.

Segundo a exordial acusatória, Gisele Cabral de Souza, exercia o cargo de chefe da divisão de condutores do Detran/MS, agiu com o fim de obter vantagem indevida inserindo dados falsos no sistema do referido Órgão, referente a João Souza Meza que conseguiu emissão de carteira de habilitação para dirigir veículo automotor de categoria "AB" quando, na verdade, não tinha permissão para tal, pois não passou pelos procedimentos necessários para aquisição.

Na fase extraprocessual a ré Gisele Cabral de Souza permaneceu silente (f. 108-109).

No interrogatório judicial a apelante Gisele negou a autoria, asseverando que na data dos fatos estava de férias e alegou que outra pessoa teria utilizado sua senha de acesso ao sistema informatizado do Detran/MS e inseridos os dados falsos, narrando que já ocorreu de um aluno do Instituto Mirim/MS acessar o banco de dados por meio da senha de outra servidora (f. 410 – arquivo audiovisual).

Tais assertivas, contudo, não se coadunam com o conjunto probatório amealhado, desmerecendo maior credibilidade.

João Souza Meza, a f. 16, afirmou de forma categórica que sua carteira nacional de habilitação foi obtida sem realizar os procedimentos exigidos, sob o comando da ré, e pagou o valor de R$ 1.000,00 (mil reais) para tanto. Confira-se:

> *"(...) Que o colega de seu sobrinho apresentou uma pessoa que se identificou como Andréia ao declarante;* ***que Andréia não era do Detran mas tinha muito conhecimento com Gisele Cabral e Bruna****;* ***que Andréia cobrou R$ 1.000,00 para o declarante obter uma CNH na categoria AB sem a realização de exames teóricos, psicológicos e de sanidade física e mental;*** *que o declarante não realizou qualquer exame no Detran* ***simplesmente pagou a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) nas mãos de Andréia que tinha esquema com Gisele e Bruna****; que em determinada data, janeiro de 2006, veio com Andréia neste Detran Sede e se dirigiu ao bloco 5 -DICON para pegar a CNH; que Gisele estava viajando e Andréia ligou para Gisele e que informou que era para falar com Bruna que já tinha providenciado a CNH e estava ciente do caso; (...)"* (f. 16) - Destaquei.

Referidas declarações foram integralmente ratificadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, oportunidade que João Souza Meza novamente narrou com riqueza de detalhes os fatos delituosos, confirmando que a CNH com dados falsos foi emitida sob ordens da ré Gisele, sem realizar procedimentos exigidos para tal, pagando o valor de R$ 1.000,00 (mil reais) e a negociação foi intermediada pela pessoa de Andréa. Admitiu que não possuía CNH. Disse ainda que na oportunidade que se dirigiu ao Detran/MS, a acusada se encontrava de férias, e então Andréa entrou em contato telefônico com esta, a qual autorizou que a funcionária Bruna entregasse o documento (f. 460 – arquivo audiovisual). João afirmou inclusive que sabia que a denunciada possuía cargo de chefia no setor de CNH.

Corroborando a autoria, tem-se o depoimento judicial de Gilberto Tadeu Vicente (f. 387 – arquivo audiovisual), diretor presidente do Detran/MS à época dos fatos, o qual disse que a recorrente, em razão de seu cargo de chefia, tinha acesso livre ao sistema do referido órgão, com senha de extremo sigilo, sendo que os dados falsos foram inseridos em favor de João de Souza Meza no *login* utilizado pela ré, mencionando que os servidores possuíam senha de acesso a emissão de CNH tanto do interior quanto da capital, não havendo divisões nesse sentido no sistema.

A testemunha Roseli Aparecida Molina, delegada de polícia, investigou diversos fatos delituosos de inserção de dados falsos no sistema do Detran/MS por parte da ré, tendo confirmado em juízo que os dados falsos foram inseridos por meio do acesso da ré, que resultou na emissão da CNH mencionada na denúncia. Disse que a acusada por ocupar o cargo mais alto no departamento responsável pela emissão de CNH, possuía acesso por meio de senha que lhe conferia livre manipulação de informações (f. 387 – arquivo audiovisual).

Consta no relatório técnico do Detran que, por meio da matrícula da funcionária Gisele Cabral de Souza, foi cadastrado o prontuário geral único de João Souza Meza, que não se submeteu aos procedimentos legais para a obtenção da CNH:

> *"(...) Em 15/09/2005 às 12:43 horas através da matrícula AE372065 de Gisele Cabral de Souza, foi realizado o cadastramento do PGU número 132917386 com os seguintes dados:*

Nome: João Souza Meza

Mãe: Joelita de Souza Maciel

Data de nascimento: 29/26/1975

Data primeira habilitação: 17/07/1993

Data de Validade CNH: 29/06/2009

Categoria: AB (...)" – f. 28.

Infere-se do relatório de f. 40-45 do corregedor de trânsito que por meio da matrícula AE372065 pertencente à funcionária comissionada Gisele Cabral de Souza foram inseridos os dados de João Souza Meza como se tivesse sido habilitado em 17.07.1993, simulando um número de prontuário geral único, sem que o mesmo tivesse realizado os procedimentos legais. Consta, ainda, que a ré Gisele era chefe da divisão de condutores do Detran e tinha acesso ao cadastramento no sistema dos processos anteriores à implantação do sistema SIHAB.

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.

Extrai-se do acervo probatório (depoimentos judiciais das testemunhas e documentos de f. 28 e 40-45) que a apelante promovia a inserção de dados falsos no Sistema do Detran/MS com o intuito de obter vantagem ilícita.

Restou comprovado que a inserção fraudulenta no sistema referente a João Souza Meza está vinculada à matrícula da ré Gisele Cabral de Sousa.

Insta resssaltar, nesse ponto, que 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 não merece prosperar, uma vez que a defesa não comprovou tais alegações, consoante dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal.

Diante do vasto conjunto probatório que comprova a autoria e materialidade delitiva da ré, deve ser mantido o édito condenatório.

Nesse sentido, trago os julgados:

> *"PENAL – ARTIGO 313-A 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 inconteste 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 PUBLICO 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

A recorrente pugna pela redução da pena-base.

A primeira fase da dosimetria restou fundamentada na sentença nos seguintes termos:

"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 não possui contra si proferida qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado, logo, deve ser considerada de "bons antecedentes".

As circunstâncias dos crimes extrapolam o normal do tipo penal, uma vez que a acusada possuía cargo de chefia no órgão do Detran/MS, sendo chefe da divisão de condutores.

As consequências dos crimes, 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 testes de aptidão teórico, prático ou psicológico, 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 da agente.

A culpabilidade da acusada é normal à espécie.

Em tal contexto, as circunstâncias judiciais não são favoráveis à acusada, 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, as quais torno definitivas à míngua de outros elementos que influenciem na fixação.*
>
> *Tendo em vista a situação econômica da denunciada, fixo o valor do dia-multa no mínimo legal, ou seja, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, que deverá ser devidamente corrigido, na forma do § 2 º do art. 49 do Código Penal."* (f. 599-600)

Foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias e 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, porquanto idoneamente fundamentada pelo sentenciante, pois é notório os riscos ao trânsito que a conduta da ré trouxe ao permitir a condução de veículo pessoa não habilitada conforme os ditames legais.

Portanto, mantenho como negativa apenas as 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.

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.

Substituição por restritiva de direitos

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade 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, inexiste 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. Minº Felix Fischer; DJE 25/10/2017)

> *"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*/mgstrnet/lpext.dll?f=FifLink&t=document-frame.htm&l=jump&iid=c%3A%5CViews44%5CMagister%5CMgstrnet%5CMagNet_Legis.nfo&d=CP,%20art.%20313&sid=c573854.463ac2f2.0.0 *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, dou parcial provimento ao recurso 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.

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 julho de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000833-43.2017.8.12.0800 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – CONCUSSÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA – FLAGRANTE LEGAL – COMPROVAÇÃO DAS AUTORIAS – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PENA-BASE PRESERVADA – AGRAVANTE DO ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO – AFASTADA – CONTINUIDADE DELITIVA NÃO CONFIGURADA – PARCIALMENTE PROVIDO.

Afasta-se a preliminar de ilegalidade do flagrante, pois é legal e não incide na hipótese da Súmula 145 do STJ: *"Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*", porquanto o crime foi dividido em duas etapas no *iter criminis,* já estando consumado previamente o delito de concussão quando da exigência da vantagem indevida com abuso da autoridade pública como meio de coação, momento em que os réus receberam o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), logo concretizada a lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, qual seja, a Administração Pública. Afasto a preliminar suscitada.

O crime de concussão é delito formal, que independe da ocorrência do resultado. Assim, consuma-se com o simples oferecimento e promessa da vantagem indevida. O objeto material do fato típico é a vantagem indevida. A ação delituosa consiste em oferecer ou prometer tal vantagem. Conforme se extrai do acervo probatório, os réus exigiram da vítima o valor total de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para que liberassem mercadoria ilícita que deveriam ter apreendido (um veículo Kombi carregado de cigarros contrabandeados), havendo recebido R$ 15.000,00 (quinze mil reais), sob promessa de complementação futura do valor exigido. Referida conduta configura o tipo penal previsto no referido art. 305 do CPM. O exame de todo o acervo probatório nos conduz à conclusão de que, de fato, os réus praticaram o delito de concussão em coautoria, pois é impensável imaginar que alguém do grupo tenha ido na ignorância dos fatos até o local previamente combinado com a vítima. Destarte, além da autoria cabalmente comprovada, não há qualquer dúvida acerca da existência do fato delituoso, eis que o acervo probante é robusto e convincente. Condenações mantidas.

O juízo *a quo* considerou negativas a intensidade do dolo, extensão do dano, meios empregados, modos de execução e circunstâncias de tempo e lugar, exasperando a pena em três anos acima do limite mínimo legal em razão de cinco moduladoras desfavoráveis. Tais vetores servem para exasperar a reprimenda pela gravidade que apresentam diante da análise do caso concreto, que revela desvalor apto a justificar a elevação da pena-base. De forma que, observando a discricionariedade vinculada do julgador, não se identifica "*os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento*" (NUCCI. Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2010). Pena-base mantida.

Deve ser mantida apenas a agravante prevista no artigo 70, inciso II, alínea `*b*´(*facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime*), pois efetivamente a exigência de vantagem indevida foi empregada para assegurar a execução e a impunidade de crime de contrabando de cigarros praticado pela vítima. Noutro vértice, a agravante disposta no artigo 70, inciso II, alínea *´g´*(*abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo*) do Código Penal Militar, considerá-la, no delito de concussão configura o indevido *bis in idem,* por ser elementar do tipo penal, pois o termo 'cargo' tem cunho jurídico, próprio, abrangendo policiais. Ademais, o delito

foi praticado "em razão" da função que equivale ao cargo e só em razão dele, no caso dos policiais militares réus do presente feito.

No crime de concussão, o delito se consuma no momento da exigência da vantagem indevida, e não no momento da entrega desta vantagem, pois por trata-se de crime formal (ou de resultado cortado, antecipado), logo, o momento consumativo é o da exigência da vantagem indevida, e não o da entrega de referida vantagem. No caso dos autos, a vantagem exigida foi apenas num primeiro momento – consistente no valor integral de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), tendo parte da entrega sido postergada a momento posterior, fase do integral exaurimento do delito. Ressalte-se que, no caso em comento, nesse segundo momento - o instante da entrega da segunda parcela do total exigido - é que o Estado pôde reunir elementos para comprovar a conduta criminosa praticada (consumada) no primeiro momento – exigência. Crime único. Continuidade delitiva não configurada.

Altera-se o regime inicial para o semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e art. 69 do Código Penal Militar.

Em parte com o parecer, preliminar afastada e no mérito, recurso parcialmente provido (pena final de 05 anos e 10 meses de reclusão, no regime semiaberto).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 9 de agosto de 2018.

Juiz Emerson Cafure – (em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Dr. Juiz Emerson Cafure. (Relator em Substituição Legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Elton da Silva Moura, Tiago de Freitas e Ivanildo Gomes da Silva, condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 305 c.c artigo 80, ambos do Código Penal Militar.

Irresignadas, as defesas interpuseram os presentes recursos (f. 735-758, 759-782 e 783-807), no qual pugnam, em síntese, preliminarmente, pela ilegalidade do flagrante. No mérito, requerem a absolvição. Subsidiariamente, pleiteiam a redução da pena-base ao mínimo legal; a exclusão das agravantes do artigo 70, inciso II, alíneas `b´ e ´g´ do Código Penal Militar e o afastamento da regra disposta no artigo 80 do Código Penal Militar, ao argumento que não houve crime continuado.

Em contrarrazões recursais (f. 829-867), a Promotora de Justiça pugna pelo improvimento das razões defensivas.

Parecer da Procuradoria de Justiça as f. 881-895, pelo não provimento do recurso.

VOTO (25/07/2018)

O Sr. Dr. Juiz Emerson Cafure. (Relator em Substituição Legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Elton da Silva Moura, Tiago de Freitas e Ivanildo Gomes da Silva, condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 305 c.c artigo 80, ambos do Código Penal Militar.

Irresignadas, as defesas interpuseram os presentes recursos (f. 735-758, 759-782 e 783-807), no qual pugnam, em síntese, preliminarmente, pela ilegalidade do flagrante. No mérito, requerem a absolvição. Subsidiariamente, pleiteiam a redução da pena-base ao mínimo legal; a exclusão das agravantes do artigo 70, inciso II, alíneas `b´ e ´g´ do Código Penal Militar e o afastamento da regra disposta no artigo 80 do Código Penal Militar, ao argumento que não houve crime continuado.

Passo a analisar.

Narra a denúncia:

> *"Depreende-se do procedimento apuratório anexo que, em horário incerto, mas no dia 14 de janeiro de 2017, no endereço constante da Rua Barão do Rio Branco, nº 124, bairro União Douradense, na cidade de Dourados/MS, os policiais militares ora denunciados 3º Sgt PM Ivanildo Gomes da Silva, Sd PM Tiago de Freitas Galvão e outros dois policiais militares não identificados, agindo em unidade de desígnios e cientes da reprovabilidade de seus atos, exigiram para si, diretamente, e em razão de sua função, a vantagem indevida consistente no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).*
>
> *Agindo em continuidade delitiva, em data incerta, entretanto no período compreendido entre os dias 15 de janeiro de 2017 e 27 de janeiro de 2017, os policiais militares denunciados 3º Sgt PM Ivanildo Gomes da Silva, Sd PM Tiago de Freitas Galvão e outros dois policiais militares não identificados exigiram para si, diretamente, e em razão de sua função, a vantagem indevida consistente em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).*
>
> *Extrai-se dos autos que, no dia 14 de janeiro de 2017, os policiais militares 3º Sgt PM Ivanildo Gomes da Silva, Sd PM Tiago de Freitas Galvão e outros dois policiais militares não identificados dirigiu-se até o endereço retromencionado, ocasião em que se depararam com um veículo Kombi, que continha em seu interior cigarros contrabandeados, ocasião em que solicitaram que o proprietário da residência, identificado apenas como sendo João Cavalheiro, ligasse para o dono da mercadoria, quer seja, seu sobrinho, Nelson Rubens Carvalho de Souza, a fim de que o mesmo comparecesse ao local.*
>
> *Ato contínuo, Nelson compareceu ao local dos fatos, momento em que se deparou com o Sd PM Tiago somando os valores da mercadoria que se encontrava no interior do veículo kombi, sendo que, ao término, indagou a vítima Nelson acerca de qual seria o valor que a mesma poderia pagar para que não apreendessem os cigarros contrabandeados, ao passo em que Nelson respondeu que poderia pagar à guarnição o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).*
>
> *Ocorre que, os policiais militares denunciados não aceitaram o valor que a vítima lhes ofereceu, momento em que exigiram que a mesma lhes pagasse vantagem indevida consistente em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), o que foi aceito por Nelson, que após ter arranjado a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e tê-la entregado aos policiais militares denunciados, recebeu a resposta que o valor era pequeno e que iriam ficar com os cigarros e com a kombi até o pagamento do restante do dinheiro, que deveria ocorrer até a quinta-feira da semana seguinte.*

> *Nesse ínterim, os policiais militares denunciados mandaram diversas mensagens para o celular da vítima, exigindo o restante da quantia pecuniária consistente em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), até que, no dia 27 de janeiro de 2017, a mesma decidiu ir à polícia federal da comarca de Dourados/MS, relatar o ocorrido.*
>
> *Após denunciar os fatos ao delegado de polícia federal, Denis Colares de Araújo, Nelson marcou um encontro com os denunciados na Rua Mario Feitosa Rodrigues, esquina com a Rua Manoel Machado Leonardo, a fim de repassar a eles o restante do valor exigido.*
>
> *No local combinado, estando com os policiais federais Ezio Rodrigues Viana Ferreira e Otavio Costa Jorge e com o policial militar 1º Ten PM Jouzemar Paulo dos Santos de campana, Nelson aproximou-se do veículo onde estavam os denunciados e entregou-lhes um cheque no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).*
>
> *Na sequência, os denunciados foram presos em flagrante delito pelos agentes de polícia federal e policial militar acima mencionado.*
>
> *Agindo desta maneira, os policiais militares denunciados 3º Sgt PM Ivanildo Gomes da Silva e Sd PM Tiago de Freitas Galvão praticaram o crime inserto no artigo 305 (concussão) do Código Penal Militar, em continuidade delitiva, por pelo menos, duas vezes.*"

Preliminar: ilegalidade do flagrante

O flagrante é legal e não incide na hipótese da Súmula 145 do STJ: *"Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação*", porquanto o crime foi dividido em duas etapas no *iter criminis,* já estando consumado previamente o delito de concussão quando da exigência da vantagem indevida com abuso da autoridade pública como meio de coação, momento em que os réus receberam o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), logo concretizada a lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, qual seja, a Administração Pública.

Oportuno o exposto no julgado do TJ-AM - Apelação 20100004676 AM 2010.000467-6:

> *"A conduta típica [do delito de concussão] consiste em exigir o agente, por si ou por interposta pessoa, explícita ou implicitamente, vantagem indevida, abusando de sua autoridade pública como meio de coação metus publicae potestatis. Trata-se de uma forma especial de extorsão, executada por funcionário público (Rogério Sanches Cunha, Direito Penal - Parte Especial, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, página 386-387); III - O delito de concussão é um crime formal, que se consuma quando o agente exige a vantagem indevida, sendo irrelevante, para fins de consumação, a aceitação ou o recebimento do valor. Dessa forma, assume especial relevo probatório a palavra da vítima, eis que tal delito geralmente é cometido na clandestinidade; IV - In casu, ocorreu o crime de concussão quando agentes policiais exigem da vítima valores pecuniários como condição para reaver a localização da res furtiva; V - Não trata os autos de flagrante preparado, mas sim de flagrante esperado, pois a atividade dos policiais consistiu em aguardar o cometimento do crime, em ação monitorada à distância, em campana, sem qualquer atitude de induzimento ou de instigação ou outro tipo de interferência na conduta dos apelantes."*

É o caso semelhante nos autos. Colaciono os julgados do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

> *"Ementa: (...) Trata-se a concussão de delito formal, que se consuma com a realização da exigência, independentemente da obtenção da vantagem indevida. A entrega do dinheiro se consubstancia como exaurimento do crime previamente consumado. (...) 5.*

> *Reclamada a indevida vantagem antes da intervenção policial, não há falar em flagrante preparado. Se a atividade policial se restringiu a aguardar o melhor momento para executar a prisão, fica afastado o crime impossível. 6. Habeas corpus não conhecido."* (HC 266.460/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015)

Afasto a preliminar suscitada.

Mérito

Autoria

Acerca dos pedidos de absolvição por insuficiência de provas, passo a examinar, conjuntamente, os apelos defensivos.

A materialidade dos ilícitos está estampada no auto de prisão em flagrante de f. 7-20, laudos periciais de f. 459-484, cópia de cheque de f. 143 e fotografia juntados nos Autos 0016555-89.2017 às f. 112-113, em consonância com a prova testemunhal.

Acerca da figura típica do crime de concussão dispõe o Código Penal Militar:

> *Art. 305. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos.*

Trata-se, pois, de crime formal, que independe da ocorrência do resultado. Assim, consuma-se com o simples oferecimento e promessa da vantagem indevida. O objeto material do fato típico é a vantagem indevida. A ação delituosa consiste em oferecer ou prometer tal vantagem.

Conforme se extrai do acervo probatório, os réus exigiram da vítima Nelson o valor total de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para que liberassem mercadoria ilícita que deveriam ter apreendido (um veículo Kombi carregado de cigarros contrabandeados), havendo recebido R$ 15.000,00 (quinze mil reais), sob promessa de complementação futura do valor exigido. Referida conduta configura o tipo penal previsto no referido art. 305 do CPM.

Na fase policial a vítima relatou (f. 21-22):

> *"Que dia 14 de janeiro, os policiais militares Ivanildo Gomes, Moura, o policial que foi preso hoje e outro que não se lembra o nome foram na sua casa do seu tio na Rua Barão do Rio Branco, nº 124, bairro união douradense, em que se apresentaram como policiais militares e pegaram uma combi com cigarros na sua casa e do celular do seu tio João Cavalheiro ligaram para o declarante para se apresentar na sua residência; que o policial Tiago viu a mercadorias de cigarros e somou os valores para ver quanto dava as mercadorias e a testemunha questionou porque ele estava somando e o policial militar disse que era para saber o valor e mostrou para os outros militares; que Moura perguntou qual o valor que a testemunha poderia pagar para não apreenderem a mercadoria; que a testemunha ofereceu 10.000,00 (dez mil reas) e os policiais não aceitaram e solicitaram R$ 30.000,00 (trinta mil reais) em dinheiro e entregou aos policiais, só que os policiais não aceitaram e solicitaram R$ 30.000,00 (trinta mil reais); que a testemunha foi atrás do dinheiro e os policiais colocaram os cigarros dentro da combi; que a testemunha arranjou R$ 15.000,00 (quinze mil reais) em dinheiro e entregou aos policiais, só que os policiais acharam pouco e falaram que iriam ficar com a mercadoria e com a Kombi até o pagamento restante do dinheiro; que quando entregou o dinheiro, algum policial já tinha*

levado a Kombi, sendo que permaneceram na sua casa, e entrou no carro com os dois policiais presos na data de hoje, e o policial Moura rodaram com a testemunha e foram até o quarto plano e alegaram que sua patroa tinha dinheiro e que ele poderia pagar mais; que a testemunha disse que não poderia pagar mais e fez um combinado com os policiais que na quinta-feira na outra semana pagaria o resto; que foi enrolando porque não tinha dinheiro e os policiais começaram a ir direito na sua residência e começaram a ameaçar o mesmo através de outros cigarreiros; que na semana do pagamento, os policiais foram para BR e pegaram um Gol vermelho e sumiram com o carro e a mercadoria; que os policiais começaram a mandar mensagens cobrando o restante do dinheiro; que mandaram várias mensagens que se não recebessem iriam ficar no pé; que decidiu vir na polícia federal e apresentar denúncia dos fatos, e esta autoridade policial deu andamento nas diligências; que foi na polícia militar e conversou com os policial militar Paulo Santana [sic] narrando a situação, e a polícia militar também se prontificou a prender; que após, esta autoridade ligou para a testemunha e começou a tratar com os policiais militares a ação; que conseguiu um cheque de vinte mil reais que foi tirado cópia na delegacia e combinou de entregar em uma borracharia; que entregou o cheque para os policiais Ivanildo e Tiago, e logo após a polícia chegou e os abordou, que acredita que um deles pode ter engolido o cheque [sic sic]".

Em juízo confirmou as afirmações, justificando que o cheque utilizado no segundo momento do crime era de valor superior ao reclamado pelos réus porque é o que teria conseguido com terceira pessoa, já preenchido (f. 213).

Os policiais Jouzemar Paulo dos Santos, Ezio Rodrigues Viana Ferreira e Otavio Costa Jorge, ouvidos sob o crivo do contraditório confirmaram que apesar de o cheque não haver sido localizado após a prisão dos réus, foi fotocopiado antes e está juntado aos autos (f. 143). Afirmaram haver tirado fotos do instante em que houve a transação do segundo momento do crime - a entrega do cheque e que estavam a 20 metros do local. Mencionam as mensagens identificadas no celular da vítima acerca da cobrança do pagamento praticada pelos réus.

O tio da vítima, sr. João Cavalheiro, ouvido judicialmente (f. 213), confirmou que os réus estiveram em sua residência, inclusive havendo danificado uma janela e que chamou seu sobrinho Nelson, tendo este comparecido ao local, instante em que ouviu mencionarem "vamos fazer acordo". Relata que houve um segundo momento em que os policiais-réus estiveram em sua residência.

Os celulares apreendidos foram periciados e os laudos estão acostados as f. 458-484. No laudo 547 de f. 479-484 onde constam mensagens dos arquivos de áudio, arquivados em primeiro grau (f. 485) e requisitados os DVDs para consulta, extrai-se as seguintes mensagens enviadas do celular de Ivanildo para Nelson:

"Pod ser a vista .. Sem rolo mala se nao a gnt nao vai conversar mais.. vc paga e vai trabalhar d boa nao vamos ficar no seu pé"; "Nao fica dando uma d esperto igual aqele povo da garagem q vc vai se fuder igual eles"; "Blz. Daqi uma hora nelson sem falta"; "vc ta ond certinho. Nao achei matra"; "To aq"; "Posto enfrent o dof"; "Ond vc ta vamos ai"; "Cad vc"; "D quanto é o cheq"; "Ja estamos aq".

A testemunha Bruna da Silva Rebellato, que já foi namorada da vítima e é filha da Sra. Elza - quem emprestou a lâmina de cheque à Nelson, ao ser inquirida no inquérito, alegou que ela e sua genitora estariam recebendo ameaças, via mensagem de áudio, juntada aos autos e encaminhada para a perícia técnica, resultando nas transcrições contidas no laudo inserido de f. 464-469:

> *"voz feminina: Ei Rose, avisa a Bruna que eles entraram lá e falaram assim... pode cobrar do vagabundo do Nelson, esquece que existo e eu esqueço de você, ok. Aí eles falaram pro Eduardo... que eles ameaçaram um monte o Eduardo, levaram o Eduardo pro meio do mato e até conseguir dinheiro pra dar pra eles né, e falaram assim pro Eduardo... que enquanto o Eduardo não ir lá na casa da Dona Elza entregar o recado que eles não iam deixar o Eduardo em paz, que eles iam estar controlando, cuidando do Eduardo...que era pra falar assim... que se o Nelson aparecesse no dia da audiência que tem lá, que eu não sei que que é, acho que dia 20 tem audiência, que ia morrer ele, a Bruna e a dona Elza... eles repetiram um monte de vezes, o tempo todo, que eles iam pegar os três, a Bruna, a Dona Elza e o Nelson e que tinha cinquenta PM envolvido e que eles iam pegar eles. Mandou entregar... esse recado tinha que ser entregue de qualquer jeito senão eles iam voltar pra nós."*
> *Como se vê, do bojo do diálogo, ambos se encontrariam para transação com cheque.*

Ora, impende ressaltar que o exame de todo o acervo probatório nos conduz à conclusão de que, de fato, os réus praticaram o delito de concussão em coautoria, pois é impensável imaginar que alguém do grupo tenha ido na ignorância dos fatos até o local previamente combinado com a vítima.

Destarte, além da autoria cabalmente comprovada, não há qualquer dúvida acerca da existência do fato delituoso, eis que o acervo probante é robusto e convincente.

O fato de o cheque não ter sido apreendido no momento do flagrante por não ter sido localizado, é explicado pelos policiais que efetuaram o flagrante na hipótese de haver sido consumido por um dos réus ao perceber a aproximação policial.

Vale dizer, que à defesa competia a prova de suas alegações (art. 156 do CPP), acerca de eventual transação comercial lícita, ônus do qual não se desincumbiu, não havendo que se falar, portanto, em insuficiência de provas.

Dessa forma, não merece prosperar a irresignação defensiva, eis que há provas da prática do ilícito previsto no art. 305 do CPM.

Mantenho as condenações.

Pena-base

Subsidiariamente, pleiteiam a redução da pena-base ao mínimo legal.

Consta da dosimetria da sentença invectivada:

> *"Prefacialmente, importa consignar que - considerando-se a similitude das condutas desses réus na consumação do fato e a jurisprudência do STJ (STJ AgRg no REsp 1569945/PE) - é perfeitamente possível a análise conjunta das circunstâncias judiciais.*
>
> *Nessa esteira, na primeira fase da dosimetria, em atenção ao art. 69 do CPM, tendo em vista, especialmente, a intensidade do dolo, a maior extensão do dano, os meios empregados, o modo de execução e as circunstâncias de tempo e lugar, fixa-se as penas-base acima do mínimo legal, precisamente em 5 (cinco) anos de reclusão."*

Como se vê, o juízo *a quo* considerou negativas a intensidade do dolo, extensão do dano, meios empregados, modos de execução e circunstâncias de tempo e lugar, exasperando a pena em três anos acima do limite mínimo legal em razão de cinco moduladoras desfavoráveis.

Com efeito, o delito foi praticado com ameaça à vítima e seus familiares, em coautoria, com ousadia e total desrespeito à instituição a que estão ligados, exigindo elevada quantia em dinheiro (R$30.000,00) e por considerável período de tempo (entre 14 e 27 de janeiro de 2017).

Tais vetores servem para exasperar a reprimenda pela gravidade que apresentam diante da análise do caso concreto, que revela desvalor apto a justificar a elevação da pena-base. De forma que, observando a discricionariedade vinculada do julgador, não se identifica "*os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento*" (NUCCI. Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2010).

Mantenho a pena-base.

Agravantes

Deve ser mantida apenas a agravante prevista no artigo 70, inciso II, alínea `*b´* "*facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime*", pois efetivamente a exigência de vantagem indevida foi empregada para assegurar a execução e a impunidade de crime de contrabando de cigarros praticado pela vítima.

Noutro vértice, a agravante disposta no artigo 70, inciso II, alínea *´g´* "*abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo*" do Código Penal Militar, considerá-la, no delito de concussão configura o indevido *bis in idem,* por ser elementar do tipo penal, pois o termo 'cargo' tem cunho jurídico, próprio, abrangendo policiais. Ademais, o delito foi praticado "em razão" da função que equivale ao cargo e só em razão dele, no caso dos policiais militares réus do presente feito.

A alteração na dosimetria da pena será feita ao final.

Continuidade delitiva

Também neste ponto merece acolhimento o apelo.

No crime de concussão, o delito se consuma no momento da exigência da vantagem indevida, e não no momento da entrega desta vantagem, pois por trata-se de crime formal (ou de resultado cortado, antecipado), logo, o momento consumativo é o da exigência da vantagem indevida, e não o da entrega de referida vantagem.

No caso dos autos, a vantagem exigida foi apenas num primeiro momento – consistente no valor integral de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), tendo parte da entrega sido postergada a momento posterior, fase do integral exaurimento do delito. Assim, ocorreu crime único.

Repisa-se, ocorrendo a entrega de parte da vantagem exigida em um segundo momento, não configura nova conduta delitiva, mas mero exaurimento do crime já consumado.

Ressalte-se que, no caso em comento, nesse segundo momento - o instante da entrega da segunda parcela do total exigido - é que o Estado pôde reunir elementos para comprovar a conduta criminosa praticada (consumada) no primeiro momento – exigência.

Neste sentido já decidiu o STJ:

> *"(...) Trata-se a concussão de delito formal, que se consuma com a realização da exigência, independentemente da obtenção da vantagem indevida. A entrega do dinheiro se consubstancia como exaurimento do crime previamente consumado. (...)* (HC 266.460/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015, DJe 17/06/2015)

> *"(...) O crime de concussão tem natureza formal, sendo suficiente, para sua configuração, a exigência da vantagem indevida. O efetivo auferimento do benefício é mero exaurimento do crime. (...)* (APn 422/RR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 19/05/2010, DJe 25/08/2010)

Passo à dosimetria das penas, que são idênticas aos três apelantes, tal como consignou o juiz *a quo* (f. 731).

Fixada a pena-base em 05 anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a agravante prevista no art. 70, II, "b", do CPM, e, expurgada a agravante prevista no art. 70, II, "b", do CPM, remodela-se a pena ao patamar de 05 anos e 10 meses de reclusão.

Na terceira fase, extirpada a continuidade delitiva e sem outros elementos, torna-se a pena definitiva em 05 anos e 10 meses de reclusão, respectivamente.

Por conseguinte, altero o regime inicial para o semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal e art. 69 do Código Penal Militar.

Em parte com o parecer, preliminar afastada e no mérito, recurso parcialmente provido (pena final de 05 anos e 10 meses de reclusão, no regime semiaberto).

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão do dia 09.08 em face do pedido de vista do vogal (Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva) e da licença do relator, após, por unanimidade, afastarem a preliminar e após o relator e o revisor darem parcial provimento ao recurso.

VOTO (09/08/2018)

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º vogal)

Após a sustentação oral pedi vista dos autos para melhor examinar as questões vindas na apelação, sobretudo quanto à pretensão absolutória formulada. e após atenta consulta aos autos originários, verifiquei que não há como acolhê-la.

Na hipótese, o primeiro ponto a se destacar é que a tese defensiva de que Tiago e Ivanildo apenas tinham se encontrado com Nelson (vítima nos autos) a fim de receberem um valor por ele devido a Gabriel (que seria informante da polícia), referente à venda de um veículo, não restou comprovada.

Veja-se que Gabriel Gonçalves dos Santos, cuja oitiva foi realizada a f. 363 dos autos em apenso (IPM), negou tal afirmação, dizendo, inclusive, desconhecer a pessoa de Nelson, não sabendo o porquê de terem inventado tal estória. A propósito:

> *"(...) perguntado se conhece o policial Ivanildo Gomes da Silva, respondeu que já o cumprimentou quando ele estava de serviço com o policial Tiago e também o conhece porque ele prendeu uma moto do depoente, que estava sem documento. Perguntado se conhece o policial Tiago de Freitas Galvão, respondeu que sim, pois vendeu a ele uma moto XT-660 no final de novembro de 2016, em três prestações.*

> *Perguntado se conhece o policial Elton Moura da Silva, respondeu que conhece sim, que ele é primo ou cunhado do Tiago e no dia da negociação da moto, ele estava lá, bem como sabe que Elton tem uma loja de tinta. Perguntado se estava junto com os policiais militares quando estes extorquiram Nelson Rubens, respondeu que não (...).*
>
> *Perguntado se fazia o serviço de verificar quem trabalhava com contrabando/ descaminho de cigarro e posteriormente repassava esta informação aos policiais, respondeu que não, nunca fez, que sempre trabalhou em garagem. Perguntado se solicitou ao policial Ivanildo Gomes da Silva fosse receber uma dívida de Nelson Rubens no valor de 15.000,00 (quinze mil reais), no dia 27 de janeiro de 2017, respondeu que não, que jamais isso aconteceu, que nem conhece Nelson e que jamais agiu errado com os policiais, por isso não sabe o motivo de ter sido citado pelos policiais. Perguntado qual a origem da dívida que mandou o policial receber, respondeu que não tem dívida, que não conhece Nelson."*

A fora isso, extrai-se dos interrogatórios dos acusados várias contradições. Ivanildo (em juízo) alegou a existência de troca de mensagens por celular com Nelson, as quais teriam sido realizadas por Tiago, cujo teor seria referente apenas à dívida existente da venda do veículo por Gabriel. Tiago, por sua vez, negou tal assertiva, dizendo que apenas teria ligado para Nelson para marcar um encontro para receber a dívida.

Ocorre que foi realizada perícia nos aparelhos celulares apreendidos, cujos laudos apontaram a troca de mensagens entre os acusados e a vítima, onde se pode inferir, inclusive, as primeiras tratativas realizadas entre eles. A propósito, colhe-se trechos de tais conversas, transcritas no laudo pericial:

> *"Nelson: e aí, deixa eu falar pra você, eu preciso conversar com você, eu arrumei só metade do dinheiro, arrumei só quinze. Interlocutor: vou falar com os meninos aqui.*
>
> *Nelson: então fala e retorna pra mim aí cara.*
>
> *Interlocutor: falou.*
>
> *Nelson: oi*
>
> *Interlocutor: alô;*
>
> *Nelson: alo.*
>
> *Interlocutor: o Nelson, conversou comigo aqui, você passou o valor pra ele aí.*
>
> *Nelson: isso, foi os quinze mil que eu arrumei, eu vou falar pra você tá difícil as coisas meu parceiro, tudo mundo quer ganhar, cê tá ligado.*
>
> *Interlocutor: então é o seguinte, com esse valor aí nós vamos apreender essa carga sua tá, não tem acordo.*
>
> *Nelson: então beleza, vamos chegar lá e vocês vão levar eu e o cigarro, beleza.*
>
> *Interlocutor: exatamente, nós vamos fazer isso.*
>
> *Nelson: então tá, tranquilo, falou".*

Não fosse isso, as declarações prestadas pela vítima – Nelson – tanto na fase indiciária quanto em juízo foram firmes e convincentes em apontar a participação dos acusados no crime de concussão e, além disso, foram corroboradas pelo depoimento prestado por João Cavalheiro, o qual teve a sua residência invadida pelos milicianos e que confirmou, fielmente, a versão apresentada pela vítima.

No que diz respeito à alegação de que o PM Tiago sequer era lotado em Dourados, exercendo suas atividades funcionais na cidade de Douradina, tal fato mostra-se irrelevante, sobretudo pelo fato de que, como visto, os policiais agiram à paisana, não sendo tal fato importante à desconstituição da prática delitiva.

Ademais, foram os acusados PM Tiago e PM Evanildo presos em flagrante delito, sendo que, na oportunidade, havia *in loco* agentes federais e militares participando das diligências, os quais confirmaram toda sequência lógica dos fatos.

Quanto ao acusado PM Elton da Silva Moura, cuja prisão ocorreu em data posterior ao flagrante, foi ele também reconhecido pela vítima como sendo a pessoa que esteve na residência de seu tio (João Cavalheiro) e lhe exigiu o dinheiro para liberar a mercadoria apreendida - carga de cigarro -, bem como, dias antes dos fatos, o havia abordado quando estava em uma viatura do DOF, sendo oportuno destacar, ainda, que é ele cunhado do PM Tiago.

Outro fato relevante a se constar é o depoimento prestado pela testemunha Bruna da Silva Rebellato que, por ter sido namorada de Nelson e ter conhecimento dos fatos, acabou recebendo ameaças à sua integridade física e de sua genitora (f. 182-184 do IPM):

> *"(...) perguntado se tem conhecimento de que Nelson testava sendo extorquindo por policiais militares, respondeu que sim, que soube dos fatos quando Nelson lhe procurou pedindo o celular emprestado para receber um áudio, ocasião em que emprestou o aparelho celular e recebeu o áudio, sendo que no áudio era possível ouvir que os policiais queriam um valor em dinheiro e que não teria acordo pelo valor que Nelson queria pagar, sendo assim eles levariam a mercadoria. Perguntado se recorda a data em que emprestou o celular para receber o áudio, respondeu que mais ou menos entre os dias 13 a 15 de janeiro (...) por fim a depoente apresenta um áudio que vai anexo ao depoimento, que sua mãe recebeu de uma pessoa chamada Meire, no qual consta ameaça a depoente e sua mãe. Perguntado qual a ligação entre Nelson e sua mãe, respondeu que a mãe da depoente emprestou o cheque sem fundo para Nelson entregar aos policiais, que ela o conhece por conta da depoente ter namorado Nelson. Perguntado quem é Eduardo, que aparece no áudio, respondeu que só sabe que é uma pessoa que mexe com cigarro, que foi ameaçada e levada para dentro do mato por três policiais num carro prata e que o recado teria que chegar ao Nelson, para que ele não comparecesse na audiência, bem como que o recado chegasse a depoente e a mãe dela (...)".*

Conclui-se, portanto, que as provas existentes no processo comprovaram satisfatoriamente a autoria delitiva dos acusados Ivanildo Gomes da Silva, Elton da Silva Moura e Tiago de Freitas Galvão no crime de concussão que lhes foi imputado.

Desse modo, em parte com o parecer, acompanho o voto do eminente relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e, no mérito, 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, 9 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0033976-68.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA E FALSIDADE IDEOLÓGICA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CONDENAÇÃO PELO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA OPERADA – PARCIALMENTE PROVIDO – DE OFÍCIO EXTINTA A PUNIBILIDADE.

Sob o crivo do contraditório, o apelado confessou a pratica delitiva, afirmando que efetivamente se apropriou das mercadorias da empresa em que trabalhava com o intuito de revender posteriormente para outros clientes. O crime de apropriação indébita restou consumado no momento em que o réu se apropriou das mercadorias da empresa em que trabalhava e fez uso deles como se dono fosse, vendendo-os a terceiros, o que prova o *animus rem sibi habendi* na conduta. A confissão judicial atrelada às demais provas colhidas no caderno processual levam à condenação do réu pelo crime de apropriação indébita.

Noutro norte, o crime de falsidade ideológica configura o crime-meio para a apropriação indébita, pois foi através da falsificação das assinaturas dos clientes da empresa na qual trabalhava que o apelante obteve a apropriação das mercadorias que eram dirigidas aos clientes. Toda vez que a falsidade é endereçada à pratica da apropriação indébita, deve-se ter como caracterizado tão-só este último crime, vez que a falsidade, constituindo-se em crime-meio, fica absorvida por aquele, sendo, de consequência impunível. Aplicação do princípio da consunção, ficando o delito previsto no art. 299 do Código Penal absorvido pelo descrito no art. 168, § 1º, III, do Código Penal, subsistindo apenas a pena deste delito.

Nesse contexto, o prazo para que a pretensão punitiva do Estado esteja fulminada pela prescrição é de quatro (04) anos, a teor do disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal. Já transcorrido mais de quatro anos entre a data do recebimento da denúncia e a presente data, impende decretar a extinção da punibilidade do réu pelo crime de apropriação indébita, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no artigo 107, inciso IV c/c artigo 109, V, todos do Código Penal.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para o fim de condenar o réu pela prática do crime de apropriação indébita. De ofício, decreta-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

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 e, de ofício, decretar extinta a punibilidade do apelado pela prescrição da pretensão punitiva.

Campo Grande, 9 de agosto de 2018.

Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público em face da sentença que absolveu Marcos Roberto Santana da acusação da prática das condutas descritas no art. 168, § 1º, inciso III e art. 299, ambos do Código Penal.

Nas razões recursais de f. 223-233 pugna pela condenação nos termos da denúncia.

A defesa apresentou contrarrazões as f. 235-245 pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria de Justiça as f. 252-256 pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público em face da sentença que absolveu Marcos Roberto Santana da acusação da prática das condutas descritas no art. 168, § 1º, inciso III e art. 299, ambos do Código Penal.

Nas razões recursais de f. 223-233 pugna pela condenação nos termos da denúncia.

Passo a analisar.

Narra a denúncia:

> *"Consta do incluso inquérito que no durante o mês de janeiro de 2011 [sic], horário incerto, o denunciado Marcos Roberto de Santana apropriou-se, em razão de seu emprego, mercadoria da empresa em que trabalhava, revendo os produtos que desviava, gerando um prejuízo total de mais de R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais) à vítima Comercial Automotiva Ltda.*
>
> *Deflui-se dos autos que o supervisor geral de vendas Valter Gomes de Azevedo averiguou irregularidades por parte do vendedor Marcos Roberto Santana durante o mês de janeiro, constando alguns clientes inadimplentes.*
>
> *Os clientes foram avisados e desconheciam totalmente os pedidos de produtos, pois não foram solicitados pelas empresas. Ademais, constatou-se que os canhotos assinados não correspondiam com a assinatura dos clientes.*
>
> *A vítima descobriu também que as mercadorias vendidas pelo denunciado não chegavam aos seus destinos, tendo como funcionário Daniel Barbosa dos Santos (f. 06) confirmado que Marcos interceptava os produtos, alegando que ele mesmo os levaria.*
>
> *Quando interrogado, o Marcos confessou a prática delitiva, afirmando que em diversas situações assinava de próprio punho em nome do recebedor da empresa Viação Campo Grande, e revendeu mercadorias destinada à empresa Claudecir Ferreira Brandão – ME, tendo inclusive feito compras junto à empresa/vítima em nome da Empresa Osmar Kaku, também assinado as notas fiscais, fato desconhecido pelas empresas/clientes (f. 16, 21 e 24)."*

Quanto ao crime de apropriação indébita, o recurso comporta provimento.

A materialidade e autoria do delito estão comprovadas através do boletim de ocorrência (f. 6-8), auto de apreensão (f. 16-17), notas fiscais (f. 18-75), bem como pelos depoimentos testemunhais e interrogatório do réu.

Sob o crivo do contraditório, o apelado confessou a prática delitiva, afirmando que efetivamente se apropriou das mercadorias da empresa Comercial Automotiva Ltda, com o intuito de revender posteriormente para outros clientes, calculando um prejuízo para a empresa de aproximadamente R$ 12.000,00. Disse que "embora não justifique", praticou tais condutas porque era viciado em jogos de azar, dizendo que "o dinheiro nunca dava". Explicou que vendia os produtos para oficinas e outros clientes, e que assinava de próprio punho algumas notas fiscais; (...)" (f. 157)

A testemunha Daniel Barbosa dos Santos, que trabalha na empresa "Comercial Automotiva Ltda", relatou em juízo que ainda é entregador de uma empresa que terceirizava serviços de entrega para a empresa Comercial Automotiva Ltda. Disse que possuía relação de amizade com o requerido e várias vezes Marcos o telefonava dizendo que iria retirar um novo pedido, uma nova entrega. Explicou que diversas vezes Marcos encontrava o depoente e dizia que já estava indo no cliente e pedia para que deixasse ele mesmo entregar o produto, o depoente só fazia a exigência para Marcos que ele trouxesse a nota fiscal, o "canhotinho", com o nome e o RG da pessoa. Afirmou que a função de Marcos era vendedor, e sua função era levar amostras, catálogos, e não levar o produto ao cliente, pelas normas da empresa, ele nem podia fazer isso, essa era a função do depoente, porém várias vezes Marcos o interceptava e pedia para que deixasse que ele levava o produto ao cliente, e o depoente, de boa-fé, confiando, entregava ao Marcos os bens. Narrou que Marcos, após entregar a mercadoria aos clientes, trazia ao depoente os canhotos assinados que eram entregues na empresa e as notas fiscais devidamente assinadas. Que os fatos foram descobertos quando as empresas passaram a constar como inadimplentes, mas alegaram não haver efetuado as compras. Contou que tinha outros promotores de venda na empresa, porém apenas Marcos pedia para entregar os produtos (...). " (arquivo de áudio de f. 157)

Tem-se ainda o depoimento judicial da testemunha Valter Gomes de Azevedo - supervisor da filial da unidade da empresa em questão. Afirmou que a função de Marcos era a de promotor de vendas, que era uma função externa, que possuía um celular e um *noteebok*, e quando visitava um cliente, e esse cliente pedia algo, ele transferia via notebook esse pedido para a filial. Narrou que semanalmente havia reuniões com os promotores de venda, para ver como andava as carteiras de clientes e os níveis de inadimplência. Explicou que em algumas dessas reuniões foi verificado que alguns clientes que não eram comum estarem inadimplentes, começaram a ficar. Relatou que os fatos ocorreram no final de janeiro, e no começo de fevereiro Marcos ia tirar férias, então o depoente, ligou para ele nesses últimos dias de trabalho de Marcos, ligou para ele para questionar sobre o número de clientes inadimplentes, e Marcos disse que iria verificar e ligaria ainda naquela semana. Disse que passou a semana e Marcos não ligou, e na semana seguinte já entrou de férias. Afirmou que tentou entrar em contato com o acusado de todas as formas, chegou até mesmo a ir na casa dele, porém não o encontrou lá, ficou sabendo que ele foi passar as férias no Paraná. Contou que, como Marcos não estava presente, o depoente foi falar com os clientes que constavam a inadimplência, foi quando houve a surpresa em saber que os clientes não haviam comprado os produtos em questão, não reconheciam aquela dívida. Narrou que levou para os clientes as notas e canhotos assinados supostamente assinadas por eles, e que tais clientes não reconheceram aquelas assinaturas, e que não foram eles quem compraram a mercadoria. Afirmou que, passado as férias de Marcos, ele não retornou para a empresa, decidiram então publicar no Correio do Estado, convocando-o a comparecer na empresa, porém mesmo assim não obtiveram êxito, portanto, resolveram registrar um BO. Narrou que o prejuízo da empresa foi de aproximadamente R$ 20.000,00 a R$ 22.000,00. Contou que quando apresentou os canhotos aos clientes,

eles logo perceberam que aquelas assinaturas não eram deles, e que fizeram até mesmo uma assinatura ao lado da falsa, para mostrar que não se tratava da mesma (arquivo de áudio de f. 157)

As testemunhas Claudeonor Augusto Pinto e Claudecir Ferreira Brandão, proprietários de duas das empresas envolvidas, confirmaram não haver efetuado as compras em que figuraram como inadimplentes, referentes aos bens apropriados por Marcos (arquivo de áudio de f. 157).

O crime de apropriação indébita restou consumado no momento em que o réu se apropriou das mercadorias da empresa em que trabalhava e fez uso deles como se dono fosse, vendendo-os a terceiros, o que prova o *animus rem sibi habendi* na conduta.

A propósito do assunto, leciona Bitencourt:

> *"No crime de apropriação indébita, como já referimos, há uma inversão do título da posse, já que o agente passa a agir como se dono fosse da coisa alheia de que tem a posse legítima. É fundamental a presença do elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria, como elemento subjetivo especial do injusto, sob pena de não configurar a apropriação indevida."*[1]

Nesse sentido:

> *"(...) APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – CRIME CARACTERIZADO – CONDENAÇÃO MANTIDA. Restando devidamente comprovado que o acusado apropriou-se indevidamente, de bem móvel do qual tinha posse, negando-se a restituí-lo, configurado restou o crime de apropriação indébita. Improvimento ao recurso que se impõe."* (TJ-MG - APR: 10382150018341001 MG, Relator: Antônio Carlos Cruvinel, Data de Julgamento: 26/09/2017, Câmaras Criminais / 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/10/2017)

Malgrado a negativa de autoria, tal versão está isolada nos autos, não encontrando amparo nos demais elementos probatórios.

Ademais, resta infirmada, uma vez que, por seu turno, os elementos que conferem substrato à condenação são suficientes, compostos por depoimentos testemunhais, palavra da vítima, notas fiscais.

A confissão do acusado na fase extrajudicial, ratificada perante o juízo, aliado à demais elementos probatórios contido nos autos, é suficiente para fundamentar um édito condenatório pelo crime de apropriação indébita em razão de emprego.

Noutro norte, o crime de falsidade ideológica configura o crime-meio para a apropriação indébita, pois foi através da falsificação das assinaturas dos clientes da empresa na qual trabalhava que o apelante obteve a apropriação das mercadorias que eram dirigidas aos clientes.

Toda vez que a falsidade é endereçada à prática da apropriação indébita, deve-se ter como caracterizado tão-só este último crime, vez que a falsidade, constituindo-se em crime-meio, fica absorvida por aquele, sendo, de consequência impunível.

Trago a definição de princípio da consunção, de acordo com a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

> *"Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quanto o fato previsto em determinada norma*

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

> *é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração. Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando-se o princípio major absorbet minorem. Assim, as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio, ou o furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e de violação de domicílio etc. A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta. Há consunção quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente. (...)"* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013)

Neste sentido, colaciono os julgados:

> *"Não há nulidade do feito em decorrência da ausência de auto de avaliação, uma vez que em nada influenciaria o deslindo do feito, restando devidamente comprovada, pela prova testemunhal, a apropriação indébita dos valores constantes nos cupons fiscais, bem como a falsidade ideológica, sendo desnecessário o quantum efetivamente desviado, sobretudo porque não houve condenação à indenização á vítima. Mérito. Absolvição pelo crime de falsidade ideológica, ante a aplicação do princípio da consunção. Condenação pelos demais fatos mantida. Conjunto probatório que demonstra a efetiva apropriação das quantias narrada na exordial. Não há falar em participação de menor importância, quando a acusada participou ativamente das ações delitivas, criando operações fraudulentas, por meio de falsificação de documentos, para se apropriar de quantias em dinheiro. Pena redimensionada. PRELIMINARES REJEITADAS – UNÂNIME – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA – MAIORIA.*" (Apelação Crime Nº 70054130067, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 25/07/2013)

> *"(...) Se o crime de falsidade é utilizado como meio para a prática dodelito de apropriação indébita, aquele é por este absorvido.Precedentes. III. Absorvido o delito de falsidade ideológica (crime-meio), epersistindo apenas o delito de apropriação indébita, para o qual foiaplicada a regra do art. 181 do Código Penal, a ré fica isenta dapena, diante da condição negativa de punibilidade. IV. Não há ilegalidade na dosimetria se a majoração da pena-base se deu de maneira devidamente fundamentada, com base na valoraçãonegativa das circunstâncias judiciais. V. Havendo suficiente fundamentação quanto às circunstâncias quelevaram à exasperação da reprimenda, mantém-se a dosimetria aplicadana condenação, tornando-se descabida a análise mais acurada dosmotivos utilizados para tanto, o que ensejaria a reapreciação dematéria fático-probatória, inviável na via especial, diante do óbiceda Súmula 07 desta Corte. VI. Recurso parcialmente provido.*(STJ - REsp: 1185954 PE 2010/0051455-0, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 16/12/2010, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 01/02/2011)

Por tais fundamentos, aplico o princípio da consunção, ficando o delito previsto no art. 299 do Código Penal absorvido pelo descrito no art. 168, § 1º, III, do Código Penal, subsistindo apenas a pena deste delito.

Isto posto, julgo parcialmente procedente o recurso de apelação ministerial e condeno o réu Marcos Roberto Santana nas penas do art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

Observado o disposto no art. 59 do Código Penal, o grau de culpabilidade é normal à espécie delitiva; os antecedentes não são maculados (f. 158-160); não há elementos para aferição da conduta social e personalidade; os motivos do crime são próprios de delitos contra o patrimônio - lucro; as circunstâncias do crime não desbordam da normalidade; as consequências foram acentuadas, porquanto de grande monta o prejuízo suportado pela vítima (aproximadamente RS 22.000,00), além dos transtornos às empresas em nome de quem o réu imputou as dívidas, ou seja, sua conduta irradiou em terceiros além da vítima; o comportamento da vítima não influiu.

Fixo a pena-base em 01 ano e 06 meses de reclusão e 16 dias-multa.

Na segunda fase, sem agravantes e presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena ao mínimo legal de 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Na terceira fase, sem causa de diminuição e presente a causa de aumento da prática do delito em razão de emprego, na fração de 1/3, resta a pena em 01 ano e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, que sem outros elementos, torna-se definitiva.

Imperativo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Nesse contexto, o prazo para que a pretensão punitiva do Estado esteja fulminada pela prescrição é de quatro (04) anos, a teor do disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal.

O fato imputado ocorreu em janeiro de 2011, a denúncia foi recebida em 20.06.2012 (f. 113), sendo proferida sentença absolutória no dia 25.05.2017, fato que não interrompe a prescrição.

Já transcorrido mais de quatro anos entre a data do recebimento da denúncia e a presente data, impende decretar a extinção da punibilidade do réu pelo crime de apropriação indébita, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no artigo 107, inciso IV c/c artigo 109, V, todos do Código Penal.

Em parte, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para o fim de condenar o réu pela prática do crime de apropriação indébita. De ofício, decreta-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso e, de ofício, decretaram extinta a punibilidade do apelado pela prescrição da pretensão punitiva.

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, 9 de agosto de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000131-11.2015.8.12.0043 - São Gabriel do Oeste
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – NEGATIVA A ORDEM DE PARADA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE – ATIPICIDADE – CRIME DE DESACATO CONSIDERADO E RESISTÊNCIA – MANUTENÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CRIMES OCORRIDOS NUM MESMO CONTEXTO FÁTICO E EM PROGRESSIVIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Em respeito ao princípio da fragmentariedade, deve ser mantida a absolvição do crime de desobediência, em virtude de não acatamento de ordem de parada, posto que possui sanção administrativa própria.

Se os crimes de resistência e desacato ocorreram num mesmo contexto fático e em progressividade, deve ser aplicado o princípio da consunção.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME DE DESACATO – ART. 331 DO CP – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PALAVRA DAS VÍTIMAS CORROBORADAS POR TESTEMUNHA PRESENCIAL – NEGATIVA DO RÉU ISOLADA E SEM COMPROVAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Restando devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do crime previsto no artigo 331 do Código Penal, consistente em desacatar os policiais militares, imperiosa a manutenção da condenação firmada em primeira instância, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, negar provimento ao recurso Ministerial, e, com o parecer, negar provimento ao recurso de Francisco Rodrigues de Oliveira.

Campo Grande, 10 de julho de 2018.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Francisco Rodrigues de Oliveira e Ministério Público Estadual contra a sentença de f. 94-98, que condenou o primeiro pela prática do crime previsto no art. 331 do CP, à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos e o absolveu dos crimes de ameaça, resistência e desobediência, por insuficiência de provas.

O *Parquet,* em razões recursais às f. 115-122, pleiteia a condenação do réu pelos crimes previstos nos artigos 329 e 330 do Código Penal.

Francisco Rodrigues de Oliveira, em razões recursais às f. 146-156, requer sua absolvição por atipicidade da conduta.

Contrarrazões das partes às f. 124-133 e 164-171, pelo improvimento dos recursos interpostos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 175-187, pelo improvimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por Francisco Rodrigues de Oliveira e Ministério Público Estadual contra a sentença de f. 94-98, que condenou o primeiro pela prática do crime previsto no art. 331 do CP, à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos e o absolveu dos crimes de ameaça, resistência e desobediência, por insuficiência de provas.

O magistrado *a quo* fundamentou a condenação, ante a comprovação da autoria e materialidade delitivas nos seguintes termos:

> *(...)*
>
> *Pois bem.*
>
> *Patente a prova suficiente para justificar a condenação, mormente porque está em perfeita consonância com a dinâmica dos fatos tratados nos autos.*
>
> *No entanto, cumpre asseverar que a negativa de acompanhar os policias até a delegacia, não tipifica a resistência (TACrSP, RT 656/307).*
>
> *No mesmo turno a pretensão punitiva acerca da desobediência não merece prosperar. Isso porque, se o agente desacata, desobedece e ameaça funcionário, só responde pelo delito mais grave que é o desacato, ficando os outros absorvidos (TAMG, RT 536/378).*
>
> *Por sua vez, o crime de ameaça, para sua caracterização exige que as palavras dirigidas à vítima sejam capazes de lhe incutir medo, sendo ainda, irrelevante o estado emocional do acusado, mesmo em acalorada discussão, claro dos autos que a vítima não teve qualquer medo das palavras a ela direcionadas.*
>
> *Portanto, a condenação pelo crime de desacato, apenas, é medida justa.*
>
> *III*
>
> *Ante o exposto, condeno Francisco Rodrigues de Oliveira como incurso nas penas do artigo 331 do CP e absolvo dos crimes de ameaça, resistência e desobediência, nos termos do art. 386, inc. III, do CPP Código de Processo Penal.*

Das provas

A materialidade delitiva está comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 08-09); auto de resistência (f. 10); ficha de atendimento no hospital (f. 11).

Passa-se à análise da autoria e conduta perpetrada.

O réu Francisco Rodrigues de Oliveira, ao prestar depoimento na esfera policial (f. 05), sustenta que conduzia um caminhão com mudança, quando avistou uma viatura da PM no meio da rua que estava abordando dois menores de idade. Que ao se aproximar os PM's Flávio José e Castro informaram que ele devia dar marcha ré e voltar, ao que se negou. Que os PMs desligaram à força seu caminhão e o "arrancaram" de dentro dele. Que o Sgto. Castro lhe disse no Batalhão da PM "agora você vai ter o que merece" e lá foi algemado, preso e colocado dentro da viatura.

Rute Heleno de Oliveira Paula, na fase extrajudicial (f. 18), que morava em residência em frente ao local dos fatos, afirma que:

> *"(...) avistou a situação onde viu que a PM estava fazendo abordagem, contudo presenciou a chegada de um homem em um caminhão "baú", onde não conhece ninguém que estava naquele local, informa ainda que somente viu os policiais militares fazendo gestos juntamente com o autor, viu ainda que o motorista do caminhão gesticulou muito afirma ainda que o motorista do caminhão avançou muitas vezes contra a PM. Declara que a PM chegou abrir a porta do caminhão para que o motorista saísse, contudo o autor não desceu do caminhão após alguns segundo somente avistou que o motorista do caminhão estava resistindo e lutando contra os PMS presentes no local. (...) Informa ainda que depois de algum tempo o autor se rendeu e entrou na viatura da PM (sic)."*

O policial militar Geulian Alves de Castro (f. 19), perante a autoridade policial, relata que estava fazendo a abordagem de dois indivíduos e por isso a viatura ficou posicionada na via com o giroflex ligado. Que o autor trafegava na via e foi advertido pelo SD Flávio para retornar ou aguardar o final da abordagem. Que o autor não obedeceu a ordem e teve que ser retirado do caminhão, pois ficava tentando passar pelo local, sendo necessário utilização de força moderada para contê-lo. Que o autor proferiu várias ofensas e ameaças a ele e seu colega.

Em juízo foram ouvidas as testemunhas e interrogado o réu (f. 76).

Flávio José Moreira Rodrigues, Sd PM, uma das vítimas, afirma que os fatos narrados na inicial são verdadeiros. Que ele e o policial Castro estavam fazendo ronda numa viatura policial no Bairro Jardim Gramado, na rua Perdizes. Que visualizaram dois jovens em atitude suspeita e como foi rápida a abordagem, pararam a viatura na rua para abordagem dos suspeitos. Que Francisco veio e ele deu ordem de parada e ele não parou e continuou vindo em direção. Castro também pediu para ele parar e ele veio em direção a ele. Que tiveram que tirar ele de dentro do caminhão. Que ele, apesar de exigido, não apresentou os documentos solicitados. Foi necessário o uso de força para tirá-lo de dentro do caminhão. Que Francisco os xingou e mais ao policial Castro e que se sentiu ofendido. Que foi difícil colocá-lo na viatura, porque Francisco é muito forte e que chegou a danificar a viatura. Que Francisco falou que eles estavam perseguindo ele e lhes proferiu ameaças. Que por causa desta confusão não chegaram nem a checar no sistema os outros dois indivíduos. Nunca teve nenhuma outra ocorrência com o réu e não tem qualquer problema pessoal com ele. Que no local não havia nenhum PM de nome Manoel.

Geulian alves de Castro, o outro PM vítima, diz que fazia ronda com Flávio José, ao que avistaram dois suspeitos e resolveram abordá-los. Que a viatura ficou bem no meio da pista e deu ordem de parada para os dois indivíduos. Que Francisco vinha num caminhão baú e Flávio José falou para ele voltar ou aguardar a abordagem. Que Francisco não obedeceu e que ele podia ver perfeitamente que se tratava de viatura policial, inclusive com o giroflex ligado. Que Francisco jogou o caminhão para cima de Flávio José

e então o depoente mandou ele parar e Francisco continuou e ele subiu e o tirou de dentro do caminhão. Que ele resistiu à prisão. Que Francisco os xingou. Que Francisco foi conduzido para a delegacia. Que Francisco usou de palavras de baixo calão contra eles e também o ameaçou de morte. Conhece o réu de ocorrências, mas jamais o havia prendido. Que nunca teve desentendimento com ele. Que o Sargento Manoel mandou eles algemarem Francisco, isso na delegacia, mas que Manoel não foi no local onde estavam.

Rute Heleno de Oliveira Paula, testemunha presencial, diz que mora no local, fica sentada com seu neto na frente da casa. Que no dia dos fatos, somente viu mas não escutou nada. Viu que a polícia militar estava abordando os dois menores e nesse momento chegou o caminhão. Que viu que o motorista do caminhão gesticulava com os braços e um dos policiais pediu que ele recuasse, mas ele continuou ali "querendo passar, querendo passar" quando viu o desentendimento deles. Viu os policiais tirarem ele à força do caminhão. Que no local estavam somente os policiais e o acusado. Dava pra ver que houve uma discussão. De onde estava não deu pra ver se ele foi algemado. Dava para identificar que os policiais estavam fazendo uma abordagem policial, pois estavam ocupando toda rua. Que não veio no local um terceiro policial.

Rosemar Neves da Silva de Oliveira, esposa do réu, foi ouvida como informante. Diz que seu marido estava levando um caminhão para fazer uma mudança. Que ela estava com o carro dela atrás. Que havia a viatura policial na rua. Que quando viu Castro estava na frente do caminhão com os braços abertos e depois viu eles tirando ele à força do caminhão e levando para a viatura. Não ouviu nada. Não sabe se teve pedido para Francisco parar ou mudar a rota. Não sabe se seu marido xingou os policiais.

O réu Francisco Rodrigues de Oliveira, diz que estava subindo pela rua Perdizes e tava com o caminhão para fazer uma mudança e a sua esposa atrás com a caminhonete. Que quando chegou perto da viatura os policias estavam na rua e ele falou que seu caminhão passava tanto de um lado como do outro, mas que mandaram ele parar e pularam na frente e pediram o documento e quando baixou já arrancaram ele de dentro. Que está sendo perseguido por eles faz tempo. Que foram para o 'pilotão' e não para a delegacia e veio "manoelzinho" que falou que "vc tá preso rapaz". Que colocaram ele na viatura policial algemado e lá ficou por cerca de meia hora. Que os policiais lhe perseguem, mas ele não faz mal pra ninguém. Que jamais fez ameaça ao soldado Castro. Não desobedeceu a ordem de parada. Que desligou o caminhão e os PMs que lhe arrancaram de dentro do veículo. Que inclusive já denunciou vários policiais na corregedoria e na promotoria. Que essa acusação foi inventada, tanto é que foi "manoelzinho" que lhe algemou na militar. Que o PM Castro tem raiva dele, por causa que ele estava na casa de sua sobrinha e ela separou.

Do recurso ministerial

O *Parquet,* pleiteia a condenação do réu pelos crimes previstos nos artigos 329 (resistência) e 330 (desobediência) do Código Penal, sustentando que os delitos possuem desígnios autônomos do crime de desacato.

Depreende-se, com relação ao delito de desobediência, que a magistrada considerou como conduta atípica, porque no seu entender, o fato de o apelado não querer acompanhar espontaneamente os policiais até a delegacia não configuraria o crime. E ainda, a magistrada entendeu, que ainda que típica a conduta, os crimes de resistência e desobediência deveriam ser absorvidos pelo crime mais grave, no caso, o desacato.

Da denúncia, observa-se que o crime de desobediência não se deu em função de Francisco não acompanhar os policias até a delegacia, mas sim porque:

> *"(...) na data e local e dos fatos, policiais militares realizavam abordagem pessoal de dois indivíduos (ocasião em que parte da via encontrava-se bloqueada pela viatura policial), momento em que o denunciado, ao deparar-se com tal situação e conduzindo um caminhão, recebeu ordem de parada ou desvio do policial SD Flávio, porém o denunciado desobedeceu a ordem legal efetuada pelo referido policial, obstruindo barreira policial.*

Ou seja, foi emitida uma ordem de parada ou de desvio, que foi descumprida. Segunda a testemunha presencial Rute, realmente foi dada ordem de parada para Francisco e esse além de não parar, por duas vezes teria "jogado" o veículo para cima dos policias. Segundo referida testemunha era nítido estar acontecendo uma abordagem policial no local.

Porém temos que o simples descumprimento de ordem de parada não constitui crime, pois possui sanção administrativa prevista no art. 195 da Lei nº 9.503/97, devendo ser aplicado aqui o princípio da fragmentariedade do direito penal, pois este somente deve ser utilizado de forma subsidiária, ou seja, como *ultima ratio.* Portanto, tenho que a absolvição do delito de desobediência deve ser mantida.

A propósito:

> *EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – PENAL E PROCESSO PENAL – DESOBEDIÊNCIA – ORDEM DE PARADA DESRESPEITADA – CONDUTA ATÍPICA – MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – PROVIMENTO. Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico. Nesse sentido, deve ser decretada a absolvição quanto a prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade. Embargos infringentes e de nulidade a que se dá provimento em razão da atipicidade da conduta de desobedecer ordem de parada.* (TJMS; EI-Nul 0002558-87.2014.8.12.0019; Seção Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 26/10/2017; Pág. 122)
>
> *APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDOS ABSOLUTÓRIOS – DESOBEDIÊNCIA – ORDEM DE PARADA NO TRÂNSITO – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E NÃO CRIME – FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL – RECEPTAÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO SOBRE O CONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM – ÉDITO MANTIDO – PENA – REVISÃO – CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE – REGIME ABRANDADO. É inviável a condenação no crime de desobediência se não houver prova do dolo do agente em desprestigiar ou atentar contra a dignidade da Administração (art330 do Código Penal), como ocorre no caso em que o agente não observa a ordem policial de parada no trânsito tão somente para se livrar de flagrante. Estabelecendo a lei pena administrativa ou civil para a desobediência da ordem, não se caracteriza o crime do art. 330 do CP, salvo se houver previsão expressa de aplicação cumulativa. O direito penal tem caráter fragmentário e assume que os demais ramos têm plenas condições de oferecer às variadas espécies de bens jurídicos, proteção diferenciada, suficiente para a tutela. De acordo com o enunciado sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, é "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", a qualquer título. O cidadão deve responder pelo que fez (direito penal do fato) e não pelo que é (malfadado direito penal do autor), da forma que as moduladoras da conduta social e da personalidade, tal como ocorre com a do comportamento da vítima, somente podem ser sopesadas em favor do acusado se favoráveis, devendo ser neutralizadas em caso contrário. É obrigatória a imposição do regime correspondente à pena concreta se o réu é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis e não houver aumento da primeira fase da dosimetria, pois o agravamento prisional exige fundamentação idônea justificando-o e, para tanto, não pode o julgador valer-se da gravidade abstrata do delito. Recurso parcialmente provido, em maior extensão que o parecer.* (TJMS; APL 0009326-20.2013.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 03/07/2017; Pág. 84)
>
> *APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – INTEMPESTIVIDADE DAS RAZÕES RECURSAIS – MERA IRREGULARIDADE – DESOBEDIÊNCIA – ORDEM DE PARADA DESRESPEITADA – CONDUTA ATÍPICA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – AUTO DE CONSTATAÇÃO – PROVA TESTEMUNHAL*

> *– CONDENAÇÃO MANTIDA – PARCIAL PROVIMENTO. O oferecimento das razões recursais após o prazo legal consiste em mera irregularidade, vez que a tempestividade recursal é aferida no momento da interposição do pedido. Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico, conduzindo à absolvição do agente pela prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade. É de se manter a condenação pelo crime do art. 306, da Lei nº 9.503/97, quando a prova testemunhal aliada ao auto de constatação demonstram a embriaguez do acusado. Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para absolver o réu da prática do crime de desobediência.* (TJMS; APL 0000238-03.2015.8.12.0028; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Isabel de Matos Rocha; DJMS 15/12/2016; Pág. 55)

No que pertine à aplicação do princípio da consunção, entre a resistência e desacato, necessário analisarmos o desenrolar dos fatos ocorridos.

De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles - menos grave - represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último.

Das provas colhidas depreende-se que o crime de resistência e desacato ocorreram simultaneamente, pois no mesmo instante em que opunha resistência física à prisão Francisco também desacatava os policiais.

Por conseguinte, evidencia-se que as infrações ocorrem num mesmo contexto fático, com uma relação de dependência e progressividade.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – RESISTÊNCIA E DESACATO – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA QUANTO À RESISTÊNCIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – CRIME DE RESISTÊNCIA ABSORVIDO PELO DESACATO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. O crime de desacato, por ser mais grave, absorve o de resistência, quando praticados num só contexto, devendo se mantida a decisão que rejeitou a denúncia quanto ao crime previsto no art. 329 do Código Penal.* (TJMS; RSE 0010796-45.2016.8.12.0110; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 15/05/2018; Pág. 54)

> *APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO, RESISTÊNCIA – E DANO QUALIFICADO – RESISTÊNCIA E DESACATO. Inequívocas a materialidade e a autoria dos delitos diante da prova oral colhida durante a instrução, tendo o réu admitido as condutas em juízo. Princípio da consunção. Tendo em vista que tais condutas foram praticadas simultaneamente, em um mesmo contexto fático, aplica-se o princípio da consunção. Na hipótese de duplo apenamento, estaria caracterizado o bis in idem. Condenação pelo crime de resistência afastada, por ser o crime com menor apenamento. Dano qualificado. Diante da consistente palavra dos policiais e do laudo pericial de dano em veículo oficial, comprovadas a materialidade e a autoria do crime. Apenamento. Redimensionado. Mantidos o regime aberto para o cumprimento da pena e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pena de multa. Mantida, pois fixada no mínimo legal. Apelação parcialmente provida.* (TJRS; ACr 0140223-03.2017.8.21.7000; São Gabriel; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry; Julg. 28/03/2018; DJERS 26/04/2018)

> *APELAÇÃO – PENAL – DESOBEDIÊNCIA, RESISTÊNCIA E AMEAÇA – ORDEM DE PARADA DESRESPEITADA – CONDUTA ATÍPICA – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO*

> *– OCORRÊNCIA – RESISTÊNCIA E AMEAÇA – CONSUNÇÃO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO INVIÁVEL – NÃO PROVIMENTO. Desobedecer ordem policial de parada constitui infração administrativa, sendo fato penalmente atípico. Nesse sentido é de ser mantida a absolvição do agente ante a prática do crime de desobediência, em homenagem ao princípio da fragmentariedade. Considerando que as infrações foram cometidas num mesmo contexto e com evidente relação de dependência e progressividade entre os fatos é de se reconhecer o princípio da consunção entre os crimes de desobediência e desacato. Ante a inexistência de provas sólidas que atestem a materialidade e a autoria do crime não há que se falar em reforma de decisão absolutória. Apelação ministerial a que se nega provimento, ante ao acerto da decisão impugnada.* (TJMS; APL 0000126-31.2014.8.12.0105; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 26/07/2017; Pág. 67)

Desta forma, deve ser mantida a absorção do crime de resistência pelo de desacato.

Do recurso defensivo

Francisco Rodrigues de Oliveira requer sua absolvição por atipicidade da conduta.

Porém, sem razão o apelante.

Pelas provas coligidas e da análise de todas circunstâncias fáticas desenvolvidas, observa-se a ocorrência do delito em tela.

Rogério Sanches[1] que a conduta punida no art. 331 do CP é:

> *"(...) a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará que se identifique o desacato. Desacatar é, em síntese, achincalhar, menosprezar, humilhar,* ***desprestigiar o servidor por meio de gestos, palavras ou escritos****" – grifo nosso.*

Do caderno processual é possível evidenciar que de fato o apelante desacatou os policiais militares tanto com gestos como com palavras, posto que a narrativa da testemunha presencial Rute se coaduna com a oitiva das vítimas, conforme provas alhures citadas e transcritas.

Frise-se de que a afirmação do réu de que seria perseguido pelos policiais vítimas, encontra-se destituída de qualquer comprovação, não passando, portanto, de alegação, que não tem o condão de subsidiar sua absolvição do crime em apreço.

Portanto, a condenação pelo delito do art. 331 deve ser mantida conforme a sentença e demais fundamentos ora esposados, sendo inaplicável ao caso o princípio do *in dubio pro reo.*

Quanto ao prequestionamento, nos termos da fundamentação acima exarada, não se constata violação aos artigos 329, 330 e 331 do CP.

Ante o exposto:

Contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial

Com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Francisco Rodrigues de Oliveira.

1 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts 121 a 361).** 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso ministerial, e, com o parecer, negaram provimento ao recurso de Francisco Rodrigues de Oliveira.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 10 de julho de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 0002740-86.2017.8.12.0110 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – DANO QUALIFICADO (ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DO CP) SUPOSTAMENTE PRATICADO CONTRA HOMEM NO MESMO CONTEXTO FÁTICO – ART. 5º DA LEI 11.340/06 – COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA – VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR O PRESENTE FEITO – CONEXÃO INSTRUMENTAL – ARTIGO 76, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONFLITO IMPROCEDENTE.

Prevalece a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familar contra a Mulher para processar e julgar infrações conexas com o crime praticado contra mulher no âmbito das relações domésticas.

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, 17 de julho de 2018.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar da Mulher da Comarca de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, no âmbito da Queixa-Crime nº 0002740-86.2017.8.12.0110, em que figura como ré Thallita Cristina Barros Barbosa.

Versam os autos sobre o crime de dano qualificado pelo motivo egoístico e pelo prejuízo considerável para a vítima (art. 163, parágrafo único, IV, do Código Penal), supostamente praticado por Thallita Cristina Barros Barbosa, contra a vítima Diniz Ferreira Azuaga, seu ex-namorado.

Consta que os autos foram distribuídos originalmente ao Juízo de Direito da 2ª Vara de Juizado Especial Central, que acolhendo o pedido do Ministério Público Estadual, encaminhou o feito para ser distribuído a uma das varas criminais, considerando a soma das penas máximas cominadas aos delitos.

Os autos foram distribuídos ao Juízo da 2ª Vara Criminal, que declinou da competência para o juízo suscitante, diante da conexão probatória com os Autos de nº 0018053-26.2017 (no qual se apura o delito de lesão corporal supostamente cometido por Diniz Ferreira Azuaga contra Thallita Cristina Barros).

Ao receber o processo o Juiz de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar da Mulher da Comarca de Campo Grande suscitou conflito negativo de jurisdição, ao fundamento que o suposto fato delitivo não se encontra no âmbito do artigo 5º da Lei 11.340/06.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 123-126, pelo acolhimento do conflito negativo de competência suscitado, para que seja reconhecida a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar da Mulher da Comarca de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, no âmbito da Queixa-Crime nº 0002740-86.2017.8.12.0110, em que figura como ré Thallita Cristina Barros Barbosa.

Versam os autos sobre o crime de dano qualificado pelo motivo egoístico e pelo prejuízo considerável para a vítima (art. 163, parágrafo único, IV, do Código Penal), supostamente praticado por Thallita Cristina Barros Barbosa, contra a vítima Diniz Ferreira Azuaga, seu ex-namorado.

Consta que os autos foram distribuídos originalmente ao Juízo de Direito da 2ª Vara de Juizado Especial Central, que acolhendo o pedido do Ministério Público Estadual, encaminhou o feito para ser distribuído a uma das varas criminais, considerando a soma das penas máximas cominadas aos delitos. Os autos foram distribuídos ao Juízo da 2ª Vara Criminal, que declinou da competência para o juízo suscitante, diante da conexão probatória com os Autos de nº 0018053-26.2017 (no qual se apura o delito de lesão corporal supostamente cometido por Diniz Ferreira Azuaga contra Thallita Cristina Barros).

Ao receber o processo o Juiz de Direito da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar da Mulher da Comarca de Campo Grande suscitou conflito negativo de jurisdição, ao fundamento que o suposto fato delitivo não se encontra no âmbito do artigo 5º da Lei 11.340/06.

Com efeito, o conflito deve ser julgado improcedente. Senão, vejamos:

No caso, como bem destacado no parecer da Procuradoria de Justiça, que faço de razões de decidir, adotando a técnica da motivação *per relationem*[1] à f. 125, "*as infrações penais noticiadas e contidas na queixa-crime proposta por Diniz contra Thallita, pelo crime de dano, e na denúncia promovida contra Diniz, tendo como vítima Thallita, quanto ao crime de ameaça e lesão corporal, deram-se em situação de violência, no âmbito doméstico, pois as partes eram namorados, na época dos fatos, sendo certo que os boletins de ocorrência versam sobre os mesmos fatos, ou sejam, boletim de ocorrência nº 25/2017* (Autos nº 0002740-86.2017.8.12.0110, f. 04), e Boletim de Ocorrência nº 564.17 (Autos nº 0018053-26.2017.8.12.0001)."

Assim, é manifesta a ocorrência de conexão entre os delitos praticados no âmbito da violência doméstica e o de dano qualificado contra o autor da queixa-crime de f. 44-47, porquanto deram-se no mesmo contexto fático, e a prova de uma infração influi na prova de outra.

1 STJ. Informativo nº 0517, Período: 2 de maio de 2013.Segunda Turma. DIREITO PROCESSUAL CIVIL – FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. É legítima a adoção da técnica de fundamentação referencial *per relationem*, consistente na alusão e incorporação formal, em ato jurisdicional, de decisão anterior ou parecer do Ministério Público. Precedente citado: REsp 1.194.768-PR, Segunda Turma, DJe 10/11/2011. EDcl no AgRg no AREsp 94.942-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 5/2/2013.

Desta forma, o caso atrai a incidência da hipótese prevista no art. 76, III, do CPP, que trata da competência pela conexão instrumental, importando na unidade de processo e julgamento, conforme determina o art. 79 do mesmo diploma legal.

A propósito, em casos de crime contra a mulher no âmbito familiar, a competência do Juizado de Violência Doméstica é absoluta, em razão da matéria, exercendo a *vis attractiva* dos delitos conexos comuns cometidos dentro do mesmo contexto fático, pois, nesse caso, a justiça especializada prevalece sobre a ordinária.

A jurisprudência desta Corte Estadual é pacífica quanto ao entendimento de que prevalece a competência do juízo da vara de violência doméstica e familar contra a mulher para processar e julgar infrações conexas com o crime praticado contra mulher no âmbito das relações domésticas. A propósito:

> *EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – DELITOS DOS ARTS. 243 DA LEI Nº 8.069/90, 310 DA LEI Nº 9.503/97 E 28 DA LEI Nº 11.343/06 – CONEXÃO INSTRUMENTAL (ART. 76 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) – CONTEXTO E EPISÓDIO SIMULTÂNEOS. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO. Se os crimes ocorreram no mesmo local e contexto fático e pelo mesmo agente, a hipótese é de ações conexas, nos termos do art. 76, I e III, do CPP, justificando a competência da vara especializada. De acordo com o parecer. Conflito procedente.* (TJMS. Conflito de Jurisdição nº 1600874-50.2016.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 01/03/2018, p: 05/03/2018)

> *EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – LESÃO CORPORAL PRATICADA PELO PAI CONTRA FILHA MENOR – VIAS DE FATO PERPETRADAS CONTRA EX-ESPOSA – UNICIDADE DE CONTEXTO FÁTICO – CONEXÃO INSTRUMENTAL – INCIDÊNCIA DO ART. 76, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONFLITO PROCEDENTE, COM O PARECER. Despontando do caderno processual a interligação dos fatos, perpetrados em um mesmo contexto fático, enfim, unicidade que realça o liame entre os casos, a possibilitar o reconhecimento da conexão instrumental, também denominada probatória ou processual, que se concretiza quando a prova de um delito reflete, ou se apresenta correlacionada à existência de outro, se afigura inevitável a reunião dos processos, inclusive para se evitar decisões conflitantes, ex vi do artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal. Tratando-se de competência absoluta, em razão da matéria (Lei 11.340/2006), a prorrogação culmina por atrair as infrações conexas, mesmo em caso de eventual absolvição, consoante artigo 81 do Código de Processo Penal, afastando-se, por corolário, o risco de decisões conflitantes. Diante da unicidade de contexto fático, a afastar a caracterização de circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes e versando o caso sobre imputações endereçadas a um único acusado, inexistindo qualquer outro motivo relevante, descabe a separação dos processos abordada no artigo 80 do Código de Processo Penal. Conflito procedente, com o parecer.* (TJMS. Conflito de Jurisdição nº 1600426-43.2017.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 01/06/2017, p: 02/06/2017)

> *EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIMES DE LESÃO CORPORAL PRATICADOS EM FACE DA EX-ESPOSA, SOGRA, CUNHADA E DO FILHO – MESMO CONTEXTO FÁTICO – CONEXÃO INSTRUMENTAL – ARTIGO 76, INCISO III, DO CPP – COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PARA APURAÇÃO DE TODOS OS DELITOS – CONFLITO PROCEDENTE. 1. A competência será determinada pela conexão, quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Havendo conexão probatória entre delitos abrangidos pela Lei nº 11.340/06 e outro*

crime de competência do Juízo comum, todos devem ser julgados pelo juízo competente para apreciação das ações penais relacionadas à violência doméstica e familiar, pois a competência da Vara Especializada prevalece e atrai os crimes conexos. 2. Conflito acolhido para declarar a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para julgar os crimes conexos àquele abrangido pela Lei nº 11.340/06. (TJMS. Conflito de Jurisdição nº 1600779-20.2016.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 01/12/2016, p: 02/12/2016)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – VARA CRIMINAL DE COMPETÊNCIA ESPECIAL – CRIME DE MAUS TRATOS – ARTIGO 136 DO CÓDIGO PENAL – CONEXÃO INSTRUMENTAL – ARTIGO 76, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONFLITO PROCEDENTE. O crime de maus tratos, em tese praticado contra a criança, está ligado circunstancialmente ao crime de ameaça, verificando-se a conexão instrumental entre eles, prevista no artigo 76, III, do CPP, pois foi cometido no mesmo episódio em que ocorreu a ameaça e a vias de fato, motivo pelo qual é de competência da vara da violência doméstica e familiar contra a mulher o processamento e julgamento da ação penal originária. (TJMS. Conflito de Jurisdição nº 1602594-86.2015.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 08/03/2016, p: 09/03/2016)

Ante o exposto, com o parecer, julgo improcedente o presente conflito, fixando a competência do Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar da Mulher da Comarca de Campo Grande para processar e julgar o presente feito.

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. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Desª Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 17 de julho de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0202665-93.2009.8.12.0029 - Naviraí
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO – ARTIGO 16 DA LEI Nº 10.826/03 (LEI DE DESARMAMENTO) – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE OU VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – CABIMENTO – CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Além do amplo acervo probatório a indicar a autoria e, sobretudo, a materialidade delitiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,*"(...) pacificada nos autos do AgRg nos EAREsp nº 260.556/SC, no sentido de que o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 é de perigo abstrato, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. (HC 411.450/RJ, Quinta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)"*

Em que pese o apelante ter sido denunciado pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, o magistrado singular o condenou por crime diverso - posse ilegal de arma de fogo de uso restrito -, pois levou em consideração que a referida arma encontrava-se com a numeração suprimida.

No caso ocorreu o instituto da *emendatio libelli*, a qual, conforme entendimento doutrinário, não ofende o princípio da correlação entre a acusação e sentença, já que o réu defende-se dos fatos que lhe são imputados.

A pena pecuniária deve ser proporcional ao dano e as condições econômicas do réu, sendo necessário para a fixação a observância aos pressupostos previstos no artigo 59 do Código Penal.

Defere-se os benefícios da justiça gratuita, porquanto porquanto preenchido os requisitos previstos em lei.

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 com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 14 de agosto de 2018.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por Dalmir dos Santos contra a sentença às f. 217-231, que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV (possuir arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado), da Lei nº 10.826/03, à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, a qual restou substituída por duas penas restritivas de direitos.

Em razões recursais, às f. 258-266, requer sua absolvição por ausência de materialidade ou, alternativamente, ante a violação ao princípio da congruência.

Subsidiariamente, requer a reforma das condições impostas à substituição da pena e os benefícios da justiça gratuita. Ao final, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, às f. 273-282, o Ministério Público Estadual pugna pelo improvimento. Elabora prequestionamento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 290-300, pelo não provimento do apelo defensivo. Prequestiona a matéria.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por Dalmir dos Santos contra a sentença às f. 217-231, que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV (possuir arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado), da Lei nº 10.826/03, à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, a qual restou substituída por duas penas restritivas de direitos.

Narra o aditamento da denúncia, às f. 166-170, que:

> *"(...) Apurou-se dos presentes autos que, além dos crimes de estupro de vulnerável e falsa identidade, já narrados expressamente na denúncia, consta que no dia 26 de outubro de 2009, na Rua Gardélia, 670, Bairro Sol Nascente, nesta cidade e comarca, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, possuía arma de fogo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, consistente em 01 (uma) espingarda, sem marca aparente, calibre 32mm (conforme auto de apreensão f. 29), a qual se encontra apta ao fim a que se destina (conforme laudo de vistoria em arma de fogo de f. 34-35)"*

Em razões recursais, às f. 258-266, requer sua absolvição por ausência de materialidade ou, alternativamente, ante a violação ao princípio da congruência.

Subsidiariamente, requer a reforma das condições impostas à substituição da pena e os benefícios da justiça gratuita. Ao final, prequestiona a matéria.

Da absolvição por ausência de materialidade

Aduz a defesa, às f. 260, que padece de materialidade delitiva a condenação proferida, porquanto a vistoria de arma de fogo de f. 35-36 não atendeu as determinações legais, notadamente porque *"exige que a perícia seja realizada por peritos oficiais, quando da sua impossibilidade por duas pessoas idôneas com nível superior"*.

Contudo, tal argumento não merece prosperar. Senão, vejamos:

Prescreve o artigo 159, § 1º, CPP, o seguinte:

> *"Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.(...)".*

Com efeito, na fase extrajudicial, às f. 35-36, consta o laudo de vistoria de arma de fogo realizada por policiais civis, Carlos Ojeda e Erasmo Martinez Gonzales, que foram nomeados *ad – hoc*, pela delegada de polícia civil titular.

É sabido que para o ingresso nas fileiras da polícia civil exige-se formação de nível superior, sem a qual não lhe é permitida a investidura no cargo, não havendo que se falar em inobservância do CPP.

Ademais, verifica-se que a condenação ocorreu com base no amplo acervo probatório constante do caderno processual acerca da materialidade, e ainda da autoria, delitiva, constantes do auto de prisão em flagrante delito de f. 05-08, auto de exibição e apreensão de f. 30, pelo boletim de ocorrência de f. 33-34, pelo laudo de vistoria em arma de fogo de f. 35-36, bem como pelas demais provas orais carreadas no caderno processual.

Ademais, prescindível a aferição da lesividade do objeto do crime, porquanto é sabido que crimes desta estirpe são de natureza de perigo abstrato, não se exigindo ocorrência de situações de perigo concreto, uma vez que o legislador, ao elaborar o estatuto do desarmamento, objetivou, de uma forma incipiente, salvaguardar a segurança pública e a paz social.

Como esclarece o Ministro Ribeira Dantas,

> *"(...) a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, pacificada nos autos do AgRg nos EAREsp nº 260.556/SC, no sentido de que o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 é de perigo abstrato, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. (HC 411.450/RJ, Quinta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)"*

A propósito:

> *POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – DESNECESSIDADE DE PERÍCIA PARA ATESTAR POTENCIALIDADE LESIVA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. (...)*
>
> *2. Também é da jurisprudência iterativa deste Tribunal não ser necessária perícia para atestar potencialidade lesiva do artefato, justamente em razão da natureza do delito (...) 4. Ordem denegada.* (*HC* 411.835/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ART. 16 DA LEI 10.826/03 – POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO – DELITO DE PERIGO ABSTRATO – CRIME DE MERA CONDUTA – COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE – PRESCINDIBILIDADE – TIPICIDADE CONFIGURADA – REEXAME DO CONJUNTO*

FÁTICO-PROBATÓRIO – DESNECESSÁRIO – NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ.

I - A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que, para a configuração do crime tipificado no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 - no caso, posse ilegal de munição de uso proibido/restrito -, é irrelevante o fato de haver perícia para se aferir a lesividade do artefato, por se tratar de delito de perigo abstrato (precedentes).(...)Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1632442/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 06/03/2017)

Assim, descabida a alegação de ausência de materialidade delitiva.

Da absolvição por violação ao princípio da congruência

Alega o recorrente, às f. 262, que:

"(...) em uma análise minuciosa na peça acusatória não há em nenhum ponto a descrição do termo restrito. Logo, não há como manter a sentença, pois em que pese o magistrado ter dito que o fato estaria narrado, em momento algum foi mencionado na exordial. A denúncia foi pelo delito de posse de arma de fogo de uso permitido, tanto na capitulação legal, quanto nos fatos narrados, assim, condenar o apelante por posse de arma de fogo de uso restrito, é agir com condenável surpresa."

Consta do aditamento da denúncia às f. 166-170, *in verbis*:

"(...) Apurou-se dos presentes autos que, além dos crimes de estupro de vulnerável e falsa identidade, já narrados expressamente na denúncia, consta que no dia 26 de outubro de 2009, na Rua Gardélia, 670, Bairro Sol Nascente, nesta cidade e comarca, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta ***, possuía arma de fogo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, consistente em 01 (uma) espingarda, sem marca aparente, calibre 32mm (conforme auto de apreensão f. 29), a qual se encontra apta ao fim a que se destina (conforme laudo de vistoria em arma de fogo de f. 34-35).***

Após serem informados sobre os crimes de estupro, os policiais civis dirigiram-se à residência do denunciado, o qual conforme narrado na denúncia, atribuiu a si falsa identidade.

Na sequência, após comprovado que o réu era a pessoa de Dalmir, ***os policiais o indagaram sobre a existência de arma de fogo na residência, momento em que a esposa do mesmo afirmou que sim, levando os policiais até o quarto do denunciado, onde foi apreendida a arma, no interior de uma gaveta do criado mudo.***

Ante o exposto, ***estando o denunciado Dalmir Dos Santos incurso também nas sanções do artigo 12 da Lei 10.826/03, requer-se seja a presente R. e A., sendo o denunciado citado e interrogado, em especial, quanto ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido, processado e condenado, não havendo necessidade de oitiva das testemunhas já ouvidas.****". (...)".* Grifei.

Com efeito, com fulcro no artigo 569 do CPP[1], verifico que o representante do Ministério Público narrou com clareza o fato pelo qual se imputou o crime da Lei nº 10.823/03 ao agente (como as autoridades tomaram conhecimento, as circunstâncias em que fora apreendida, sua posse e etc.), como determina o artigo 41 do CPP[2].

1 Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.

2 Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Em que pese o apelante ter sido denunciado pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, o magistrado singular o condenou por crime diverso posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, pois levou em consideração que a referida arma encontrava-se com a numeração suprimida.

No caso concreto, ocorreu o instituto da *emendatio libelli*, o qual, conforme entendimento doutrinário, não ofende o princípio da correlação entre a acusação e sentença, muito menos os princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da imputação legal.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 383, dispõe 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".*

Renato Brasileiro de Lima, leciona a respeito. Vejamos:

> *"Como se percebe, na emendatio libelli, o fato delituoso descrito na peça acusatória permanece o mesmo, ou seja, é mantida inalterada a base fática da imputação, limitando-se o juiz a corrigir uma classificação mal formulada, o que poderá ser feito ainda que haja a aplicação de pena mais grave. De fato, quando o art. 383, caput, do CPP, faz menção à definição jurídica diversa, refere-se à capitulação ou classificação feita pelo autor na inicial acusatória, em cumprimento ao disposto no art. 41 do CPP. Assim, dar definição jurídica diversa consiste apenas em alterar a capitulação, ou seja, fazer o juízo de tipicidade de maneira adequada, permanecendo inalterada a imputação fática. (...) Nesses casos de emendatio libelli, não há que se falar em violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença. Afinal, firmada a premissa de que, no processo penal, o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, não haverá qualquer violação à ampla defesa, nem tampouco ao contraditório, já que o fato delituoso pelo qual o acusado se viu condenado foi imputado a ele na peça acusatória."*

No mesmo sentido:

> *(....) Quanto ao pleito de nulidade do processo ou exclusão da majorante do crime continuado, é mister ressaltar que o magistrado não está vinculado à capitulação legal posta na denúncia, mas aos fatos nela expostos, tendo liberdade para condenar o réu em outro dispositivo legal que não àquele que figura na inicial, desde que não haja modificaçãoo no cenário fático delimitado no início da persecução penal emendatio libelli. 02- Analisando os autos, tem-se que o Juízo a quo agiu acertadamente, uma vez que a peça inicial acusatória delineou vários delitos de roubo, posto que informou que todos os passageiros que se encontravam no coletivo tiveram seus pertences subtraídos, havendo apenas um equívoco na capitulação legal passível de correção por meio do instituto da emendatio libelli, o que de fato ocorreu no caso ora em análise. 03- Da narrativa fática, conclui-se que o apelante rendeu os passageiros de um único coletivo, subtraindo seus pertences, o que demonstra que com uma única conduta, praticou diversos atos delituosos, fato este que se amolda perfeitamente na regra prevista no art. 70 do Código Penal. Recurso Conhecido e não provido – Decisão Unânime – Reconhecimento, de Ofício, do Concurso Formal.* (TJ-AL-APL: 00008325320108020001 AL 0000832-53.2010.8.02.0001, Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, Data de Julgamento: 21/05/2014, Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/05/2014). (...)"

Com razão o magistrado singular, pois a conduta do apelante amolda-se perfeitamente ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03: *portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado* .

Como bem destacado na sentença às f. 226-228:

> *"A arma apreendida, segundo o laudo pericial, não possui marca e numeração aparente, portanto, apesar do calibre, seu uso é proibido, pois não poderia ser eventualmente registrada pelo proprietário. Assim, o crime em questão não é o do art. 12, e sim, do art. 16, parágrafo único, inciso IV da Lei 10.826/03.*
>
> *(...)*
>
> *Outrossim, vale frisar que ao magistrado é possibilitado atribuir definição jurídica diversa da contida da denúncia, desde que não modificada a descrição dos fatos, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave (art. 383 do CPP).*
>
> *Desta forma, restando comprovadas nos autos a autoria e a materialidade do delito de posse irregular de arma de fogo com numeração, marca ou outro sinal identificador suprimido, a condenação do acusado se torna impositiva, como forma de repulsa as condutas ilícitas dessa natureza.*
>
> *(...)"*

Assim, não há se discutir o equívoco relacionado à literalidade contida na denúncia – "permitido" em detrimento de "restrito" –, pois tal qualidade diz respeito à correta capitulação legal (arts. 12 ou 16 da Lei de Desarmamento).

Deste modo, mantém-se a condenação, nos moldes em que foi proferida.

Da pena pecuniária

Afirma ainda o recorrente, às f. 264, que:

> *"(...) Percebe-se que a substituição condicionada pelo magistrado é totalmente desproporcional, manter tal situação é em verdade impedir o apelante de usufruir da substituição pena. A pena-base foi fixada no mínimo legal, o apelante é assistido pela Defensoria Pública Estadual, o que por si já demonstra a hipossuficiência."*

Assim,

> *"(...) as condições da substituição não podem ser mantidas".*

No caso concreto, o apelante teve a pena privativa de liberdade substituída por prestação pecuniária, no importe de 5 (cinco) salários mínimos, e prestação de serviços à comunidade, em favor de entidade beneficente ou de assistência social, sem fins lucrativos, a ser definida oportunamente, em sede de audiência admonitória, à razão de uma hora de tarefas a ser cumprida por cada dia de condenação.

Dispõe o Código Penal, em seu artigo 45, § 1º, do Código Penal, que o juiz poderá fixar a pena de prestação pecuniária entre os valores de 01 (um) a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. A propósito, *in verbis*:

> *"Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.*
>
> *§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.*

Como pena substitutiva, o seu valor é fixado livremente pelo juiz levando em conta a reprovação do delito, a prevenção contra a prática de novos crimes e a capacidade econômica do condenado, ainda que favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

É cediço que:

> *"(...) a prestação pecuniária substitutiva da pena carcerária deve ser fixada atendendo às condições econômicas do apenado e o grau de reprovabilidade da sua conduta, incumbindo ao juiz fundamentar a respectiva imposição"* (Apelação Criminal nº 2011.007265-8, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 22-8-2011).

A pena pecuniária foi fixada, às f. 229-230, nos seguintes termos:

> *"(...) Tendo em vista que o réu reúne condições subjetivas favoráveis e que o crime pelo qual foi condenado não fora praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, e estando presentes os requisitos autorizadores do art. 44, do Código penal, substituo-lhe a sanção corpórea por duas de natureza alternativa, consistentes em: a) prestação pecuniária, no importe de 5 (cinco)salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos ao dia, que deverá ser recolhida na Subconta Judicial 434631, e; b) prestação de serviços à comunidade, em favor de entidade beneficente ou de assistência social, sem fins lucrativos, a ser definida oportunamente, em sede de audiência admonitória, à razão de uma hora de tarefas a ser cumprida por cada dia de condenação.(...)".*

No caso dos autos, inexistem elementos concretos que indiquem que o apelante possua capacidade econômica para arcar com a prestação pecuniária fixada pelo magistrado singular.

Ora, conforme auto de vida pregressa de f. 28, verifico o apelante é mestre de obras (construtor civil), auferindo uma renda mensal de aproximadamente R$ 1.000,00 (um mil reais).

Outrossim, verifica-se a hipossuficiência do acusado ao passo que foi assistido pela Defensoria Pública Estadual nesta fase recursal.

Ademais, a pena privativa de liberdade e multa foram fixadas em seus respectivos mínimos legais, não havendo outras causas modificadoras na segunda ou terceira fase que tivesse o condão de exasperá-las.

Deste modo, verifica-se que se trata de pessoa com parcos redimentos com pena pecuniária fixada desproporcionalmente com a pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

> *(...) REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – VIABILIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO EXACERBADA – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ARBITRADA NO PATAMAR MÍNIMO – ADEMAIS, RÉ AGRICULTORA E NÃO REMUNERADA EM ALTAS PROPORÇÕES. PRECEDENTES DESTA CORTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.* (TJSC; ACR 2013.066309-1; Pinhalzinho; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Marli Mosimann Vargas; Julg. 10/06/2014; DJSC 16/06/2014; Pág. 315)"

> *LEI Nº 10.826/03 – PORTE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E PORTE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NÃO MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DELITOS DE MERA CONDUTA – NÃO CABIMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – TESE DE CRIME ÚNICO AFASTADA – DIMINUIÇÃO DAS PENAS-BASES – VIABILIDADE – REDUÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – NECESSIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO MAJORAÇÃO DA PENA – MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO DOS*

> *DIREITOS POLÍTICOS – ISENÇÃO DE CUSTAS DE OFÍCIO. (...)Para a configuração dos delitos dispostos nos artigos 14 e 16, ambos da Lei nº 10.826/03, crimes de mera conduta, não é necessário que o agente tenha agido com finalidade específica, além disso, basta apenas a probabilidade de dano e não sua efetiva ocorrência, ou seja, é necessária tão somente a posse de munições de uso permitido e restrito sem a devida autorização. Não se mostra possível aplicar o princípio da insignificância aos crimes tipificados nos artigos 14 e 16, ambos do Estatuto do Desarmamento, pois tais delitos põem em risco a incolumidade pública, a segurança nacional e a paz social. Se as condutas praticadas pelo réu se amoldam a tipos penais distintos, inviável é o reconhecimento de crime único e o afastamento do concurso formal. Não tendo sido bem dosadas, cabível é a diminuição das penas-bases. Deve ser reduzida a pena de prestação pecuniária fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação. Cabe isentar do pagamento das custas processuais, de ofício, o réu assistido pela Defensoria Pública, com base no art. 10 da Lei nº 14.939/2003.* (TJMG; APCR 1.0024.09.545438-5/001; Rel. Des. José Mauro Catta Preta Leal; Julg. 29/05/2014; DJEMG 09/06/2014)"

Portanto, a pena pecuniária deve ser reduzida para 1 (um) salário mínimo.

Concedo o benefício da justiça gratuita, porquanto assistido pela Defensoria Pública e preenchido os requisitos previstos em lei.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos suscitados, tenho que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, em razão de terem sido todos amplamente debatidos nos presentes autos.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir o valor da prestação pecuniária para 1 (um) salário mínimo (valor mínimo estabelecido pela Lei) e conceder os benefícios da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 14 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001632-69.2016.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO E TRÁFICO DE DROGAS – ALEGADA ATIPICIDADE DO CRIME DE DESACATO POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – DESCABIMENTO – FIGURA TÍPICA QUE SE HARMONIZA COM O VIGENTE ORDENAMENTO JURÍDICO – DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO PARA USO – NÃO ACOLHIMENTO – TRAFICÂNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO COM A ALTERAÇÃO *EX OFFICIO* DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA DE DETENÇÃO.

O delito de desacato não conflita com a convenção americana de direitos humanos, já que o exercício da liberdade de expressão e pensamento não é absoluto e comporta limites, de modo que a conduta de desrespeitar, menosprezar ou ofender o agente público no exercício de sua função ou em razão dela, possibilita a tipificação do crime previsto no art. 331 do Código Penal.

Se o conjunto probatório é suficiente e harmônico no sentido de que o entorpecente apreendido era destinado à circulação/difusão na forma do que prescreve o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.434/06, conforme seguramente demonstram os testemunhos dos policiais, que se encontram devidamente corroborados pelas circunstâncias do flagrante, especialmente pela apreensão de drogas já fracionadas em porções unitárias e de uma balança de precisão, resta devidamente comprovado o crime de tráfico de drogas, não havendo falar em desclassificação para outra modalidade delitiva.

Observando-se que as penas cominadas aos delitos praticados em concurso material são de espécies distintas, o regime deverá ser estabelecido individualmente, pois "*no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela*" (art. 69, *caput*, *in fine*, do Código Penal). Assim, para a reclusão, tendo em vista o *quantum* da reprimenda e as circunstâncias judiciais, resta adequado o regime inicial fechado. Já para a detenção, considerando que o *quantum* é inferior a 04 anos, mas que as circunstâncias judiciais não são plenamente favoráveis, impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto.

Recurso improvido, com a alteração *ex officio* do regime inicial de cumprimento da pena de detenção.

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, 19 de julho de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – em substituição legal

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Cícero Augusto de Souza em face da sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo-MS, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia e condenou-o por infração ao artigo 33, da Lei 11.343/2006, e artigo 331, do Código Penal, às penas de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa e 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Nas razões recursais (f. 172-187), o apelante requer sua absolvição quanto ao crime de desacato, haja vista a inconvencionalidade e, ainda, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Prequestiona os artigos 331, do Código Penal, 33 e 28, ambos da lei 11.343/2006.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 194-211), pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se a sentença combatida em todos os seus termos.

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 229-252, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, ao final, propõe que seja fixado o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena de detenção.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Cícero Augusto de Souza em face da sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo-MS, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia e condenou-o por infração ao artigo 33 da Lei 11.343/2006 e artigo 331 do Código Penal, às penas de 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa e 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Nas razões recursais (f. 172-187), o apelante requer sua absolvição quanto ao crime de desacato, haja vista a inconvencionalidade e, ainda, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Prequestiona os artigos 331 do Código Penal, 33 e 28, ambos da Lei 11.343/2006.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 194-211), pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se a sentença combatida em todos os seus termos.

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 229-252, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, ao final, propõe que seja fixado o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena de detenção.

Passo à análise do mérito recursal.

Inicialmente em relação ao crime de desacato, inexiste a aventada violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Referido tratado, em seu art. 13, dita que:

> *"(...) toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha".*

Em que pese recomendar aos Estados a garantia da liberdade de pensamento e de expressão – o que, aliás, é assegurado pela Constituição Federal (art. 5º, inc. IV e IX) – , a própria Convenção Americana de Direitos Humanos aconselha a observação de limites para o exercício desse direito, sugerindo a previsão de:

> *"(...) responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas" (art. 13.2).*

Nessa esteira, percebe-se, sem qualquer esforço, que o tratado em questão não impede a criminalização da conduta de "*desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela*" (art. 331 do Código Penal), porquanto este tipo penal tutela o respeito e prestigio da função pública, resguardando, de modo indireto, a ordem e a segurança, já que coíbe manifestações ofensivas que objetivem desrespeitar, menosprezar ou humilhar o agente público no exercício de seu mister.

Vale dizer, a tipificação não impede o particular de expressar e manifestar livremente seu pensamento, bastando, para tanto, que se paute pela civilidade e urbanidade, evitando excessos.

É firme, ademais, o entendimento jurisprudencial acerca da compatibilidade entre o crime de desacato e a convenção americana dos direitos humanos, conforme ilustram os seguintes precedentes das Cortes Superiores:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – CRIME DE DESACATO – CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADE NO STJ – RECURSO DESPROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que o crime de desacato permanece vigente no ordenamento jurídico pátrio. Precedentes. Recurso desprovido.* (STJ; AgRg-HC 434.163; Proc. 2018/0014606-0; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; Julg. 05/06/2018; DJE 15/06/2018; Pág. 1937)

> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA PENAL – CRIME DE DESACATO CP, ART. 331). Compatibilidade com o art. 13 da convenção americana de direitos humanos (CADH) – alegada violação a preceitos constitucionais – ausência de ofensa direta à constituição – precedentes – agravo interno improvido*. (STF; RE-AgR 1.105.134; Rel. Min. Celso de Mello; DJE 13/06/2018)

Impossível, portanto, o acolhimento da tese defensiva.

Com relação ao pedido de desclassificação do tráfico para uso, melhor sorte também não socorre a defesa.

Vejamos.

Com efeito, o crime de tráfico de drogas caracteriza-se quando praticado algum dos 18 verbos nucleares do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, *verbis*:

> *Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Nessa esteira, a destinação da droga prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06 ostenta natureza especial e deverá ser verificada diante da conduta, da natureza, da quantidade da substância entorpecente, do local e das condições em que se desenvolveu a ação, sem prejuízo da apuração das circunstâncias objetivas, sociais e pessoais.

A propósito, colho o seguinte julgado:

> *"(...) A prova, no tráfico de entorpecentes praticado com características de maior gravidade, deve ser apreciada em seu conjunto, não podendo ser desprezados depoimentos de policiais e nem indícios e presunções que levam à conclusão da responsabilidade penal dos acusados (...)."* (TRF - 4.ª Reg. - AC 92.04.08590-8 - Rel. Ari Pangendler - JSTJ E TRF LEX 47/525)

Assim, além da comprovação da materialidade e da autoria, para a delimitação da incidência da norma penal faz-se necessária a conjugação de todas as evidências fáticas colhidas durante a instrução processual, a fim de se aferir a destinação do entorpecente (se para a circulação/disseminação ou consumo pessoal).

Pois bem.

A inicial acusatória narra que:

> *"(...) no dia 24 de novembro de 2016, às 20h37min, na Rua Conceição do Rio Pardo, no cruzamento com a Rua Senador Filinto Muller, nesta cidade, o denunciado Cícero Augusto de Souza, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, trazia consigo 05 (cinco) porções de substância entorpecente análoga à pasta base de cocaína, com peso total de 1,1g (um grama e um decigrama) e 01 (uma) porção de substância análoga à maconha, com peso de 1,6g (um grama e seis decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar." (f. 01-04).*

Segundo infere-se dos autos, os policiais abordaram o veículo onde o apelante estava na condição de passageiro, na oportunidade pediram para o motorista e o apelante descerem do carro, o que foi prontamente atendido pelo motorista e não pelo apelante, causando estranheza. Após insistência Cícero desceu e ao fazer a revista foi localizado uma balança de precisão em sua roupa íntima, assim, foi realizada a vistoria no automóvel também, sendo localizado uma porção de maconha e cinco papelotes de pasta base de cocaína.

O teor do auto de prisão em flagrante delito (f. 07-09), do boletim de ocorrência (f. 10-11), do auto de exibição e apreensão (f. 13-14) e do auto de exame de constatação de entorpecente (f. 16-19) evidenciam que, de fato, houve a apreensão das substâncias entorpecentes e da balança de precisão.

Em juízo, sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa, a testemunha Derik Lucas de Almeida Lopes, apesar de relatar que não viu os policiais pegarem nada com Cícero, afirmou que viu quando acharam a maconha no console do veículo, mas tal produto não seria seu. Disse também que o maço de cigarro encontrado no veículo era de Cícero. Por fim, vale ressaltar que a testemunha relatou que na ocasião da abordagem os policiais separam os dois, ele ficou num canto da viatura e Cícero no outro canto, por tal razão ele não teve visão, não podendo afirmar categoricamente nem que a droga seria ou não de Cícero, porém, reafirmou novamente que a maconha estava no console do carro.

Também sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa, o policial militar Marcos Augusto Barbosa declarou que na ocasião fazia rondas com o soltado Tiago e abordaram o veículo VW Gol, no qual estavam dois indivíduos, Derik de motorista e Cícero de passageiro, sendo que solicitaram para que os mesmos descessem do veículo, o que foi atendido prontamente por Derik, tendo Cícero permanecido no interior do veículo e após muita insistência ele desceu. Ato contínuo, o soldado Tiago fez revista no apelante e

localizou com ele uma balança de precisão em sua cueca, tendo então Cícero sido conduzido para a viatura, continuando as buscas no interior do veículo foi encontrado entre os bancos da frente uma substância de cor esverdeada com cheiro e característica de ser maconha e também no assoalho do carro foi encontrado um maço de cigarros, contendo cinco papelotes de substância de cor amarelada com cheiro e característica de ser pasta base de cocaína. (f. 144).

Tal versão encontra-se em perfeita sintonia com o depoimento prestado na fase inquisitorial pelo policial militar Thiago Silva Lara (f. 25-26).

Como se vê, os depoimentos judiciais prestados pelos policiais encontram-se em sintonia com os demais elementos de convicção constantes dos autos, notadamente com a apreensão de porções individuais de drogas, de balança de precisão, bem como com as demais circunstâncias do flagrante. Trata-se, portanto, de conjunto probatório seguro, que autoriza o juízo de certeza acerca da prática do delito de tráfico de drogas narrado na denúncia.

Impende registrar que não há qualquer suspeição no testemunho dos policiais e já se decidiu, por inúmeras vezes, que tais depoimentos são válidos e eficazes para embasar um decreto condenatório, mormente quando confirmados em juízo e em harmonia com demais elementos de prova.

A propósito:

> *"(...) De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos. (...)."* (*HC* 98766/SP 2008/0009791-4, Sexta Turma, Min. Og Fernandes, em 05/11/2009)

Se não bastasse, a própria dinâmica dos fatos não deixa parar dúvidas sobre a efetiva ocorrência do crime de tráfico de drogas, sobretudo porque a substância entorpecente estava disposta em nada menos que 05 porções individuais, método costumeiramente empregado por traficantes para realizar a venda ilícita de drogas diretamente aos usuários e, ademais, durante a busca realizada houve a apreensão de uma balança de precisão.

Não é crível, portanto, que a droga serviria ao mero uso pessoal, conforme evidenciam a prova oral, os elementos informativos e as circunstâncias e constatações acima destacadas.

Em casos similares, assim manifestou-se esta Corte de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06) E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/03). PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE(ART. 28 DA LEI 11.343/06) – TESE DESCONTEXTUALIZADA EM RELAÇÃO AO CONJUNTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Diante do conjunto probatório acostado aos autos, consistentes nas particularidades da prisão, esclarecimentos em juízo prestado pelos policiais civis que atuaram na ocorrência, a quantidade (127 gramas de cocaína) e o modo de acondicionamento do entorpecente (divididos em porções), descabe o acolhimento do pedido de desclassificação para o delito de uso de substância entorpecente, motivo pelo qual deve ser mantida a condenação pela prática do delito de tráfico de entorpecentes previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas.* (TJMS. Apelação nº 0001349-90.2017.8.12.0015, Miranda, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 25/06/2018, p: 26/06/2018)

> *EMENTA – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O USO DE ENTORPECENTES – IMPROCEDENTE – PROVAS NOS AUTOS DA TRAFICÂNCIA – COM O PARECER – RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso de entorpecentes se a quantidade de cocaína apreendida em poder do apelante (34,5g), em 04 porções, não é compatível àquela comumente encontrada com usuários, bem como, a atitude do apelante durante sua abordagem não é compatível ao drogadicto.* (TJMS. Apelação nº 0001509-78.2009.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 05/06/2018, p: 25/06/2018)

Logo, criteriosamente analisados os elementos de prova trazidos aos autos, não há falar em desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de posse de entorpecente para uso próprio.

Por fim, impende ressaltar que o regime prisional deve ser retificado de ofício, tendo em vista que, no caso dos autos, o apelante incorreu dois delitos diversos em concurso material.

Ocorre que as penas cominadas aos tipos penais infringidos são de espécies distintas (07 anos de reclusão para o crime de tráfico e 09 meses e 10 dias de detenção para o delito de desacato), de modo que o regime de cumprimento de pena deverá ser estabelecido individualmente, pois "*no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela*" (art. 69, *caput*, *in fine*, do Código Penal).

Nesse cenário, observando-se primeiramente a pena de reclusão, tem-se que a quantidade de pena concretamente aplicada e a existência de circunstâncias judiciais desabonadoras realmente possibilitam a imposição do regime inicial fechado, *ex vi* do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Já em relação à pena de detenção, é preciso pontuar que:

> *"(...) nenhum condenado a cumprir pena de detenção, mesmo o reincidente, pode ser conduzido ao regime inicial fechado (como leitura apressada da letra 'a' do § 2º do artigo 33 do CP pode sugerir), mesmo quando fixada acima de oito anos" (BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critério de aplicação. 6. ed. Porto Alegre, 2013, f. 279).*

Nesse mesmo sentido já se posicionou esta Corte:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO – PENA DE DETENÇÃO – REGIME PRISIONAL – ART. 33, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – REGIME FECHADO – IMPOSSIBILIDADE – REINCIDÊNCIA E MODULADORA DOS ANTECEDENTES DESFAVORÁVEL – ELEIÇÃO DO MAIS GRAVOSO – PROVIMENTO PARCIAL.* ***I - A pena de detenção, nos termos do artigo 33, caput, do Código Penal, não admite regime fechado, exceto em casos de regressão. II - Tratando-se de agente reincidente e com circunstância judicial desfavorável, para o início do cumprimento da pena impõe-se a fixação do regime mais gravoso dentre os possíveis, o qual, no caso, é o semiaberto****. Recurso a que, com o parecer, dá-se parcial provimento.* (TJMS; Apelação criminal nº 0015634-07.2011.8.12.0110 – Campo Grande; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 08/09/2016) - destaquei

Nessa perspectiva, considerando que as circunstâncias judicias não favorecem plenamente o apelante, possível torna-se a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de detenção, em conformidade com o art. 33, § 3º, do Código Penal.

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, nego provimento ao recurso e, de ofício, estabeleço o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena de detenção.

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 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, 19 de julho de 2018.

***

2ª Seção Criminal
Revisão Criminal nº 1411675-72.2017.8.12.0000 - Fátima do Sul
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REDISCUSSÃO DE MATÉRIAS JÁ APRECIADAS POR ESTA CORTE EM SEDE DE APELAÇÃO – ACOLHIDA EM PARTE – MÉRITO – OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* NA DOSIMETRIA PENAL – VÍCIO CONSTATADO – CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA – REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE PARA O PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO) – EXTENSÃO AOS CORRÉUS – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE – EXORBITANTE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE – REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARCELA, DEFERIDA EM PARTE.

A revisão criminal não consiste em instrumento destinado a rediscutir aquilo que já foi analisado, com profundidade, pelos órgãos jurisdicionais *a quo* e *ad quem*. Não se trata, este procedimento, de uma segunda apelação; ao contrário, visa precipuamente desconstituir uma falha na prestação jurisdicional decorrente de *error in judicando* ou de *error in procedendo*, observadas as hipóteses de cabimento previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal. Revisão criminal conhecida em parte.

Mérito. Consoante entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, *"(...) a utilização de um mesmo argumento (referente à natureza e à quantidade drogas) em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o Juiz de piso escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, consoante recente entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal"*. (STJ. HC 284.245/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 22/05/2014).

Na hipótese dos autos, como visto, o sentenciante exasperou a pena-base em razão da quantidade de droga apreendida e, após, na última etapa da dosimetria, elevou a fração da majorante relativa à interestadualidade em razão do mesmo fator. Portanto, diante do *bis in idem*, impõe-se a redução da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei de Drogas, para o patamar mínimo de 1/6 (um sexto). Extensão aos corréus, por força da regra prevista no artigo 580 do Código de Processo Penal.

Quanto ao regime prisional, não há falar em *bis in idem* na consideração das circunstâncias judiciais, em especial da quantidade de droga, para fixá-lo, haja vista que o próprio Código Penal, em seu artigo 33, § 3º, expressamente dispõe que "*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*", não havendo, portanto, falar em *bis in idem*.

Revisão criminal conhecida em parte e, nesta porção, deferida parcialmente.

Em parte com o parecer

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, em parte com o parecer, conhece parcialmente e, na parte conhecida, julgar parcialmente procedente a ação.

Campo Grande, 8 de agosto de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Daniel Eduardo Ferreira, em face do acórdão transitado em julgado nos autos da Ação Penal nº 0001192-79.2010.8.12.0010, que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A defesa objetiva, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, a absolvição do revisionando, sob o argumento de que o decreto condenatório é contrário às evidências dos autos, eis que alicerçado apenas nos depoimentos dos policiais. Subsidiariamente, requer o afastamento da causa de aumento de pena estatuída no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, encartada no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a redução da pena-base ou do patamar de aumento implementado pela majorante da interestadualidade, o abrandamento do regime prisional em razão da ocorrência de *bis in idem*, e, ao final, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento da presente Revisão Criminal, sob o argumento de que não enquadra-se em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal. No tocante ao mérito, manifesta-se por sua improcedência (f. 176-218).

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Daniel Eduardo Ferreira, em face do acórdão transitado em julgado nos Autos de nº 0001192-79.2010.8.12.0010, que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A defesa objetiva, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, a absolvição do revisionando, sob o argumento de que o decreto condenatório é contrário às evidências dos autos, eis que alicerçado apenas nos depoimentos dos policiais. Subsidiariamente, requer o afastamento da causa de aumento de pena estatuída no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, encartada no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, a redução da pena-base ou do patamar

de aumento implementado pela majorante da interestadualidade, o abrandamento do regime prisional em razão da ocorrência de *bis in idem*, e, ao final, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Da preliminar de não conhecimento

A Procuradoria-Geral de Justiça suscita preliminar de não conhecimento do pedido revisional, sob o argumento que este não se enquadra em nenhuma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Pois bem.

Inicialmente, imperioso registrar que a revisão criminal é uma ação penal autônoma de caráter rescisório, promovida originariamente perante o Tribunal competente, destinada a rediscutir questões acobertadas pela coisa julgada, nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Trata-se, portanto, de um direito de ação assegurado a quem já tenha sido condenado por sentença ou acórdão transitado em julgado, quando observada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal, assim redigido:

> *"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:*
>
> *I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;*
>
> *II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*
>
> *III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."*

A respeito do cabimento da referida ação revisional, Ada Pellegrini Grinover[1] leciona:

> *"Mas, além da possibilidade jurídica do pedido revisional, deve ser examinada sua causa de pedir: e esta é dada pela caracterização de uma das hipóteses legais de cabimento do instituto. O requerente deve pelo menos afirmar que a sentença ou o processo contém um dos vícios elencados nos incisos do art. 621, o que será aferido em cognição sumária e provisória. Ou seja, a afirmação do autor (in statu assetionis*) deve referir-se a uma (ou mais) das hipóteses legais, tornando possível o exercício da ação com vista à causa de pedir invocada. (...)
>
> ***As hipóteses de cabimento da, previstos nos incs. I, II e III do art. 621 CPP, correspondem ao fundamento da ação, ou seja à sua causa pretendi*. Assim, quando no pedido de revisão a afirmação do autor não se basear em qualquer das hipóteses legais, o que ocorre é a impossibilidade jurídica, não mais do pedido, mas sim da causa de pedir**". – destaquei.

No mesmo átimo, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer[2] advertem:

> *"O art. 621, CPP, estabelece as três diretivas específicas e fundamentais que ensejam a possibilidade da revisão das decisões judiciais passadas em julgado na seara criminal.*

1 **Recursos no Processo Penal**, RT. p. 313.

2 **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Atlas, 2017, p. 1305

> *Antes da análise de cada uma das situações,* ***cumpre ressaltar que a revisão criminal não se presta para uma simples reabertura das discussões travadas no âmbito da ação penal já transitada em julgado. O limite de cognição é bastante restrito,*** *daí a razão pela qual se argumenta que as revisões criminais têm fundamentação vinculada, ou seja, devem atender aos exatos requisitos e limitar estabelecidos na legislação.*
>
> *(...)*
>
> ***É dizer: não cabe a revisão criminal com a finalidade simplesmente de reanalisar o conjunto probatório. A revisão criminal não se confunde com a apelação, em que os limites de cognição são bem mais amplos****." – destaquei.*

Bem se vê que o manejo desta ação de impugnação não pode ser banalizado e utilizado como sucedâneo recursal, haja vista que contrasta a segurança jurídica garantida pelo instituto da coisa julgada.

Feita essa breve digressão acerca da natureza e do cabimento da Revisão Criminal, passo à análise da prefacial.

No caso em tela, como visto, o revisionando busca sua absolvição por insuficiência de provas, a exclusão da causa de aumento de pena estatuída no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a redução da pena-base ou do patamar aplicado pela majorante da interestadualidade, o abrandamento do regime prisional em razão da suposta ocorrência de *bis in idem* na consideração da quantidade de droga, e, ainda, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Com exceção dos pedidos de redução do patamar aplicado pela causa de aumento de pena da interestadualidade e de abrandamento do regime prisional, o pleito revisional não deve ser conhecido, eis que todas as demais questões abordadas já foram devidamente apreciadas e decididas por esta e. Corte no julgamento do Recurso de Apelação Criminal nº 0001192-79.2010.8.12.0010, interposto pelo requerente, onde, inclusive, obteve a absolvição quanto ao crime de associação para o tráfico.

A propósito, transcrevo a ementa do referido julgado:

> *APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – PROVAS CONTRÁRIAS À PRETENSÃO DOS ACUSADOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – VÍNCULO ASSOCIATIVO NÃO COMPROVADO – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – PENA-BASE – EXASPERAÇÃO NECESSÁRIA – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – PRESCINDIBILIDADE PARA RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE – CONDUTA EVENTUAL – GRANDE QUANTIDADE – MANIFESTA ESTRUTURA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INAPLICÁVEL – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL, SUBSTITUIÇÃO DE PENA E AFASTAMENTO DE HEDIONDEZ – PREJUDICADOS – INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS – RESTITUIÇÃO DE DINHEIRO APREENDIDO – NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA – PARCIAL PROVIMENTO.*
>
> *A existência de farta prova contrária à pretensão defensiva dos acusados pela prática do crime de tráfico de drogas afasta a possibilidade de se reformar a sentença condenatória.*
>
> *À míngua de elementos que atestem a união estável e duradoura para a prática do tráfico de drogas, a absolvição pelo delito do art. 35, da Lei nº 11.343/06, é de rigor.*
>
> *Deve ser rejeitado o pleito de abrandamento da pena-base quando a dosimetria da mesma mostra-se suficiente à reprovação e prevenção do delito.*

Mantém-se a incidência do art. 61, I, do Código Penal, ainda que a condenação anterior não se refira a crime de tráfico de drogas, pois inexiste qualquer previsão legal, que exija reincidência específica para reconhecimento da agravante.

O transporte de quantidade significativa de droga demonstrando convergência de vontades, esforços e divisão de tarefas na consecução no tráfico, indica que os acusados estão envolvidos com organização criminosa, contribuindo de alguma forma com a mesma, torna incabível a concessão do benefício do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Em sendo rejeitado o pleito principal, com inalteração da pena imposta superior a 08 (oito) anos de reclusão, restam prejudicadas as análises dos pedidos referentes ao abrandamento do regime prisional e substituição da pena.

Comprovado o iter criminis no sentido de que o tráfico de drogas caracterizou-se na modalidade interestadual é de se aplicar a majorante do art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, ainda que os agentes não tenham ultrapassado as divisas entre os Estados da federação.

Não comprovada a origem lícita do dinheiro apreendido quando da prática do crime de tráfico de drogas, impossível acolher-se o pleito de restituição da respectiva quantia.

Apelações defensivas a que se dá parcial provimento, apenas para o fim de absolver os acusados quanto ao crime de associação para o tráfico.

Como visto, no julgamento da referida apelação, esta Corte enfrentou os pedidos de absolvição por insuficiência de provas, de exclusão da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei de Drogas, de reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado e de redução da pena-base, todos formulados com base na mesma causa de pedir, refutando-os de maneira fundamentada e de acordo com os elementos de prova reunidos nos autos.

Assim, considerando que tais pretensões já foram amplamente debatidas na ação penal originária e, inclusive, apreciadas e rejeitadas por este Tribunal, e que a defesa não indicou qualquer elemento novo de prova (artigo 621 do CPP), tampouco demonstrou em que consiste o suposto erro judiciário, não há como conhecer da revisão criminal neste ponto.

Com efeito, a ação revisional não pode constituir uma segunda apelação, sendo cabível, apenas e tão somente, nos casos arrolados no artigo 621 do Código de Processo Penal.

A esse respeito, colhe-se recente decisão deste e. Tribunal:

"REVISÃO CRIMINAL – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA EVENTUALIDADE DELITIVA – HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART. 621, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NÃO PRESENTES – NÃO CONHECIMENTO. Não se amoldando o pleito revisional a qualquer das hipóteses taxativas do Codex Processual, não há pretender valer-se do Judiciário para reavaliar a coisa julgada. Revisão Criminal que não se conhece por não se enquadrar o pedido nas hipóteses taxativas do art. 621, do Código de Processo Penal." (TJMS; Revisão Criminal nº 1412094-92.2017.8.12.0000 – Dourados; Rel. Carlos Eduardo Contar, 2ª Seção Criminal, Julgado em 11.04.2018)

"EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – RECONHECIMENTO DO § 4º DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 – REGIME INICIAL MAIS BRANDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ACOLHIDA – MERA REDISCUSSÃO DA CONDENAÇÃO –

MATÉRIA AMPLAMENTE DEBATIDA – AÇÃO NÃO CONHECIDA. A revisão criminal visa corrigir erro judiciário e injustas condenações, motivo porque pode ser proposta a qualquer tempo. Todavia, para rediscussão de matéria que já foi amplamente debatida, necessária a existência de novas provas, nos termos do que preceitua o parágrafo único, do art. 622, do CPF." (TJMS; Revisão Criminal nº 1404485-29.2015.8.12.0000 – Maracaju; Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago, 2ª Seção Criminal, Julgado em 11.04.2018).

"EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ EXAMINADA TANTO PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUANTO PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL AD QUEM – ARGUMENTOS DO AUTOR QUE NÃO SE INSEREM EM QUALQUER DOS INCISOS DO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. A revisão criminal não consiste em instrumento destinado a discutir aquilo que já foi com profundidade analisado pelos órgãos jurisdicionais a quo e ad quem. Não se trata este procedimento de uma segunda oportunidade de rediscutir matéria já tratada; ao contrário, visa precipuamente a desconstituir uma falha na prestação jurisdicional decorrente de error in judicando ou de error in procedendo, observadas as hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do Código de Processo Penal. Revisão criminal não conhecida." (TJMS; Revisão Criminal nº 1600950-74.2016.8.12.0000 – Aquidauana; Rel. Des. José Ale Ahmad Netto, 1ª Seção Criminal, Julgado em 21.03.2018)

No mesmo sentido é a jurisprudência dos tribunais nacionais, *verbis*:

*"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – ART. 621, I, DO CPF – REVISÃO CRIMINAL – ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO – FRAGILIDADE PROBATÓRIA – DÚVIDA QUE NÃO PERMITE O JUÍZO RESCISÓRIO – NECESSIDADE DE QUE A CONTRARIEDADE ENTRE A CONDENAÇÃO E AS PROVAS DOS AUTOS SEJA PATENTE – DESPROVIMENTO. 1. Na esteira da jurisprudência do STJ, a revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois nada mais é que a desconstituição da coisa julgada em face da prevalência, na seara penal, do princípio da verdade real sobre a verdade formal. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (...)" (*AgRg no REsp 1295387/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 18/11/2014)

"A revisão criminal não se presta a simples reexame de prova produzida já valorada pelo juízo de origem e pelo tribunal quando do julgamento da apelação criminal, sendo incabível a sua apreciação como um sucedâneo recursal, pois dissociada das hipóteses alinhavadas pelo artigo 621 do código de processo penal, ensejando, portanto, a carência da ação." (TJGO, RvC 0052527-49.2013.8.09.0000, rel. Des. Nicomedes Domingos Borges, DJ 22/10/2013).

"A revisão criminal não se presta ao reexame de matéria de fato já deliberada nas vias ordinárias, mas apenas para sanar eventuais erros judiciários, uma vez que não pode ser utilizada como uma segunda apelação." (TJDFT, Rec 2013.00.2.017263-8, Ac. 723.148, Câm. Crim., rel. Des. Souza E Ávila, DJ 18/10/2013).

"A revisão criminal está adstrita aos termos do art. 621 do Código de Processo Penal. Já tendo a matéria sido apreciada e repelida em sede de apelação, esta só fica suscetível de uma nova análise caso esteja calcada em novas provas." (TJMS, RvC 2004.007768-8, Seção Crim., rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, DJ 28/10/2004).

Desta feita, a presente revisão criminal deve ser conhecida apenas no tocante aos pedidos de redução do patamar aplicado pela causa de aumento de pena da interestadualidade e de abrandamento do regime prisional, em razão da suposta ocorrência de *bis in idem* na consideração da quantidade de droga.

Mérito

Na parte conhecida, a ação revisional comporta procedência parcial.

O revisionando argumenta, em apertada síntese, que houve *bis in idem* na consideração da circunstância judicial da quantidade de drogas para exasperar a pena-base na primeira fase da dosimetria penal, para aplicar o patamar de incidência da majorante relativa à interestadualidade acima do patamar mínimo legal e para fixar o regime prisional fechado.

Pois bem.

Sabe-se que a circunstância judicial relativa à quantidade e à natureza da droga realmente não deve ser utilizada como fundamento para agravar a pena em momentos distintos da dosimetria penal, sob pena de *bis in idem*.

Os Tribunais Superiores, a exemplo disso, sedimentaram o entendimento de que:

> *"(...) a utilização de um mesmo argumento (referente à natureza e à quantidade drogas) em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o Juiz de piso escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, consoante recente entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal"*. (STJ. HC 284.245/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 22/05/2014)

Na hipótese dos autos, como visto, o sentenciante exasperou a pena-base em razão da quantidade de droga apreendida e, após, na última etapa da dosimetria, elevou a fração da majorante relativa à interestadualidade em razão do mesmo fator. Vejamos (f. 132-133):

> *"1) Réu Daniel Eduardo Ferreira*
>
> *1.a) Crime de Tráfico*
>
> *No que tange à culpabilidade, verifica-se que o réu é penalmente imputável e plenamente capaz de compreender a ilicitude do seu ato, sendo altamente reprovável a sua conduta, em virtude da grande quantidade de droga transportada. Não registra antecedentes que possam ser considerados, não obstante haja anotação à f. 286 de instauração de inquérito policial pelo crime de homicídio. Quanto à personalidade, não há elementos nos autos que atestem a sua anormalidade. No que diz respeito à conduta social, também sem elementos de valoração nos autos. O motivo do delito não ultrapassou às exigência do tipo penal, resumindo-se à obtenção de lucro fácil. As circunstâncias do crime não é comum, pois, além da quantidade de droga apreendida ser significativa, o réu atuou em concurso com vários outros agentes, inclusive, alguns não identificados, como o Xuxa. As consequências do crime não autorizam aumento da pena; por fim, não se fala que o comportamento da vítima contribuiu para a conduta do réu.*
>
> *Assim, atenta às circunstâncias judiciais analisadas e ao que é necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal (um quarto), perfazendo 6 (seis) anos e 3 (três) meses, de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.*
>
> *Na segunda fase estão ausentes agravantes. Mas presente a atenuante da confissão, ainda que parcial, porquanto admitiu ser o motorista do caminhão apreendido, que tinha como destino o Estado de São Paulo, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), perfazendo 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias, de reclusão, e 521 (quinhentos e vinte e um) dias-multa.*

> *Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, mas presente a causa de aumento prevista no inciso V do artigo 40 da Lei 11343/2006.*
>
> *Dessa forma, de acordo com a fundamentação e considerando a circunstâncias judiciais, em especial a grande quantidade de droga apreendida (1316,48 Kg), com esteio no artigo 40, inciso V, da Lei 11343/2006, aumento a pena em 2/5 (dois quintos), perfazendo, 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias, de reclusão, e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa.*
>
> *Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos."*

Destarte, verifica-se a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria penal, devendo a circunstância preponderante da quantidade de droga, prevista no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, ser mantida somente como fundamento de exasperação da pena-base.

Assim, na última etapa, o *quantum* de incidência da majorante do artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06 deve ser reajustado.

Em relação ao percentual de aumento, Guilherme de Souza Nucci[3], em sua doutrina, leciona que,

> *"(...) a gradação - de um sexto a dois terços - deve cingir-se ao grau de interestadualidade do crime: quanto maior o número de estados-membros abrangidos pela atividade do agente, maior deve ser o aumento. Se envolver apenas dois estados, por exemplo, o aumento de um sexto é suficiente".*

No caso em epígrafe, a droga foi obtida em Coronel Sapucaia-MS e seria entregue em São Paulo, mas o revisionando foi preso em Fátima do Sul-MS, razão pela qual revela-se suficiente a adoção do percentual de 1/6 (um sexto) de exasperação de pena.

Por oportuno:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – REDUÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE – ACOLHIDO – PATAMAR EXACERBADO – COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INVIÁVEL – RÉU MULTIRREINCIDENTE – PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE – DE OFÍCIO, READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – CAUSA DE AUMENTO DA INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA – FRAÇÃO REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] . Assim, de ofício, estabeleço o quantum de exasperação da pena em 01 (um) ano de reclusão. III. É questão assente pela jurisprudência dominante do STJ, que para a caracterização do tráfico interestadual de drogas, basta que as provas produzidas demonstrem que a droga transportada teria como destino localidade de outro Estado da Federação, sendo desnecessária a efetiva transposição de fronteiras.* ***Mantido o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/2006. Quanto à redução do patamar aplicado pelo sentenciante, comporta provimento, pois não houve a efetiva transposição das divisas estaduais. Redução para o patamar de 1/6 (um sexto).*** *EM PARTE COM O PARECER – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de reduzir a pena-base e o percentual de aumento relativo ao tráfico interestadual e, de ofício, redimensionar a pena na segunda fase da dosimetria, restando a reprimenda definitiva em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa*. (TJMS; APL 0001521-78.2016.8.12.0011; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 26/09/2017; Pág. 146) – destaquei.

3 **Leis penais e processuais penais comentadas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 376

> *"**Restando demonstrado pelas provas dos autos que os agentes tinham a intenção de transportar a droga para Goiania. GO, resta caracterizada a majorante contida no inciso V, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06. Tendo em vista que o entorpecente tinha como destino um único Estado da Federação, impõe-se a redução do percentual de aumento para 1/6 (um sexto).**"* (TJMS; APL 0035665-45.2015.8.12.0001; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 06/07/2017; Pág. 126) – destaquei.

Por força da regra contida no artigo 580 do Código de Processo Penal, os efeitos da presente decisão devem ser estendidos aos corréus André Eduardo Ferreira, João Soares Miranda, Jonny Cristofer Oviedo Silveira, José Augusto Arenhart e Maycon Soares Luiz, em razão da identidade de fundamentos.

Assim, passo à retificação das reprimendas.

Daniel Eduardo Ferreira

A dosimetria penal, na primeira e segunda fases, não merece reparo, razão pela qual a pena provisória permanece estabelecida em 05 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 521 (quinhentos e vinte e um) dias-multa.

Sobre ela deve incidir o aumento de 1/6 (um sexto) pela majorante da interestadualidade, totalizando, assim, a reprimenda do revisionando Daniel Eduardo Ferreira em 06 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 607 (seiscentos e sete) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

José Augusto Arenhart

A dosimetria penal, na primeira e segunda fases, não merece reparo, razão pela qual a pena provisória permanece estabelecida em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Sobre ela deve incidir o aumento de 1/6 (um sexto) pela majorante da interestadualidade, totalizando, assim, a reprimenda do corréu José Augusto Arenhart em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

André Eduardo Ferreira

A dosimetria penal, na primeira e segunda fases, não merece reparo, razão pela qual a pena provisória permanece estabelecida em 05 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 521 (quinhentos e vinte e um) dias-multa.

Sobre ela deve incidir o aumento de 1/6 (um sexto) pela majorante da interestadualidade, totalizando, assim, a reprimenda do corréu André Eduardo Ferreira em 06 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 607 (seiscentos e sete) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

João Soares Miranda

A dosimetria penal, na primeira e segunda fases, não merece reparo, razão pela qual a pena provisória permanece estabelecida em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Sobre ela deve incidir o aumento de 1/6 (um sexto) pela majorante da interestadualidade, totalizando, assim, a reprimenda do corréu João Soares Miranda em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Maycon Soares Luiz

A dosimetria penal, na primeira e segunda fases, não merece reparo, razão pela qual a pena provisória permanece estabelecida em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa.

Sobre ela deve incidir o aumento de 1/6 (um sexto) pela majorante da interestadualidade, totalizando, assim, a reprimenda do corréu Maycon Soares Luiz em 08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 02 (dois) dias de reclusão, e 850 (oitocentos e cinquenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Jonny Cristofer Oviedo Silveira

A dosimetria penal, na primeira e segunda fases, não merece reparo, razão pela qual a pena provisória permanece estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Sobre ela deve incidir o aumento de 1/6 (um sexto) pela majorante da interestadualidade, totalizando, assim, a reprimenda do corréu Jonny Cristofer Oviedo Silveira em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Regime prisional

Quanto ao regime prisional, não há falar em *bis in idem* na consideração das circunstâncias judiciais, em especial da quantidade de droga, para fixá-lo, haja vista que o próprio Código Penal, em seu artigo 33, § 3º, expressamente dispõe que "*A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*"

Assim, inexiste óbice na utilização da mesma circunstância judicial para exasperar a reprimenda e para agravar o regime inicial de cumprimento de pena, pois trata-se do mesmo critério considerado em momentos distintos da dosimetria penal e para finalidades diversas.

A propósito, colho precedente do e. STJ:

> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – DOSIMETRIA DA PENA – QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA – UTILIZAÇÃO PARA MODULAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, LEI Nº 11.434/2006 E ESTABELECER O REGIME INICIAL FECHADO – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A teor do disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para que incida a causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, é necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*
>
> *2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até*

mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

3. Hipótese em que a Corte de origem, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, aplicou a fração do redutor em 1/6, com fundamento na quantidade da droga apreendida (846 gramas de maconha), o que não se mostra desproporcional.

4. Embora o agravante seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado está devidamente motivado na significativa quantidade da droga apreendida, a teor do art. 33, § 3º, do CP c/c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

5. É entendimento pacificado nesta Corte que inexiste bis in idem quando a quantidade e a natureza da droga são consideradas para modular a minorante e, também, para fixar o regime prisional mais grave. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido. (AgInt no REsp 1714911/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018) – destaquei.

A jurisprudência desta Corte caminha no mesmo sentido:

"A especificação do regime prisional inicial não está atrelada única e exclusivamente ao quantum que porventura venha a ser concretamente fixado, cabendo ao julgador, no momento oportuno, quando da prolação de sentença, efetuar tal apreciação também à luz do art. 33, § 3º, c/c art. 59, ambos do Código Penal, e, em situações desse jaez, à luz do artigo 42 da Lei Antidrogas, mesmo porque o perigo que a lei pretende obstar não é somente o individual, mas, sobretudo, o coletivo. E, nesse contexto, o regime fechado se revela consentâneo e harmonizado às particularidades ostentadas pelo caso presente." (TJMS; Apelação Criminal nº 0001103-89.2017.8.12.0049 – Agua Clara; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 26.04.2018)

Portanto, a despeito da reprimenda corporal do revisionando e dos demais corréus ser inferior a 08 (oito) anos de reclusão, revela-se incabível o abrandamento do regime prisional, eis que as circunstâncias judiciais desfavoráveis, sobretudo a quantidade exorbitante de entorpecente, justificam maior rigor no apenamento, nos moldes do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Dos pronunciamentos finais

Ante o exposto, conheço parcialmente da presente revisão criminal e, na parte conhecido, julgo-a procedente em parte, apenas para reduzir o patamar de incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343 para 1/6 (um sexto), ficando a reprimenda definitiva de Daniel Eduardo Ferreira implementada em 06 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 607 (seiscentos e sete) dias-multa, em regime inicial fechado. Na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da decisão aos corréus.

É como voto, em parte com o parecer,

Caso prevaleça o voto proferido pelo este relator, comunique-se a conclusão do acórdão ao juízo onde tramitam os autos de execução penal do revisionando e demais corréus beneficiados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, conhece parcialmente e, na parte conhecida, julgaram parcialmente procedente a ação.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Campo Grande, 8 de agosto de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0006535-70.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – RECURSO DEFENSIVO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO SEGUIDO DE FURTO – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – INTENÇÃO HOMICIDA E DE APROPRIAÇÃO DE BENS BEM DEMONSTRADAS – PROVAS QUE APONTAM SEGURAMENTE PARA A PRÁTICA DO LATROCÍNIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES – ABSOLVIÇÃO – CRIME FORMAL – MANTIDO – ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS – UTILIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA – CONCEDIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Inviável a desclassificação do crime de latrocínio para homicídio quando o conjunto probatório demonstrou além de qualquer dúvida razoável, pela convergência das narrativas testemunhais, que os acusados após matarem a vítima, a despojaram de seus pertences.

O STJ, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.127.954/DF, consolidou entendimento de que o crime de corrupção de menores é de natureza formal, não sendo necessária à sua configuração a prova da efetiva e posterior corrupção do adolescente, basta que o acusado pratique qualquer delito na companhia de menor de 18 anos, sendo indiferente se ele era ou não dado a prática delitiva.

Se o acusado foi patrocinado pela Defensoria Pública durante todo o processo, faz-se imperiosa a concessão da gratuidade da judiciária, suspendendo a exigibilidade das custas enquanto perdurar o estado de pobreza.

Recurso parcialmente 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 parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 9 de agosto de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Claudio de Araújo Romero, Malkia Sanches e Rubi Benites interpõem apelação criminal contra a decisão de f. 265-277, que os condenou a às penas de 21 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 dias-multa, como incursos nas penas do art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, e art. 244-B, da Lei nº 8.069/90, na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal.

Em suas razões recursais de f. 315-333, os recorrentes postulam pela desclassificação do crime de latrocínio para o crime de homicídio, seguido do crime furto, tudo em concurso material. Pleiteia a absolvição do crime de corrupção de menores, ante a ausência de provas da autoria e materialidade do ilícito. Por fim, pugna pela isenção das custas processuais, vez que os recorrentes são hipossuficientes, tanto que assistidos pela defensoria pública.

Para fins recursais, prequestiona a negativa de vigência aos artigos 59, do Código Penal, e 5º, LV, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de lesão ao inc. IX, do art. 93, também da Carta Magna ausência na fundamentação suficiente para aplicação do art. 157, § 3º, e ausências provas idôneas conduzindo a aplicação do art. 121, e 155, ambos do Código Penal e art. art. 244-B, da Lei 8.069/90, frente ao art. 69, do Código Penal.

Em contrarrazões de f. 337-359, o representante ministerial manifesta-se pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de f. 377-389, opina pelo parcial provimento do recurso, apenas para isentar os apelantes do pagamento das custas processuais.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Claudio de Araújo Romero, Malkia Sanches e Rubi Benites interpõem apelação criminal contra a decisão de f. 265-277, que os condenou a às penas de 21 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 dias-multa, como incurso nas penas do art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, e art. 244-B da Lei 8.069/90, na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal.

Em suas razões recursais de f. 315-333, os recorrentes postulam pela desclassificação do crime de latrocínio para o crime de homicídio, seguido do crime furto, tudo em concurso material. Pleiteia a absolvição do crime de corrupção de menores, ante a ausência de provas da autoria e materialidade do ilícito. Por fim, pugna pela isenção das custas processuais, vez que os recorrentes são hipossuficientes, tanto que assistidos pela Defensoria Pública.

Para fins recursais, prequestiona a negativa de vigência aos artigos 59, do Código Penal, e 5º, LV, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de lesão ao inc. IX, do art. 93, também da Carta Magna ausência na fundamentação suficiente para aplicação do art. 157, § 3º, e ausências provas idôneas conduzindo a aplicação do art. 121, e 155, ambos do Código Penal e art. art. 244-B, da Lei 8.069/90, frente ao art. 69, do Código Penal.

Em contrarrazões de f. 337-359, o representante ministerial manifesta-se pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de f. 377-389, opina pelo parcial provimento do recurso, apenas para isentar os apelantes do pagamento das custas processuais.

Passo a análise do recurso.

Consta dos inclusos autos que, no dia 15 de junho de 2016, por volta da 00h, na Aldeia Rancho Jacaré, Zona Rural, em Laguna Carapã, os denunciados Claudio de Araújo Romero, Malkia Sanches e Rubi Benites, agindo em concurso com os menores Cleide Romeiro e Silvio Cavalheiro, em unidade de desígnios subtraíram, para si, mediante grave ameaça e violência exercida com emprego de uma faca e uma lança de

madeira, 01 mala, 01 mochila, 01 carteira de bolso, 01 colchão, 01 blusa, 01 chinelo, 01 telefone celular, 01 calçado, 01 faca, tudo avaliado em R$ 1.180 (auto de avaliação de f. 43 e 44), pertencentes à vítima Ranulfo Ribeiro Barbosa.

No dia e horário do fato, os denunciados juntamente com os menores estavam na Aldeia Rancho Jacaré consumindo bebida alcoólica, quando já com a intenção de perpetrarem o roubo com resultado morte, a menor Cleide e a denunciada Malquia foram até a residência da vítima Ranulfo Ribeiro Barbosa e a convidaram para ir até uma quadra de esportes com o pretexto de fumarem um cigarro.

Ao chegarem ao lugar ermo e isolado, a dupla percebeu que a vítima estava extremamente embriagada e portando uma faca, sendo que com muita facilidade Malquia surrupiou a faca do ofendido e imediatamente desferiu-lhe o primeiro golpe em Ranulfo.

Nesse diapasão, Cláudio, Rubi e os menores Sílvio e Cleide também pegaram a faca de Malquia e desferiram facadas na vítima, assim como deram golpes de lança de madeira em várias regiões do corpo do ofendido.

Depois de ceifar a vida de Ranulfo, os denunciados subtraíram seu tênis e seu celular. Como se não bastasse, se dirigiram até a casa do ofendido e surrupiaram um colchão, uma mochila, uma carteira, uma mala, roupas e algumas ferramentas.

São esses os fatos em apuração. Passo ao exame das teses recursais.

Inicialmente, a defesa pleiteou a desclassificação do tipo penal do latrocínio para o tipo penal do homicídio seguido do crime de furto. Para tanto, alegou estar ausente o dolo específico para o crime de latrocínio, sustentando que houve um desentendimento enquanto bebiam juntos (vítima e acusados) e ocorreu uma discussão que culminou na prática do homicídio.

Sustentou ainda que o crime de furto posterior, foi algo que surgiu posteriormente por uma questão de oportunismo.

Ocorre que, tal afirmação não encontra qualquer amparo nas provas produzida, devendo ser refutada conforme demonstrarei a seguir.

Segundo a testemunha Floriano Velasquez, que faz parte da liderança da aldeia, ao ser ouvido na delegacia (f. 13-14), afirmou que, em entrevista à acusada Malkia Sanches, ela teria confessado que, juntamente com os acusados Claudio Araújo Romero e Rubi Benites e, ainda, com o auxílio dos menores Cleide Romeiro e Silvio Cavalheiro, ceifaram a vida de Ranulfo com diversos golpes de faca e de uma lança de madeira, a fim de se apropriarem de seus bens.

Vejamos o teor de seu depoimento:

> *"É líder da Aldeia Rancho Jacaré e que recebeu a notícia de que havia um homem morto com várias facadas próximo à quadra de esportes da aldeia. Fez contato com os investigadores de Polícia de Laguna Carapã que chegou ao local para investigar o crime. A perícia de Dourados também se fez presente no local. Que o corpo de Ranulfo estava estendido ao solo com diversas facadas na região do abdômen, peitoral, pescoço, face além de uma facada nas costas. Que auxiliou a equipe de investigadores na tradução com os habitantes da aldeia, sendo que, em entrevista a autoria Malquia relatou que na madrugada estava (Malquia, Cleide, Rubens, Silvio, e Cláudio) bebendo pinga e em dado momento resolveram roubar a vítima fatal, sendo que Malquia e Cleide foram até a casa de Ranulfo dizendo que queriam fumar e o convidaram pra ir até a quadra juntamente com elas e que chegando à quadra incitaram uma briga e perceberam que a vítima fatal estava*

portando uma faca. Malquia aproveitou o estado de embriaguez da vítima para tomar-lhe a faca e desferiu o primeiro golpe atingindo o nariz e, em seguida os demais integrantes do grupo (Rubens, Silvio, Claudio), que usaram a mesma faca, bem como pegaram também uma lança de madeira e começaram desferir diversos golpes causando perfurações em várias regiões do corpo da vítima. Que Cleide afirmou que não efetuou nenhum golpe mas assistiu toda a cena e também ajudou a subtrair pertences de Ranulfo. Que, Rubens pegou o celular que estava no bolso de Ranulfo, bem como retirou um tênis na cor branca novinho que vítima estava usando e, após o homicídio, todos, inclusive Cleide, foram à casa da vítima e dali subtraíram um colchão, uma mochila, carteira com documentos pessoais, uma mala contendo roupas e algumas ferramentas. Após isso, Rubens e Silvio fugiram do local levando o celular. Que auxiliou os investigadores nas buscas pelos demais envolvidos no crime, sendo que foram localizados Cleide e Cláudio os quais também confessaram o crime com muita frieza. Que Malquia também demonstrou bastante frieza e não aparentava arrependimento. Que Malquia afirmou ter dezesseis anos, mas se negava a informar sua data de nascimento. Negou possuir documentos pessoais. Que o depoente tinha certeza de que Malquia era maior de idade e auxiliou os investigadores a convencê-la dizer a verdade sendo que, cerca de quatro horas depois resolveu dizer que estava mentindo e que sua data de nascimento é 20.03.1998."

Na delegacia (f. 27-28), a apelante Malkia Sanches, instada acerca dos fatos, confessou a prática delitiva, afirmando que no dia dos fatos, estava na companhia de Cleide, Rubi, Silvio e Cláudio, ocasião em que todos faziam uso de bebida alcoólica, sendo que, em dado momento, resolveram roubar a vítima Ranulfo e, assim, o atraíram até a quadra de esportes, onde então provocaram uma briga. Como Ranulfo já estava demasiadamente embriagado, Malkia afirmou que facilmente lhe tomou a faca que portava e desferiu-lhe um golpe no rosto, seguido de vários outros:

"Relata que na madrugada deste dia 15.2016 estavam em companhia de Cleide, Rubens, Silvio e Cláudio bebendo pinga e dado momento resolveram roubar a vítima fatal, sendo que a depoente e Cleide foram até a casa de Ranulfo dizendo que queriam fumar e convidaram Ranulfo para ir até a quadra juntamente com elas e que chegando à quadra incitaram uma briga e perceberam que a vítima fatal estava portando uma faca. Que Ranulfo estava muito bêbado e que conseguiram facilmente o irritar. A interrogando aproveitou o estado de embriaguez de Ranulfo e tomou-lhe a faca com muita facilidade e, imediatamente desferiu-lhe um golpe no rosto, seguido de vários outros, sendo que o primeiro golpe atingiu o meio do nariz dele, em seguida os demais integrantes do grupo (Cleide, Rubens, Silvio, Claudio), que usaram a mesma faca, bem como pegaram também uma lança de madeira e começaram desferir diversos golpes causando perfurações em várias regiões do corpo da vítima. Que afirma que passou a faca para Cleide e afirma ela está falando que não fez, mas ela deu facada nele, sim, ela foi a segunda, ela deu facada na barriga e outra no nariz, depois deu outras. Depois foi o Cláudio, e todo mundo chutou. Que Silvio e Rubens seguraram a vítima enquanto os demais o golpeavam. Que Cláudio usou um pedaço de madeira em forma de lança para golpear Ranulfo na região abdominal. Que, Rubens pegou o celular que estava no bolso de Ranulfo, bem como retirou um tênis na cor branca que vítima estava usando e, após o homicídio, todos foram à casa da vítima e dali subtraíram um colchão, uma mochila, carteira com documentos pessoais, uma mala contendo roupas e algumas ferramentas. Após isso, Rubens e Silvio fugiram do local levando o celular. Que todos os demais objetos foram levados para a casa da interroganda."

Por sua vez, o acusado Cláudio Araújo Romero, às f. 21, também admitiu sua participação no crime, com os seguintes dizeres:

"(...) eu fiz mesmo, eu furei ele com a faca e furei ele com o pau também. Eu ajudei acabar de matar ele. Não quero falar mais nada."

A adolescente Cleide Romeiro, por sua vez, às f. 15-16, afirmou que presenciou os fatos e efetivamente participou do crime em comento, mencionando ainda, que na ocasião estavam presentes Malkia, Rubens (Rubi), Sílvio e Cláudio, sendo que todos deliberaram por roubar a vítima e contribuíram ativamente para a sua morte. Eis o teor do depoimento extrajudicial:

> *"Relata que na madrugada deste dia 15.06.2016 estavam em companhia de Malkia, Rubens, Silvio e Cláudio bebendo pinga e em dado momento resolveram roubar a vítima fatal, sendo que a depoente e Malkia foram até a casa de Ranulfo dizendo que queriam fumar e convidaram Ranulfo para ir até a quadra juntamente com elas e que chegando à quadra incitaram uma briga e perceberam que a vítima fatal estava portando uma faca. Que Ranulfo estava muito bêbado e que conseguiram facilmente o irritar. Malkia retirou a faca de Ranulfo com muita facilidade e, imediatamente desferiu-lhe um golpe no rosto, o segundo foi no pescoço e degolou ele e, em seguida deu vários outros golpes que Malkia passou a faca para Cláudio que também deu vários golpes em Ranulfo. Que os outros também o golpearam. A interroganda afirma que não deu nenhum golpe com a faca em Ranulfo. Que Cláudio usou uma lança de madeira para perfurar o abdome de Ranulfo. Que Rubens pegou o celular que estava no bolso de Ranulfo, bem como retirou um tênis na cor branca que vítima estava usando e, após o homicídio, todos, inclusive a interroganda, foram à casa da vítima e dali subtraíram um colchão, uma mochila, carteira com documentos pessoais, uma mala contendo roupas e algumas ferramentas. Após isso, Rubens e Silvio fugiram do local levando o celular. Questionada novamente se efetuou algum golpe a interroganda respondeu: 'eu dei facada nele, sim, mas foi só uma bem na barriga dele'."*

Em juízo, Malkia invocou seu direito constitucional de permanecer em silêncio (f. 226) e Cláudio (f. 169) novamente confirmou que deu um golpe de lança em Ranulfo, aduzindo que Malkia foi quem chamou o ofendido até a quadra de esportes, pois já tinha intenção de matá-lo para se apropriar de seus bens. Consignou também que os menores Cleide e Silvio se faziam presentes e auxiliaram na execução do crime, assim como o acusado Rubi, que teria dado o último golpe fatal na vítima. Ao final, admitiu que ajudou a levar os pertences da vítima até a casa de Malkia, todavia, não ficou com nada.

Em juízo (f. 169), Cleide mais uma vez destacou a presença de Rubi no dia dos fatos, alegando que ele também esfaqueou a vítima.

Referidas narrativas são uníssonas e confirmam que os recorrentes, em conluio com os adolescentes Cleide e Silvio, premeditaram e ardilosamente atraíram a vítima para local ermo e mediante golpes de faca e de lança de madeira, ceifaram-lhe a vida, para em seguida se apropriar de seus bens. Revela ainda, a intenção inequívoca de praticar o crime de latrocínio, e que, a incitação para a briga fazia parte do plano dos acusados, sendo meio pelo qual atingiriam seu intento.

Portanto, não há falar em desclassificação para o homicídio seguido do crime de furto, uma vez que o conjunto probatório demonstrou indene de qualquer dúvida razoável a prática do crime de latrocínio.

Nesse sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA FURTO TENTADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – MORTE DA VÍTIMA PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DO CRIME PATRIMONIAL – CRIME CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO. Restando devidamente comprovado que o agente matou a vítima para assegurar a impunidade do crime (subtração da bicicleta), configurou-se o delito previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal, não havendo falar em desclassificação da conduta para furto tentado e lesão corporal seguida de morte."* (TJMS. Apelação nº 0002397-37.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 02/05/2016, p: 03/05/2016)

Oportuno trazer a colação julgado do Tribunal do Paraná, *in verbis*:

> *"REVISÃO CRIMINAL – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE LATROCÍNIO PARA HOMICÍDIO – ALEGAÇÃO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO IMPROCEDENTE. Inviável a desclassificação do crime de latrocínio para homicídio se o réu, após matar a vítima, a despoja de seus pertences, uma vez que é irrelevante, para a caracterização daquele delito, o motivo inicial da conduta criminosa. Para que se configure decisão contrária à evidência dos autos é necessário que a condenação não tenha apoio em qualquer elemento de convicção, o que não é o caso dos autos. Ademais, a revisão criminal não tem a natureza de uma segunda apelação, não se prestando ao reexame de provas já analisadas no juízo de conhecimento, e eventualmente, em segundo grau."* (TJ-PR RVCR 2892193 PR 0289219-3, Rogério Coelho, Data de Julgamento: 25/05/2006, 3ª Câmara Criminal em Composição Integral)

Assim, mantém-se a condenação como prolatada na sentença vergastada.

No tocante ao crime de corrupção de menor, a condenação também deve ser mantida.

A corrupção de menores é um crime formal, isto é, para a sua caracterização independe de comprovação efetiva da corrupção dos menores, bastando a participação destes na prática da infração penal, o que restou comprovado pelas provas colacionadas aos autos, não havendo que se falar em absolvição por não haver prova da existência do fato.

Basta que o agente maior de 18 anos pratique crime com menor de 18 anos ou o induza na prática de infração penal, o que, de fato, ocorreu no presente caso.

Os apelantes tinham conhecimento de que Cleide era menor de idade, conforme demonstra certidão de nascimento de f. 19-20 e o adolescente Silvio Cavalheiro, embora não tenha sido localizado para prestar declarações, as demais testemunhas confirmaram que ele também participou efetivamente do crime.

Ao cometerem o delito em conluio com adolescentes, os recorrentes incorreram nas penas do crime previsto no art. 244-B do ECA.

Com efeito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que o crime de corrupção de menores, previsto no artigo 244-B da Lei 8.069/90 (antigo artigo 1º da Lei nº 2.254/54), é formal e consequentemente não exige prova da efetiva corrupção penal do adolescente envolvido.

A norma insculpida neste tipo penal tem por objetivo que os adultos não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto. Visa não somente punir aquele que corrompeu o menor para a prática do crime mas também visa desestimular que adultos pratiquem crimes na companhia do menor, independente deste já estar totalmente inserido na delinquência, pois a norma também busca a reinserção social destes.

A esse respeito, já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PENAL – CORRUPÇÃO DE MENORES – ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE –* ***CRIME FORMAL – PRESCINDIBILIDADE DA CORRUPÇÃO DO MENOR****. 1.* ***O STJ, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia nº 1.127.954/DF, consolidou entendimento de que o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, possui natureza formal, não sendo necessária à sua configuração a prova da efetiva e posterior corrupção do adolescente, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 (dezoito) anos****. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ - AgRg no REsp 1371942/

SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 11/06/2013) (destaques não originais)

De igual modo tem decidido este Egrégio Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENOR – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR – PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENOR – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INVIABILIDADE – PRELIMINAR RECHAÇADA – MÉRITO – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O FURTO QUALIFICADO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA O DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENOR – PENA-BASE MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Sendo narrado na denúncia que o menor participou da prática delitiva com o acusado, não há falar em nulidade no fato de a exordial acusatória não ter capitulado o delito de corrupção de menor, visto que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não de sua capitulação. A violência ou grave ameaça, necessária para caracterizar o crime de roubo, deve ser aquela capaz de intimidar ou amedrontar a vítima. Não havendo tal situação, desclassifica-se o delito de roubo para o de furto. Para a evidenciar o crime de corrupção de menor, basta que o acusado pratique qualquer delito na companhia de menor de 18 anos, sendo indiferente se ele era ou não dado a prática delitiva. Se algumas circunstâncias judiciais, de forma idônea, são julgadas ao acusado, autorizado está o magistrado de instância singela em fixar a pena-base acima do mínimo legal."* (Apelação 0001398-34.2008.8.12.0020 Rio Brilhante. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. 2ª Câmara Criminal. DJe. 14/08/2013).

Sendo assim, mantém-se a condenação pelo crime de corrupção de menor.

Por fim, no tocante ao pedido de isenção das custas processuais, o pedido merece ser acolhido.

Como o acusado foi patrocinado pela Defensoria Pública durante todo o feito, faz-se necessária a concessão da gratuidade da justiça. É, portanto, cabível 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 nº 13.105/2015.

Por todo exposto, com o parecer ministerial, dou parcial provimento ao recurso, apenas para concessão da gratuidade judiciária, suspendendo a cobrança pelo prazo de 5 anos, nos termos do art. 98 a 102 do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015.

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 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, 9 de agosto de 2018.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



AMAMSUL completa 40 anos de luta e união - 02/07/2018



A AMAMSUL completa 40 anos de existência nesta segunda-feira (2). Desde a criação, foram quatro décadas de luta pela magistratura sul-mato-grossense e pela união dos magistrados e de suas famílias. Atualmente, a entidade tem 326 associados em seus quadros.

"Parabéns a cada associado que, com muito amor, torna possível sua caminhada e seu progresso. Que a cada ano, a AMAMSUL se torne mais forte e mais altiva na defesa da magistratura e da democracia", afirmou o presidente da associação, Fernando Chemin Cury, comemorando a data.

No início, capitaneados pelo então juiz Rêmolo Letteriello, 25 magistrados reuniram-se no fórum de Coxim para a fundação da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul (AMAMSUL). Iniciava-se ali um grande sonho que, com esforço e esmero de cada presidente e de cada associado, foi se tornando realidade.

Com finalidades sociais e na busca pela integração da magistratura sul-mato-grossense, além da defesa de direitos e prerro¬gativas, a AMAMSUL também teve a ajuda da família dos magistrados. As mulheres não cansavam de promover encontros e eventos beneficentes, que perduram no calendário da entidade.

Foram anos de lutas e muitas conquistas, e a AMAMSUL foi crescendo e conquistando espaço no cenário estadual e nacional. Aos poucos, a associação tornou-se referência para todos os magistrados que vieram para Mato Grosso do Sul, oriundos de todas as regiões do Brasil.

"Se pudéssemos resumir em duas palavras aquilo a que a AMAMSUL sempre se propôs, seriam proteção e união. Proteção no sentido de defender e lutar pelos direitos e prerrogativas da magistratura, e União em razão da finalidade de congregar e fortalecer os laços dessa grande família, que é a magistratura sul-mato-grossense", completa Fernando.

HISTÓRIA – A AMAMSUL foi criada no dia 2 de julho de 1978, quando 25 juízes se reuniram na região sul de Mato Grosso, alguns meses antes da divisão do Estado de Mato Grosso Uno e o surgimento de Mato Grosso do Sul.

Para que se entenda a dimensão da criação da entidade é necessário retroceder um pouco a fim de ter uma visão da época. Em 1968, as comunicações em Mato Grosso eram precaríssimas. Além da grande extensão do Estado, não havia asfalto e para usar o telefone era preciso ir ao centro da cidade solicitar a ligação, que nem sempre era realizada no mesmo dia. As notícias do tribunal eram divulgadas por meio do diário oficial, que chegava uma ou duas vezes por semana em Campo Grande e ao sul de Mato Grosso.

Nessa época, vindo do estado de São Paulo, ingressou na magistratura Alceu Soares Aguiar. Com a experiência que já possuía na associação dos magistrados de São Paulo, resolveu ele sugerir a criação de uma associação para defender os interesses da magistratura de MT. Usando um estêncil para reproduzir cópias, enviou ofício aos juízes do Estado, solicitando que se reunissem em Cuiabá para criação da associação de magistrados.

Alguns juízes partiram então, em um AERO WILLYS, para participar da reunião em Cuiabá: Jesus de Oliveira Sobrinho e Milton Malulei, de Dourados; Athayde Nery de Freitas, de Ponta Porã; Alceu Soares Aguiar, de Fátima do Sul, e Augusto Benitez Tiese, de Bataguassu.

De acordo com relatos do desembargador aposentado Jesus de Oliveira Sobrinho, o TJMT não aceitou muito bem a ideia da criação de uma associação por acreditar que a associação seria criada para se contrapor às diretrizes do tribunal. Importante registrar que, naquela época, o Tribunal não tinha autonomia administrativa e financeira, adquirida com a constituição de 1988. Assim, se o magistrado precisasse de uma máquina de escrever ou de uma mesa, tinha que solicitar ao Poder Executivo. Se havia falta de funcionários, pedia ao Executivo a abertura de concurso, que realizava e nomeava os servidores.

"Por parte do tribunal, havia muito constrangimento em reivindicar direitos junto ao Poder Executivo e, de certa forma, o Poder Judiciário era dependente daquele. Se o juiz tinha direito a um adicional por tempo de serviço, por exemplo, este era requerido ao governador. Abria-se um procedimento e o deferimento vinha um ou dois anos depois. Os recebimentos eram somente a partir do ato do governador, sem direito aos atrasados. Quando viajávamos, respondendo por outras comarcas, arcávamos com as despesas: não havia diária, nem ajuda de custo, não havia nada. Por isso a necessidade de se criar a associação", conta ele.

A reunião foi realizada no dia 8 de dezembro de 1968, no salão nobre do antigo prédio do tribunal de MT e nenhum juiz de Cuiabá compareceu. Só por esta informação já se pode imaginar o clima da época. Enfim, estavam presentes o Des. João Antônio Neto, o Des. Leão Neto do Carmo e Des. Oscar Ribeiro Travassos.

"Para evitar qualquer mal-estar, elegemos o des. Oscar Ribeiro Travassos, que não acreditava muito na importância da associação e se limitou, no tempo dele, a registrar os estatutos. O tempo passou e a associação ficou praticamente sem dirigente porque somente os juízes do sul se interessaram. No norte, ninguém demonstrou interesse", relembra.

Algum tempo depois, em 1973 ou 74, o presidente do TJMT, Des. Milton Armando Pompeu de Barros, convocou uma assembleia geral para eleger a nova diretoria da associação. Disputaram os desembargadores Leão Neto do Carmo e Domingos Sávio Brandão Lima, que venceu a eleição.

Brandão Lima era diligente e muito bem relacionado. Conhecia as associações. Ele tinha feito a Escola Superior de Guerra e, por ser muito bem relacionado, buscava sempre informações para saber como melhorar. Mas tudo era limitado porque dependia do Executivo.

"Como a falta de recursos muito grande, o Domingos Sávio viu nos outros estados a famosa tabela que estabelecia em todos os atos processuais, notariais e de registro, um valor em favor da associação. Naquele tempo, a Corregedoria preparava um novo projeto de regimento de custas e ele pediu para incluir uma contribuição para a associação. Foi o ponto de partida", relata Oliveira Sobrinho.

A associação promoveu um congresso, reuniões, mas tudo era muito difícil. O presidente seguinte foi o Des. Mauro José Pereira e, nesse período, não houve grandes inovações. Em seguida, Jesus de Oliveira Sobrinho foi eleito presidente e teve como secretário Benedito Pereira do Nascimento – um homem muito organizado.

"Foi nessa época que passamos a conhecer o associado e sua família, porque abrimos uma ficha e pedimos informações, para ter o quadro de associados devidamente regulamentado. Nessa mesma época, conseguimos um regulamento de utilidade pública e, por incrível que pareça, abrimos uma conta no banco para administrar os recursos da associação. A primeira conta. Conseguimos, quando o centro político-administrativo do Estado estava sendo construído, a doação de uma quadra para a construção da futura sede da associação. O governo Garcia Neto doou o local onde foi construída a sede da associação. Chamava-se AMAM. Conseguimos também doação de uma área em Jaciara, onde construímos uma sede para o magistrado que quisesse passar o final de semana com a família".

Em 1977/78, o Des. Milton Armando Pompeu de Barros foi eleito e seu vice foi Athayde Nery de Freitas. "Conseguimos então, em Coxim, a Ilha do Governador, onde construímos uma sede muito bonita e conseguimos até levar energia. Quem trabalhou muito para isso foi o então juiz Rêmolo Letteriello, contudo, antes da inauguração, a maior enchente de Coxim abriu a ilha pelo meio e levou tudo. Nunca pudemos aproveitar", lamenta.

Pouco tempo depois de eleito, o Des. Milton renunciou e assumiu o juiz Athayde, que judicava em Dourados. Como ele residia longe da Capital, as dificuldades eram muitas. Assim a associação ficou meio parada até agosto de 1978, quando foi realizada nova assembleia em Dourados, porque o estado de Mato Grosso do Sul seria instalado no dia 01.01.79.

Houve então uma reunião dos juízes no território de MS para eleger a nova diretoria e finalmente criar a associação de MS. Rêmolo Letteriello foi eleito o primeiro presidente da AMAMSUL. Com a divisão do Estado, houve também a separação do patrimônio. A AMAM ficou com os imóveis no norte e a AMAMSUL, com o dinheiro depositado. Rêmolo então comprou o terreno e iniciou a construção da sede.

Nesses 40 anos, atuaram como presidente Rêmolo Letteriello (1979/1980), Leão Neto do Carmo (1981/1982), Aleixo Paraguassu Netto (1983/1984), José Rizkallah (1985/1986), José Goulart Quirino (1987/1988), João Maria Lós (1987/1988), José Augusto de Souza (1989/1990), Divoncir Schreiner Maran (1991/1992), Rubens Bergonzi Bossay (1993/1994), Sideni Soncini Pimentel (1995/1996), Ruy Celso Barbosa Florence (1997/1998), Francisco Gerardo de Sousa (1999/2000), Luiz Gonzaga Mendes Marques (2001/2002), Marco André Nogueira Hanson (2003/2004), Marcelo Câmara Rasslan (2005/2006), Luiz Antonio Cavassa de Almeida (2007/2008), Dorival Moreira dos Santos (2009/2010), Olivar Augusto Roberti Coneglian (2011/2012), Wilson Leite Corrêa (2013/2014), Luiz Felipe Medeiros Vieira (2015/2016) e Fernando Chemin Cury (2017/2018).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

1º Encontro de Gestão por Competências do PJMS capacita 500 servidores 02/07/2018



Durante os dias 28 e 29 de junho, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio da Secretaria de Gestão de Pessoal e da Escola Judicial (Ejud-MS), realizou em Campo Grande, o 1º Encontro de Gestão por Competências do PJMS. Pelo menos 500 servidores, entre Gestores da Secretaria do Tribunal de Justiça e das Comarcas do Estado, participaram do evento que trouxe a Leme Consultoria, a maior especialista do Brasil em gestão de pessoas por competências.

A abertura do encontro aconteceu na quinta-feira (28), no Plenário do Tribunal de Justiça, com a palavra do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, diretor da Ejud-MS, e do Diretor da Secretaria de Gestão de Pessoal, Raphael Vicente Bilinski, para 200 gestores que atuam na Secretaria do TJMS. Neste dia, o palestrante Rogério Leme iniciou sua consultoria com a visão geral da gestão por competências, abordando a avaliação por desempenho e a importância do feedback, além da homologação dos descritivos de função, construído de forma democrática entre gestores e servidores. No total, o Poder Judiciário de MS teve 607 funções mapeadas, 11 competências comportamentais identificadas e 55 indicadores.

Na sexta-feira (29), último dia do encontro, 300 gestores de todas as comarcas do Estado de MS se reuniram no Novotel para receberem informações acerca do processo de implantação do modelo de Gestão por Competências no âmbito do PJMS.

"Nestes dois dias, conseguimos reunir mais de 10% dos servidores do Poder Judiciário. Naturalmente, que todo este conhecimento agregado ao servidor tem reconhecimento do Judiciário de MS, que hoje tem gestores empenhados na melhoria da prestação jurisdicional", disse o diretor da Ejud-MS, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Para o magistrado, que esteve nos dois dias de encontro, hoje o Tribunal de Justiça é gerido de forma descentralizada, voltada para qualidade do atendimento para o jurisdicionado. "É uma realidade que

hoje o TJMS não é mais conduzido apenas pelo seu presidente, mas sim por Diretores, chefes de cartórios entre outros, engajados em bem servir. É importante confiar o trabalho àqueles que o desenvolvam com excelência", explicou o Des. Júlio Roberto.

As primeiras experiências de implantação da Gestão por Competências começaram em 2007 no Poder Judiciário. Mas foi a partir de 2015 que a ideia tomou corpo, com a Portaria nº 793/2015 e a efetivação do Comitê de Implantação, composto atualmente por seis membros.

O Diretor da Secretaria de Gestão de Pessoal, Raphael Vicente Bilinski, que compõe o Comitê de Implantação, explica que o foco é no desenvolvimento do servidor. "Não se trata de pressionar as pessoas por resultados. Queremos avaliar o desempenho do servidor, para saber o conhecimento, habilidades e atitudes. A partir deste "gap" (diferença entre a competência do servidor e o que é demando a ele), iremos criar uma política de capacitação, para desenvolvê-lo, de modo completo e integralizado aos anseios do Poder Judiciário", disse Raphael.

E foi isto que o consultor deste 1º Encontro de Gestão por Competências, Rogério Leme, buscou despertar nos 500 gestores do PJMS. Para ele, o Tribunal de Justiça, a Secretaria de Gestão de Pessoal e a Ejud-MS estão coesas neste projeto e acertaram, ao trazer a Gestão por Competência para o Judiciário de MS.

"A importância da Gestão por Competência, independente de ser para inciativa privada ou para o setor público, é atingir melhores resultados para a população e isto a gente só vai conseguir por meio das pessoas. Competência, então, é a matéria-prima para atingir resultados", disse Leme.

Conheça: A mais conhecida definição de competência foi formulada por Scott B. Parry, em 1996, e adotada pelo TJMS por ser a mais coerente com o modelo Instituído no âmbito do Poder Judiciário de MS. Segundo a definição, competência é um agrupamento de conhecimentos, habilidade e atitudes correlacionadas, mas conhecido pela sigla CHA.

O Projeto de implantação da Gestão por Competência está inserida no Plano Estratégico do PJMS 2015-2020 como ferramenta para atender o macrodesafio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): Melhoria da Gestão de Pessoas.

Além disto, está embasada nas seguintes legislações: O Decreto n. 5707, de 23 de fevereiro de 2006; Acordão TCU nº 3.023/2013; Resoluções CNJ 192/2014 e 240/2016.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Central de Monitoramento de tornozeleiras eletrônicas será inaugurada 02/07/2018

Com R$ 70 mil em recursos, destinados pela Execução Penal das comarcas de Campo Grande e de Dourados, será inaugurado nesta terça-feira (4), às 14h30, a nova sede da Unidade Mista de Monitoramento Virtual de MS, responsável por monitorar apenados que usam as chamadas tornozeleiras eletrônicas. A solenidade será realizada na rua Marechal Cândido Mariano Rondon, 269, no bairro Amambaí.

A iniciativa é uma parceria entre o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, por meio da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, onde judica o juiz Mario José Esbalqueiro Jr, e da 3ª Vara Criminal de Dourados, onde atua o juiz Cesar de Souza Lima, com a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen).

Oito internos do Centro Penal e Agroindustrial reformaram o prédio, no centro de Campo Grande, doado pela Universidade Federal (UFMS), que agora funcionará como Central Mista de Monitoramento Virtual. A obra foi custeada com recursos oriundos das Varas de Execução Penal da Capital e de Dourados, que investiram cerca de R$ 35.000,00 cada uma.

Na Central, 20 servidores da Agepen vão monitorar 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.

As obras começaram há dois meses e consistem na troca de toda parte elétrica, hidráulica, pintura, construção de novos banheiros, lavabo, dormitórios, calçadas e revestimentos. Os reeducandos recebem um salário-mínimo e remição de um dia na pena a cada três trabalhados, conforme estabelece a Lei de Execução Penal.

Segundo dados da Agepen, 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. Duas mil tornozeleiras estão disponíveis e atualmente 720 estão efetivamente em uso, principalmente em pessoas que devem cumprir o regime aberto - quando o apenado deve ter uma ocupação durante o dia e, no período noturno, volta para o patronato penitenciário para ficar recluso.

Isso 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 da Capital, Mario José Esbalqueiro Jr.

“Esse reconhecimento do Poder Público em priorizar o uso de tornozeleiras eletrônicas traz muitos benefícios, entre eles, o de não misturar preso de menor periculosidade com os de comportamento ruim. O apenado pode fazer o cumprimento em casa e estar efetivamente vigiado”, pontua Esbalqueiro.

Da 3ª Vara Criminal de Dourados, com competência para execução penal, o juiz Cesar de Souza Lima disse que destinou o recurso pois o trabalho da central terá impacto em todo o Estado.

Segundo Cesar, dentre todos os benefícios, 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 acontecem nos casos de pessoas sob medida cautelar, medida protetiva ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar sua localização.

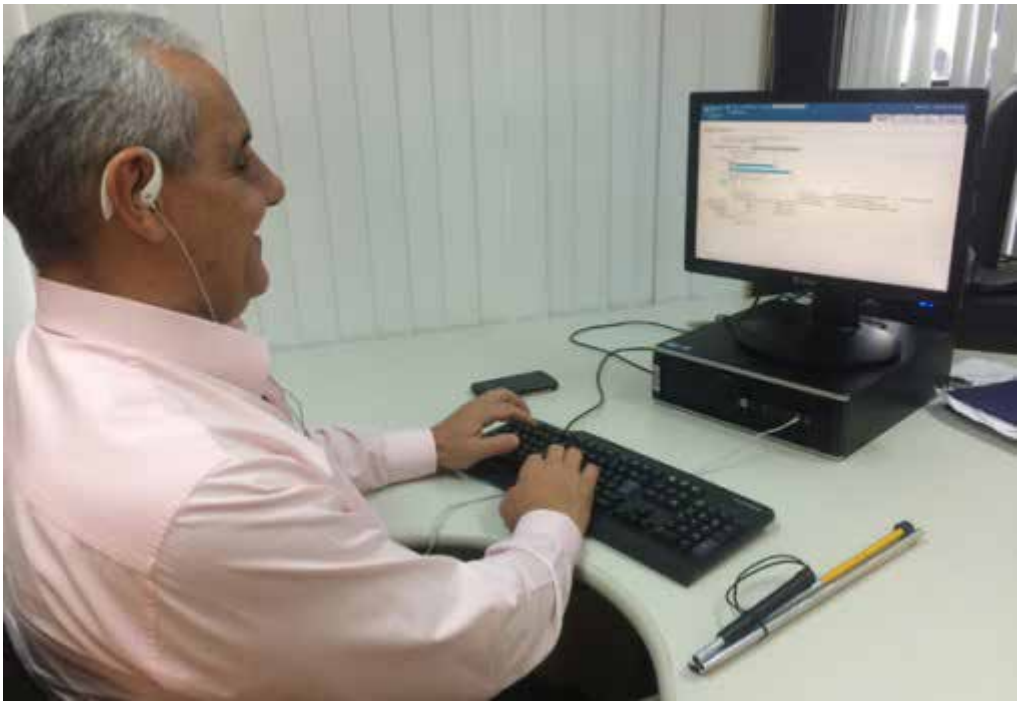
O monitoramento eletrônico deve respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada e indicará distância, horário e localização em que se encontra, além de outras informações úteis à fiscalização judicial do cumprimento de suas condições. Tudo isto preservando o sigilo dos dados e das 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.

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

TJMS investe em acessibilidade com tecnologia para cegos - 03/07/2018



Entre servidores concursados, estagiários e mirins que trabalham no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, sete são cegos. Com atividades e atribuições iguais aos outros trabalhadores, a inclusão está na possibilidade de atuarem com ferramentas que auxiliem na execução das tarefas.

Recentemente o Tribunal de Justiça, por meio da Secretaria de Tecnologia da Informação, adquiriu a licença do Software Jaws, que é leitor de tela que permite usuários com deficiência visual lerem a tela por meio de uma saída de texto para voz.

Servidor do Tribunal de Justiça há quatro anos e cego há 30, Aldo Ramos Soares trabalha no Departamento de Sistemas Jurisdicionais. Na mesa, nada de papéis, apenas a bengala e o computador com um fone de ouvido conectado. "Às vezes, os colegas vem me perguntar se estou bem, porque fico concentrado no trabalho e, como não enxergo, não interajo com eles", diz Aldo.

O seu serviço é analisar planilhas e contratos. Enquanto trabalha, uma voz acelerada do software Jaws vai lendo o que está nos documentos, algo que parece confuso para quem não usa. "Essa é uma forma de aplicação da igualdade de condições entre as pessoas. Com a ferramenta de leitura de tela, eu ganho autonomia no trabalho, caso contrário, seria necessário ter outra pessoa me auxiliando, o que não faz sentido e não tem nada de inclusivo", explica o servidor.

A inclusão e o acesso são questões que o Poder Judiciário tem como Valores e Princípios, ao positivar em seu Mapa Estratégico a responsabilidade social e a qualidade de vida do servidor e potencializar o capital humano.

O portal do Tribunal de Justiça é outro exemplo do esforço de inclusão. Ele pode ser lido por pessoas cegas com o software de leitura de tela com saída de texto para voz. Já o processo de implantação da chamada descrição de imagens ou conteúdo imagético acessível (contextualização de uma imagem, por meio de texto), está em fase de estudo e implantação.

Também foi incluída a *hashtag* ***#PraCegoVer*** nas redes sociais do Poder Judiciário, com o objetivo de disseminar a cultura da acessibilidade, usando para isso um trocadilho com função educativa e inclusiva. Ela se refere aos videntes que não enxergam o cego e nunca se dão conta de que pessoas com deficiência visual usam redes sociais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS recebe minuta para procedimentos de georreferenciamento 03/07/2018



Na tarde desta terça-feira (3), o Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do TJMS, recebeu o presidente da Frente Parlamentar de Regularização Fundiária, deputado Renato Câmara, acompanhado do diretor da Anoreg/MS, José Paulo Baltazar Jr, e do diretor-presidente da Agraer, André Nogueira Borges.

O Corregedor-Geral de Justiça em substituição, Des. Vilson Bertelli, e o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Fernando Paes de Campos, também participaram do encontro.

Os visitantes vieram trazer ao Des. Divoncir uma minuta, com 16 artigos, que servirá como sugestão de provimento para regulamentação de procedimentos de georreferenciamento de imóveis rurais, utilizado como exigência legal para registro de imóveis de grandes dimensões.

Ocorre que atualmente as exigências variam de acordo com o cartório. Os registradores têm interpretações diferentes, gerando dificuldades para o usuário. Com a proposta, os procedimentos em todos os cartórios seriam iguais.

"O registrador terá a segurança de fazer como determinado pela Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça, evitando possíveis dúvidas no futuro. O proprietário do imóvel teria a segurança de fazer corretamente, da primeira vez, sabendo que não haverá futuras exigências porque está tudo previsto nas normas da Corregedoria", explicou Fernando Paes.

A proposta agora segue para análise dos juízes auxiliares da Corregedoria, que emitirão parecer e, em tese, um provimento poderia ser editado, para posterior publicação.

Estiveram presentes ainda Jadir Bocapo, assessor da Agraer, e Thiago Chianca, assessor jurídico do deputado Renato Câmara.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Nova Central de Monitoramento controlará duas mil tornozeleiras - 03/07/2018



Foi entregue na tarde desta terça-feira (3) o novo espaço da Unidade Mista de Monitoramento Virtual de MS, responsável por acompanhar réus que usem tornozeleiras eletrônicas. O local foi cedido pela Universidade Federal de Ml (UFMS) e os recursos, no valor de R$ 70 mil, foram oriundos do Poder Judiciário, por meio da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande e da 3ª Vara Criminal de Dourados.

Oito detentos foram os operários desta obra, que fica na rua Marechal Cândido Mariano Rondon, 269, no bairro Amambaí. Dois mil equipamentos estão disponíveis para que a justiça destine sua utilização.

O supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, esteve no evento e exaltou a união de esforços entre os órgãos que atuaram para que a central fosse uma realidade. Mendes Marques também destacou os desafios da execução penal no país, que em MS é enfrentada com soluções e práticas de inclusão social dos apenados.

"Quem atua na área da execução de pena sabe das dificuldades que enfrentamos. É um sistema, por si só, complexo, que tem o objetivo duplo de sancionar aquele que afronta a lei, mas também de oportunizar que ele se ressocialize", lembrou o magistrado, referindo-se aos diversos projetos que utilizam mão de obra prisional.

Na Central, 20 servidores da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agência) farão o monitoramento de pessoas que, em vez de cumprir prisão em unidades de encarceramento, ficam soltas, mas com tornozeleiras eletrônicas que permitem saber exatamente onde o monitorado está.

O juiz da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, José Mário Esbalqueiro Jr, que destinou R$ 35 mil para esta obra, falou do impacto de se ter as tornozeleiras como mais um recursos à disposição da justiça estadual.

"Este local, apropriado para que os servidores da Agepen monitorem os usuários das tornozeleiras, é fundamental para a efetividade das decisões judiciais. Por outro lado, podemos desafogar o sistema

penitenciário, retirando dos presídios os apenados que não representam risco potencial. A tornozeleira é uma segunda via que o juiz pode utilizar", disse ao explicar que a monitoração virtual pode fazer a separação dos presos de facções criminosas dos que não fazem parte do crime organizado.

A obra foi feita com o trabalho de oito internos do Centro Penal e Agroindustrial, que reformaram o prédio, no centro de Campo Grande. Foram feitas troca de toda parte elétrica, hidráulica, pintura, construção de novos banheiros, lavabo, dormitórios, calçadas e revestimentos. Os reeducandos recebem um salário-mínimo e remição de um dia na pena a cada três trabalhados, conforme estabelece a Lei de Execução Penal.

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. Duas mil tornozeleiras estão disponíveis e atualmente 820 equipamentos de monitoramento estão efetivamente em uso, por determinação judicial em diversos casos, como cumprimento de regime aberto e semiaberto (onde não há unidade prisional), medidas cautelares, homens que agrediram as companheiras e são enquadrados na Lei Maria da Penha etc.

"Estamos atuando em 820 casos, monitorando os presos. Com a adesão dos juízes, vamos ampliando o atendimento, tanto no interior como na Capital. O monitoramento é feito 24 horas por dia. O preso vem até essa unidade e coloca o equipamento - daí para frente, qualquer ocorrência, as autoridades serão comunicadas para atuarem prontamente", explicou o diretor da Agepen.

Memória - Durante a solenidade de entrega da Unidade Mista de Monitoramento Virtual de MS, o Reitor da UFMS, Marcelo Turine, lembrou que naquele local nasceu a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, onde funcionaram os cursos de Odontologia e Medicina.

"Neste lugar começou esta grande instituição, que é a Universidade Federal de MS. Para nós, é um presente ter este espaço vivo novamente, com pessoas trabalhando e contribuindo para nosso Estado", disse Turine, que se dispôs a manter parcerias na área de tecnologia e inovação, trazendo novos recursos de sistemas para esse projeto.

Regulamentação – A Corregedoria-Geral de Justiça editou o Provimento nº 151/2017, 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 sua localização.

O monitoramento eletrônico deve respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada e indicará a distância, o horário e a localização em que se encontra, além de outras informações úteis à fiscalização judicial do cumprimento de suas condições. Tudo isso 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 Justiça e Segurança Pública, por meio da Agepen, para utilização pelas unidades judiciárias criminais e de execução penal do Poder Judiciário de MS.

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

Mulheres Inspiradoras:
Coordenadoria da Mulher capacitará professores da Capital - 05/07/2018



O Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial de MS e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, realizará nos dias 5 e 6 de julho o curso de capacitação EmPENHAdas pela Educação.

A ação objetiva unir dois programas de combate e prevenção à violência contra a mulher na perspectiva da educação: o Projeto Mulheres Inspiradoras e o Programa Maria Faz a Diferença na Escola.

Nesta quinta-feira, a capacitação terá palestra ministrada pela professora Gina Vieira Ponte, idealizadora do Projeto Mulheres Inspiradoras, criado em 2014 para estimular a leitura e escrita autoral, além do fortalecimento da interpretação de textos entre estudantes dos últimos anos da educação básica.

A proposta consiste em trabalhar com os alunos obras escritas por mulheres e que abordam temas como violência, racismo, empoderamento, diversidade, igualdade de gênero e representação feminina. Para Gina, o estudo da obra e vida de mulheres que inspiram o Brasil e o mundo, além de empoderar meninas, facilita o aprendizado da língua portuguesa. O projeto já recebeu inúmeros prêmios pelo Brasil.

Para auxiliar na execução da proposta, a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher em MS, coordenou uma campanha de arrecadação de livros e estes serão entregues para os professores, que receberão as obras literárias Eu sou Malala; Não vou mais lavar pratos; Ponciá Vicencio; O Diário de Anne Frank; Metade cara, metade máscara; Espelhos, Miradouros e Dialéticas da Percepção; Quarto de Despejo - Diário de uma favelada; Só por hoje vou deixar o meu cabelo em paz.

Além da palestra, que apresentará o projeto na educação para a transformação social, haverá a leitura de Bell Hooks, escritora norte-americana, feminista e ativista social que estudava sobre os sistemas de opressão e dominação entre as raças, classes e gênero, e Paulo Freire, educador, pedagogo e filósofo brasileiro.

Para o segundo dia está programada uma atividade para apresentação das obras, com trechos de cada uma delas, anunciando temas possíveis de serem desenvolvidos em diálogo com o currículo da Secretaria de Educação e os projetos político-pedagógicos da escolas.

Após a atividade, a juíza Jacqueline Machado, também titular da 1ª Vara de Medidas Protetivas do país, juntamente com as técnicas da Coordenadoria da Mulher Vanessa Vieira e Sandra Salles, apresentará os aspectos jurídicos e psicossociais da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A capacitação é destinada aos educadores da rede pública de ensino, servidores da Coordenadoria da Mulher, equipe multidisciplinar da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande e do Instituto Luther King, que propicia oportunidades para jovens e adultos em situação de vulnerabilidade socioeconômica, além de parceiros do Projeto.

Todos serão capacitados para serem multiplicadores do conhecimento da referida metodologia do Projeto Mulheres Inspiradoras e o Programa Maria Faz a Diferença na Escola.

Conheça - Gina Vieira Ponte nasceu em Ceilândia. Dos 46 anos de idade, 38 deles foram dentro da escola pública: 11 como estudante e 27 como professora.

É graduada em Letras/Português e respectiva literatura pela Universidade Católica de Brasília e mestranda em linguística pela Universidade de Brasília; especialista em educação à distância; desenvolvimento humano, educação e inclusão escolar; e letramentos e práticas interdisciplinares nos anos finais. Atua como professora efetiva da Secretaria de Educação do Distrito Federal desde abril de 1991.

"Precisamos de uma escola que respeite a identidade do aluno, que garanta a ele o direito à aprendizagem e ao desenvolvimento, e que colabore para que ele abrace grandes projetos de vida", defende.

O Projeto Mulheres Inspiradoras não é apenas de um programa inovador, premiado nacional e internacionalmente: é a primeira proposta aplicada em sala de aula e, posteriormente, incorporada pela Educação do Distrito Federal. A ideia tornou-se política pública em abril desse ano. A meta é permitir que, com o tempo, o trabalho alcance um número cada vez maior de instituições de ensino públicas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Violência contra a mulher é tema do Prêmio de Jornalismo do TJMS - 05/07/2018



O 1º Prêmio de Jornalismo do Tribunal de Justiça de MS, lançado durante o Simpósio Regional Violência de Gênero, o terá em sua primeira edição a ComunicAÇÃO pela Igualdade de Gênero. Serão distribuídos R$ 30 mil em prêmios nas categorias Telejornalismo, Jornalismo Impresso, Jornalismo Online, Radiojornalismo, Fotojornalismo e Universitário.

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/. A solenidade de premiação será em novembro, durante a 11ª Semana da Justiça pela Paz em Casa.

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.

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.

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 e 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

TJMS firma convênio de transferência de tecnologia para prefeitura da Capital 05/07/2018



O presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, firmou na manhã deste quinta-feira (5), um Termo de Cooperação Técnica para transferir tecnologia do Tribunal de Justiça para implementação do sistema de informatização de Legislação Municipal. O prefeito da capital, Marcos Trad, esteve no encontro junto com assessores.

Na prática, com o Sistema desenvolvido pela Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça e utilizado no âmbito do Poder Judiciário Estadual, quando instalado na Prefeitura, qualquer cidadão poderá ter acesso eletronicamente, pela internet, a legislações e atos públicos do município de Campo Grande. A cedência foi gratuita e evitará que o executivo municipal gaste com a aquisição de um software próprio.

Pelo termo, assinado hoje, além de ceder tecnologia com um sistema próprio do Poder Judiciário de MS, a prefeitura terá disponível os conhecimentos utilizados na sua construção e desenvolvimento, intercâmbio de informações, estudos e pesquisas de assuntos de interesse comum. Pelo termo, também haverá a transferência de conhecimentos entre as partes, o que possibilitará a melhoria do sistema.

O Des. Divoncir Schreiner Maran lembrou a posição destacada do TJMS que tem sido referência para outros órgãos e Tribunais do país, que regularmente procuram o Poder Judiciário de MS buscando parcerias e os conhecimentos consolidados na área de Tecnologia da Informação. “Com este termo de cooperação técnica nós vamos contribuir com o município de Campo Grande e facilitar o acesso dos cidadãos às informações, proporcionando facilidade e transparência dos atos públicos”, disse o presidente do TJMS.

Des. Divoncir Lembrou também que recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou inspeção em Mato Grosso do Sul e contatou todos os avanços tecnológicos e o comprometimento do servidor do PJMS. Na ocasião o Des. Carlos Vieira von Adamek, do TJSP e auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça, destacou o TJMS como um dos melhores tribunais do país em qualidade de trabalho e teceu diversos elogios.

Para o prefeito de Campo Grande, o termo de cooperação técnica, assinado com o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul visa garantir uma gestão menos onerosa para o município e a informação de sua equipe técnica era de que o TJMS tinha a ferramenta apropriada para atender o cidadão de Campo Grande. "O objetivo é compartilhar conhecimento e transferir mutua tecnologia. Esta parceria atende uma solicitação dos munícipes que desejam ter acesso as legislações, decretos do prefeito, tudo isto agora será feito de modo fácil e rápido, com este sistema", disse Marcos Trad.

O sistema de buscas por legislações do TJMS é simples e intuitivo, características que estarão no sistema da prefeitura. A busca pode ser feita pelo número do ato (Lei, Portaria, Provimentos etc.), ano, assunto entre outros temas. O retorno com a resposta é rápido, segundo os desenvolvedores.

Referência - O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é classificado pelo CNJ como a Corte mais destacada entre os Tribunais de pequeno porte do Brasil. Isso tem motivado outros tribunais do país e até da Bolívia, a buscarem as instalações do TJMS em busca das boas práticas aplicadas, muitas vezes de forma pioneira no judiciário estadual. Vale destacar que mais parte das tecnologias são desenvolvidas na própria equipe de servidores da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS.

Recentemente o Tribunal de Justiça de Rondônia veio a MS e já passou a utilizar o Sistema de Administração de Precatórios (Sapre), criado pelo Judiciário de MS como ferramenta de gerenciamento de precatórios orçamentários e Requisição Orçamentária de Pequenos Valores (ROPV).

A Central de Processamento Eletrônico (CPE), criação do Poder Judiciário de MS foi instalada no Tribunal de Justiça de Alagoas no mês de maio de 2018. Na Corte Alagoana, a CPE se chamará Secretaria de Processamento Único (SPU) e também tem a função de agilizar processos, com a concentração de atos feitos por analistas judiciários que trabalham em uma central, sem atender o público diretamente. Como resultado, a fila de processos tem o desenvolvimento acelerado.

Agora no mês de maio o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJ, Altair Junior Ancelmo Soares, apresentou as instalações de TI do Tribunal de Justiça a magistrados do Tribunal Supremo de Justicia bolivianos, o Sistema de Automação da Justiça (SAJ) e esclareceu as dúvidas dos visitantes, que se surpreenderam com os avanços que encontraram.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

População votará temas que deseja debater em Fórum de Segurança - 06/07/2018



Para ouvir os anseios da população e debater temas de relevância para a sociedade, a AMAMSUL realizará o Fórum de Segurança Pública: Impunidade x Criminalidade. Contudo, os temas para discussão serão escolhidos por cidadãos que votarão em urnas espalhadas em diferentes pontos na Capital ou pelo da Escola Superior da Magistratura.

Essa semana, os magistrados da comissão organizadora do evento começaram a levar as urnas para locais de fácil acesso à população. Assim, na terça-feira (3), o juiz Eduardo Eugênio Siravegna Jr. usou a tribuna da Câmara de Vereadores para convidar autoridades e cidadãos a fazerem parte desse iniciativa de mudança, antes de deixar uma urna na Casa de Leis, permitindo que a população expresse sua preferência sobre os temas a serem discutidos.

"Queremos que o cidadão participe desse debate, tratando de temas tão sensíveis à sociedade brasileira, que é a segurança pública. Deixaremos aqui uma urna, com cédulas de votação, com os temas propostos para fórum. Após os debates, subscreveremos uma carta com os resultados, direcionada aos partidos políticos, aproveitando do ensejo das eleições gerais que teremos esse ano", disse Siravegna.

Na manhã dessa quinta-feira (5), foi a vez da juíza Denize de Barros Dodero levar a urna até a 17ª Defensoria Pública de Promoção e Defesa do Consumidor. Denize foi recepcionada pela 2ª subdefensora pública-geral, Angela Rosseti Chamorro Belli; pelo coordenador da Unidade Centro, Helkis Clark Ghizzi; pela coordenadora do Núcleo Institucional de Promoção e Defesa do Consumidor e demais Matérias Cíveis Residuais, Jane Inês Dietrich; pelo coordenador da 8ª Regional, Marcelo Marinho da Silva, e pelos defensores públicos Homero Lupo Medeiros e Reginaldo Marinho da Silva.

"Gostaríamos de ter um contato maior com a população porque, às vezes, não compreendemos seus anseios nem ela entende nossa atuação. Fizemos uma enquete para possibilitar a participação de todos. Qual é o tema de maior preocupação, dentro da segurança pública hoje? Os temas mais votados serão abrangidos nesse debate, de forma multidisciplinar, com olhares de vários técnicos dessa área. Participem. A inscrição é gratuita e será um prazer recebê-los – vocês serão nossos convidados", conclamou a juíza.

À tarde, o juiz Mário Esbalqueiro Jr. recebeu o apoio do diretor do Foro da comarca, juiz Ariovaldo Corrêa Nantes, e levou mais uma urna para que a população que busca a justiça no Fórum de Campo Grande possa opinar sobre o tema que deseja ver em debate no Fórum.

"Percebemos que muita gente discute segurança pública, mas pouca gente de fato trabalha com segurança pública. A ideia é que a gente ouça a população, por meio da enquete, e que o cidadão escolha os temas a serem debatidos. Queremos aprofundar a discussão, por isso, pedimos que nos ajudem a divulgar o Fórum, votem e participem conosco dessa discussão tão importante", afirmou Esbalqueiro.

Em nome do presidente da AMAMSUL, Fernando Cury, os integrantes da comissão agradeceram o apoio recebido em todos os locais onde deixaram a urna, especialmente no Fórum, onde o alto quórum de servidores presentes foi resultado do esforço do diretor do Foro, que não mediu esforços para divulgar não apenas o evento, mas suas formas de participação, além de abrir o ato.

Em todas as ocasiões, os magistrados deixaram claro que o Fórum faz parte das comemorações dos 40 anos de existência da AMAMSUL. A juíza Katy Braun do Prado, coordenadora da Infância e da Juventude de MS, e o juiz Alexandre Tsuyoshi Ito prestigiaram o ato de entrega da urna, em uma demonstração de apoio à iniciativa que está levando a magistratura para mais perto do cidadão.

Na próxima semana, mais urnas serão disponibilizadas para votação no Shopping Norte Sul Plaza, no Procon, no Centro Integrado de Justiça (Cijus), no Tribunal de Justiça, entre outros locais. São apoiadores do evento, além dos palestrantes, o Tribunal de Justiça de MS, a Anoreg/MS, a Esmagis e a TV Morena.

Para votar ou se inscrever para o evento, basta acessar www.esmagis.com.br. O Fórum será realizado no dia 26 de julho, às 19 horas, no auditório da Esmagis, que fica na sede campo da associação, na Rua Av. Ana Rosa Castilho Ocampos, 1455, no Jardim Montevidéu.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS capacita professores com o projeto Mulheres Inspiradoras - 06/07/2018



Aliar leitura de livros sobre mulheres (e escrito por elas) com a construção de uma identidade de gênero, onde o feminino tem relevância social, é a proposta do Projeto "Mulheres Inspiradoras", apresentado a professores da Rede Municipal de Ensino da Capital, pelo Poder Judiciário de MS.

Durante dois dias, 5 e 6 de julho, o Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, realizou, no Novotel, o curso de capacitação EmPENHAdas pela Educação, que une o Mulheres Inspiradoras como o Programa Maria Faz a Diferença na Escola.

O Pacijus, programa de integração social do TJMS, ficou responsável por arrecadar, com diversos parceiros, exemplares dos livros Eu sou Malala, Não vou mais lavar pratos, Ponciá Vicencio, O Diário de Anne Frank, Metade cara, metade máscara, Espelhos, Miradouros e Dialéticas da Percepção, Quarto de Despejo - Diário de uma favelada, Só por hoje vou deixar o meu cabelo em paz.

Na quinta-feira (5), a capacitação teve a palestra ministrada pela professora Gina Vieira Ponte, idealizadora do Projeto Mulheres Inspiradoras, criado em 2014 para estimular a leitura e escrita autoral, além do fortalecimento da interpretação de textos entre estudantes dos últimos anos da educação básica.

A proposta consiste em trabalhar com os alunos obras escritas por mulheres e que abordam temas como violência, racismo, empoderamento, diversidade, igualdade de gênero e representação feminina. Após a leitura das obras literárias, os alunos decidem quem é a mulher inspiradora de sua vida. Pode ser a mãe, uma avó ou outra pessoa que os inspirem. A partir de entrevistas feitas com essas mulher, os alunos construirão textos e discutirão a importância do feminino em história.

Letícia Soares do Santos, professora da Escola Osvaldo Cruz, disse que o projeto é fortalecedor para a prática pedagógica e aumenta a autoestima do aluno. "Podemos trabalhar a leitura, a escrita, os gêneros literários e principalmente a memória afetiva e a biografia das mulheres escolhidas pelos jovens como sento

inspiradoras. Às atividades não serão atribuídas notas, mas os adolescentes não têm ideia de quanto eles estarão aprendendo sobre a língua portuguesa, a partir deste projeto. Acredito que eles verão sentido na atividade e mudarão atitudes e comportamentos", disse a professora de língua portuguesa, que participou da capacitação.

Mas o projeto vai além da prática de ensino em escolas. Trata-se de uma mudança de cultura e combate ao machismo, sendo a escola um espaço igualitário onde possa se discutir o que é ser homem e o que é ser mulher.

Segundo Gina Vieira Ponte, o machismo é um elemento estruturante da nossa cultura e, como todos somos sujeitos sociais, formados dentro dessa cultura, de alguma forma, somos machistas. "As mulheres reproduzem esse machismo, mas quem lucra com isto são os homens", disse.

Ainda, conforme Gina, a única maneira de desconstruir essa cultura é olhar para o que está cristalizado, que colabora para a manutenção do machismo, e pensar em formas de desfazer os mecanismos de gêneros que definem espaços distintos para homens e mulheres.

"Quando impomos a uma menina que ela pense que é frágil, que não pode brigar e não pode se impor, em alguma medida, estamos colaborando para que ela não reaja a uma situação de abuso sexual e de violência doméstica. Essas meninas são formadas, desde cedo, para docilidade, subserviência e subalternidade, e esse tipo de educação leva à opressão da mulher e atenta à sua saúde mental", explica Gina.

A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher em MS, coordenou a campanha de arrecadação de livros, e entregues para os professores de 40 escolas municipais de Campo Grade. A juíza, que também é titular da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar da Capital – a primeira do país especializada em Medidas Protetivas, acompanhada das técnicas da Coordenadoria da Mulher Vanessa Vieira e Sandra Salles, apresentou os aspectos jurídicos e psicossociais da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Foram parceiros da campanha de doação de livros para o projeto Mulheres Inspiradoras, o Tribunal de Contas (TCE/MS), o Sesi, a Associação Campograndense de Professores (ACP), o Hospital El Kadri, a Cassems, o Sistema OCB/MS, a Unimed, a advogada Fernanda Alves e o juiz César de Souza Lima, da 3ª Vara Criminal de Dourados, que destinou recursos da execução penal para a aquisição dos livros.

Conheça – Gina Vieira Ponte nasceu em Ceilândia. Dos 46 anos de idade, 38 deles foram dentro da escola pública: 11 como estudante e 27 como professora.

É graduada em Letras/Português e respectiva literatura pela Universidade Católica de Brasília e mestranda em linguística pela Universidade de Brasília; especialista em educação à distância; desenvolvimento humano, educação e inclusão escolar; e letramentos e práticas interdisciplinares nos anos finais. Atua como professora efetiva da Secretaria de Educação do Distrito Federal desde abril de 1991.

O Projeto Mulheres Inspiradoras não é apenas de um programa inovador, premiado nacional e internacionalmente: é a primeira proposta aplicada em sala de aula e, posteriormente, incorporada pela Educação do Distrito Federal. A ideia tornou-se política pública em abril desse ano. A meta é permitir que, com o tempo, o trabalho alcance um número cada vez maior de instituições de ensino públicas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadora da Mulher passa a integrar a Cátedra Unesco/UFGD
10/07/2018



A juíza Jacqueline Machado, da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande, passou a integrar o rol de colaboradoras/pesquisadoras da Cátedra UNESCO/UFGD Diversidade, Cultura, Gênero e Fronteiras.

A magistrada, que é a coordenadora da Mulher de MS, já implementou diversos projetos de proteção às mulheres e de igualdade de gênero, além de fomentar o debate com palestras e a realização de simpósios.

Jacqueline se disse honrada pela indicação de estar entre os colaboradores e pesquisadores da Cátedra da Unesco/UFGD. "Esta é a única Cátedra com este mote de gênero existente no Brasil, e está sob a coordenação do professor Losandro Tedeschi, pessoa com grande conhecimento que pode contribuir com o trabalho da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS", explicou a juíza.

A cátedra é a autorização da Unesco a instituições que se destacam na pesquisa, extensão e produção de conhecimento em certas temáticas. No Brasil, esta é a única cátedra na temática de gênero e diversidade e vem contribuindo muito no ponto de vista da produção de conhecimento histórico, sociológico e de outras áreas.

Jacqueline Machado é graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (RS), especialista em Direito Público pela Universidade Noroeste do RS (UNIJUI) e é titular na 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande, na Casa da Mulher Brasileira - especializada em Medidas Protetivas de Urgência.

Desde 2017 é a coordenadora da Coordenadoria da Mulher do Tribunal de Justiça de MS, atuando em projetos em nível estadual e nacional de prevenção a violências contra as mulheres.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Novo Corregedor-Geral de Justiça é empossado no TJMS - 12/07/2018



Depois de ser eleito por aclamação, o Des. Carlos Eduardo Contar foi empossado no cargo de Corregedor-Geral de Justiça, na manhã desta quinta-feira (12), pelo Des. Divoncir Schreiner Maran, Presidente do TJMS; na presença do Des. Julizar Barbosa Trindade, Vice-presidente do TJMS; e do Des. Vilson Bertelli, Corregedor-Geral de Justiça Adjunto.

Em sua fala, o Des. Divoncir reconheceu que a posse do novo Corregedor se deu em circunstâncias tristes e lamentáveis, pelo falecimento do Des. Romero Osme Dias Lopes, contudo, desejou ao novo integrante da administração do TJMS uma ótima gestão.

"O Des. Contar sempre teve uma preocupação muito grande com o Judiciário. É zeloso, trabalhador, organizado, enfim, tem todos os predicados para gerir bem a nossa Corregedoria. A Corregedoria-Geral de Justiça é rigorosa na administração e no funcionamento do Poder Judiciário como um todo, orientando, capacitando e punindo quando necessário. De minha parte desejo muito sucesso e estarei sempre à disposição", afirmou o presidente do TJMS.

O novo Corregedor-Geral de Justiça lembrou que seu tempo de gestão na Corregedoria é curto, mas terá o apoio da presidência e confessou que não se intimidará em solicitar essa colaboração. "O presidente já havia conversado comigo a respeito dessa união entre os órgãos, já que a Corregedoria não é um órgão a parte: é um conjunto, um elemento e não funciona independentemente. Somos parceiros e espero ter essa via de mão dupla não só com a presidência, mas com todo o Tribunal".

Prestigiaram também o ato solene os juízes auxiliares da Presidência Luiz Antonio Cavassa de Almeida e Flávio Saad Peron, os juízes auxiliares da Vice-presidência Albino Coimbra Neto e Simone Nakamatsu, o Ouvidor Judiciário Des. Marcos José de Brito Rodrigues, e o Diretor-Geral, Marcelo Vendas Righetti.

Conheça - Carlos Eduardo Contar completará o biênio 2017/2018 integrando a administração, em razão do falecimento do Des. Romero Osme Dias Lopes, no dia 3 de julho. Ele ingressou na magistratura como desembargador na vaga correspondente ao quinto constitucional reservada ao Ministério Público, em agosto de 2007.

De forma inédita, em junho de 2018, conquistou o primeiro ISO 9001 entre todos os órgãos públicos de Mato Grosso do Sul - a mais importante certificação de Sistema de Gestão de Qualidade (SGQ). 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.

Para se ter uma ideia do trabalho do Des. Contar, em 2016, quando apurada a produtividade em atendimento à Meta 1 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ele atingiu o índice de julgamento correspondente a 115,08%, destacando-se em 1º lugar no Tribunal de Justiça de MS.

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.

Carlos Eduardo Contar é natural da capital sul-mato-grossense, formado em Ciências Jurídicas e em Filosofia. Tem Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Preside a 2ª Seção Criminal, é membro vitalício do Órgão especial e atua no Tribunal Regional Eleitoral (TRE/MS).



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

ECA completa 28 anos com avanços aliados a pontos deficitários - 13/07/2018



O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) completa nesta sexta-feira, 13 de julho, 28 anos de existência. Uma legislação inédita sobre o tema, que ao longo desse período trouxe muitos avanços para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes e ainda traz outros aspectos que carecem de maior atenção e efetividades ainda falhas.

Segundo a Coordenadora da Infância e Juventude do TJMS, juíza Katy Braun do Prado, desde a promulgação o ECA sofreu inúmeras mudanças. Alterações importantes sobre o direito à convivência familiar e comunitária, introdução de políticas públicas para a primeira infância e a instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, o SINASE, cujas mudanças foram muito pertinentes e fortaleceram o sistema de garantia de direitos.

Relata a juíza que o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado pela comunidade internacional como uma das legislações mais completas e de acordo com as normas internacionais de direitos humanos. "O grande desafio é internalizarmos que a criança é sujeito de direitos e que seus interesses devem preponderar sobre quaisquer outros por mais legítimos que sejam", pontua.

Diante da dificuldade de efetivação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes há uma profusão de projetos de lei que buscam "desenhar" o que já está estabelecido, analisa a magistrada: "Os juízes da infância e juventude preocupam-se com inovações tão frequentes que dificultam a estabilização da jurisprudência e o direcionamento de políticas públicas. Também se percebe que instituições ligadas a outras áreas do direito exercem lobby sobre os parlamentares para que proponham alterações".

Sobre o aniversário de 28 anos do Estatuto, a juíza espera que a comemoração desse dia 13 de julho sirva para reflexão sobre a importância de se colocar em prática o que já foi conquistado pela via legislativa, para depois se verificar a necessidade de novas mudanças.

"Em Mato Grosso do Sul, por exemplo, ainda precisamos de vagas em creches, inclusão e manutenção de crianças e adolescentes no ensino médio, habitação digna para famílias, instalação de conselhos tutelares, programas eficientes para tratamento de dependentes químicos e de cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto", completa Katy Braun.

No entender dela, todas essas carências prejudicam o adequado atendimento do público infantojuvenil e exigem posicionamento urgente do poder público, sob pena de uma geração inteira de crianças e adolescentes crescerem com seus direitos mais básicos violados, o que compromete os objetivos da República, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, e promoção do bem de todos.

O juiz da infância da comarca de Itaporã, Evandro Endo, explica que o advento do SINASE (Lei nº 12.594/2012) aliado à Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009) foram mudanças substanciais ocorridas no ECA que, na opinião dele, promoveram notável evolução no tratamento jurídico dado aos respectivos temas.

Outra mudança sutil, mas de elogiável consideração, destaca Evandro, foi a alteração do termo "pátrio poder" por "poder familiar", afastando a expressão oriunda daquilo que é necessariamente do pai (paterno). "Desse modo, posso afirmar que todas as alterações configuraram avanço na legislação da criança e do adolescente, o que deve ser louvado em uma época de inúmeras leis casuístas", enfatiza ele.

No balanço dos aspectos positivos, o juiz aponta que o ECA tem conseguido cumprir sua função de proteger crianças e adolescentes no âmbito judicial, o que tem se efetivado com a autonomia dada ao Poder Judiciário em assuntos da infância. "Isso atende peculiaridades de cada criança ou adolescente, favorecendo uma atuação bem próxima do juiz quando eles estiverem em situação de risco".

Por outro lado, afirma Endo, ainda há uma distância entre o disposto em lei e a efetivação das políticas públicas pelos entes da federação. "Infelizmente, os conselhos tutelares e CREAS estão carentes de infraestrutura e capacitação de pessoal. Além disso, pontuo que os administradores públicos não abriram os olhos ao maravilhoso instituto da Família Acolhedora que, por força do ECA, deve ser priorizado em relação ao acolhimento institucional".

Na visão do magistrado, o Estatuto é uma legislação avançada, complementada pela criatividade dos membros envolvidos, sejam juiz, promotor, defensor público, advogado, conselheiro tutelar, secretário de assistência social, assistente social e psicólogo.

Pensando no que ainda precisa sair do papel ou ganhar mais amplitude de utilização, o juiz destaca a Família Acolhedora, por considerar uma alternativa muito mais benéfica do que o acolhimento. Ele almeja, aliás, que tal medida se torne regra entre todos os municípios do país.

"Quando isso acontecer, permitindo que crianças e adolescentes em situação de afastamento do convívio familiar de origem permaneçam em ambiente de família acolhedora, abandonando o ambiente institucionalizado e frio dos abrigos, verei o ECA ainda mais fortalecido e elogiado no cenário internacional. Mas, infelizmente, a resistência ainda é enorme", finaliza.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Ribas do Rio Pardo lança projeto em apoio às vítimas de violência - 13/07/2018



O juiz da Idail De Toni Filho, da comarca de Ribas do Rio Pardo, em parceria com a Polícia Militar e o Conselho de Segurança do Município, lançou nesta quinta-feira (12), o Projeto Mulher Segura. A solenidade de lançamento foi realizada no Fórum da comarca, na presença de diversas autoridades.

O projeto inovador foi proposto pelo magistrado e promete fazer a diferença no município com pouco mais de 20 mil habitantes. A ação será financiada com os recursos provenientes das penas pecuniárias.

O Projeto Mulher Segura visa atender mulheres vítimas de violência doméstica, buscando pacificar situações por meio de visitas realizadas por policiais militares, com orientação e esclarecimento tanto da vítima quando do agressor.

De acordo com o juiz, na maioria dos casos de violência doméstica, o policial militar é o primeiro agente público com quem as vítimas têm contato e eles são preparados para atuar em situações que envolvem violência contra a mulher.

"A partir desse projeto, durante as visitas, eles poderão propor reflexões que consequentemente vão gerar avanços práticos a respeito desse fenômeno, além de diálogos que podem trazer maior segurança e respeito às mulheres", afirmou Idail.

As visitas serão divididas em quatro etapas: a primeira resume-se no diálogo formal e na inserção dos cidadãos no Programa de Prevenção a Violência Doméstica do 4º Pelotão da Polícia Militar, objetivando o afastamento do agressor e o acolhimento da vítima.

Na segunda etapa será apresentada a Lei Maria da Penha para a vítima. Esse será o momento da construção de uma relação de confiança entre a mulher e a polícia, e empoderamento para que ela possa prosseguir nas ações. Vale destacar que o contato com a vítima é realizado preferencialmente por policial feminina, acompanhada de policial masculino, tendo em vista a possível necessidade de utilização da força ao agressor.

A terceira etapa consiste em apresentar a Lei Maria da Penha ao agressor, na tentativa de desmobilizar o autor da violência, apresentando a ele as consequências de sua ação perante a lei. Nessa visita, devem ficar claro ao agressor quais os tipos de violência e sua consequente punição criminal.

Na última etapa será feito o contato com possíveis testemunhas para o levantamento de informações complementares e a confirmação das já existentes. Neste momento, espera-se o compartilhamento de responsabilidades e envolvimento de demais segmentos da rede de atenção à mulher.

Destaque-se que o Projeto Mulher Segura pretende devolver a esperança e a segurança de que a Lei Maria da Penha surtirá efeito na comarca de Ribas do Rio Pardo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Empossado o novo desembargador do Tribunal de Justiça de MS - 19/07/2018



Em cerimônia simples, no Salão Pantanal, na manhã desta quinta-feira (19), o juiz Jonas Hass da Silva Jr. foi empossado como desembargador do Tribunal de Justiça de MS.

A votação que elegeu o novo integrante do Tribunal Pleno foi realizada na sessão desta quarta-feira (18), por aclamação. Jonas era juiz da 5ª Vara Cível de Dourados e assume a vaga destinada à magistratura, em consequência do falecimento do Des. Romero Osme Dias Lopes.

O Presidente do TJMS, Divoncir Schreiner Maran, em nome da administração, deu as boas-vindas ao novo desembargador e ressaltou que os presentes ao ato desejavam sucesso nesse novo desafio na carreira. "Estamos todos aqui na certeza do seu sucesso, como foi em toda sua carreira e será em segunda instância. Somos uma família. Conte conosco", disse.

O Des. Jonas Hass não fez discurso, apenas agradeceu a presença dos magistrados que prestigiaram a cerimônia e comprometeu-se a continuar trabalhando com eficiência. "Espero cumprir, leal e honradamente, cumprir essa nova função a contento, na eficiência esperada".

Prestigiaram a solenidade os desembargadores Julizar Barbosa Trindade (Vice-presidente do TJMS), Carlos Eduardo Contar (Corregedor-Geral de Justiça), Jairo Roberto de Quadros, Geraldo de Almeida Santiago, Maria Isabel de Matos Rocha, Luiz Gonzaga Mendes Marques, Marcelo Câmara Rasslan, Eduardo Machado Rocha, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, os juízes auxiliares da presidência do TJMS Luiz Antonio Cavassa de Almeida e Flávio Saad Peron, o juiz Emerson Cafure, o desembargador aposentado Joenildo de Sousa Chaves, o diretor-geral do TJMS Marcelo Vendas, o diretor de Comunicação do TJMS Carlos Kuntzel, a diretora da Secretaria de Bens e Serviços do TJMS Larissa de Almeida Fagundes.

Conheça - Nascido em Fernandópolis, interior paulista, Jonas ingressou na magistratura de MS em janeiro de 1989, como juiz substituto na 2ª circunscrição, depois de ser aprovado no XI concurso de provas e títulos.

Em junho de 1989, foi promovido para a comarca de Porto Murtinho e, em agosto de 1992, foi removido para judicar em Caarapó. Uma nova promoção, em setembro de 1993, levou o juiz para a 2ª Vara Cível de Aquidauana, comarca onde foi também diretor do Foro por mais de uma vez.

Promovido mais uma vez, em junho de 2000, assumiu a titularidade da 5ª Vara Cível de Dourados – onde também respondeu, mais de uma vez, pela direção do Foro, e permaneceu cumprindo a função de magistrado na prestação jurisdicional.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS instala Justiça Itinerante e entrega ônibus na comarca de Três Lagoas - 20/07/2018



Na manhã desta sexta-feira (20), o Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, acompanhado do Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados, Des. Paschoal Carmello Leandro, instalou a Justiça Itinerante na comarca de Três Lagoas e entregou o ônibus doado pela empresa Eldorado Brasil Celulose, que levará a justiça até os bairros.

Na cerimônia, o Des. Divoncir lembrou que a administração está atenta às necessidades da sociedade e busca fazer cada vez mais com menos, com mais rapidez e mais eficiência. Ele destacou que na Capital e em Dourados, o serviço de Justiça Itinerante hoje instalado em Três lagoas, é conhecido e reconhecido pela simplicidade e eficiência.

"A população da Capital já se habituou e, antes mesmo do sol raiar, as filas vão se formando. Minutos depois, o juiz e sua equipe já estão iniciando o atendimento de maneira simples e informal, sem se distanciar da qualidade e da segurança jurídica, que todo processo precisa ter", enfatizou.

Em Três Lagoas, o serviço da Justiça Itinerante funcionará vinculado à Vara do Juizado Especial Cível e Criminal e atenderá nos locais afastados da sede, democratizando a justiça e efetivando direitos.

O Des. Paschoal ressaltou que, com a Justiça Itinerante, o Judiciário sai da estrutura física e vai até a população para atender os conflitos. "Inclusive, encontrará uma demanda reprimida que não chega ao fórum no dia a dia e, assim, melhora o atendimento a população", explicou.

O Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados falou ainda sobre a importância da parceria do TJMS, com a iniciativa privada que concretizou a instalação desse serviço. "O orçamento é pequeno, mas com parcerias temos conseguido cumprir as metas de desenvolvimento, com intuito único de uma prestação jurisdicional eficiente", garantiu.

No discurso, o Des. Paschoal aproveitou para registrar os avanços que o Conselho de Supervisão dos Juizados tem promovido nesta gestão e agradeceu ao Presidente do TJMS pela aprovação da Resolução nº 205/2018, que definiu quantitativo e função de juízes leigos e conciliadores que atuarão nas unidades jurisdicionais dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul.

Para o desembargador, a provação da resolução coloca os juizados em um novo momento, mais eficiente, abrangente e equipado, promovendo, inclusive, a possibilidade de, neste momento, a instalação da Justiça Itinerante em Três Lagoas. A doação do ônibus e a instalação da Justiça Itinerante na comarca de Três Lagoas é uma vitória para o Des. Paschoal, mas a população é a maior beneficiada.

O representante da Empresa Eldorado Brasil Celulose, Elcio Trajano Jr, que doou o ônibus adaptado para o serviço, falou da satisfação por ter encontrado um Poder Judiciário determinado e que tratou da instalação da Justiça Itinerante com rapidez. "É uma satisfação contribuir com uma justiça célere", concluiu Trajano.

O juiz Márcio Rogério Alves, Diretor Substituto do Foro da Comarca de Três Lagoas, agradeceu pela instalação da Justiça Itinerante e lembrou que o anseio dos juízes é, em tarefa árdua, levar a Justiça à população. "Isto não é só um veículo com rodas, mas um instrumento de esperança para a solução de conflitos do cidadão", disse o juiz.

Entre as autoridades presentes estavam o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, que reapresentou o Corregedor-Geral do TJMS, Des. Carlos Eduardo Contar, no evento, o presidente da Subseção da OAB de Três Lagoas, Antônio Costa Corcioli; o Defensor Público Flávio Antônio de Oliveira, coordenador da Décima Regional de Três Lagoas; o Promotor de Justiça Luciano Anechini Lara Leite, o Procurador do Município, Luiz Henrique de Lima Gusmão, representando o Prefeito de Três Lagoas, Ângelo Guerreiro; o Presidente da Câmara, vereador André Luiz Bittencourt.

Todos os representantes que fizeram uso da palavra lembraram do desenvolvimento que a Eldorado Brasil Celulose traz para Três Lagoas e agradeceram aos empresários e ao TJMS por brindar a comarca com essa solução de Justiça.

Três Lagoas - A comarca de Três Lagoas completou 100 anos de criação pela Lei nº 754, de 1918, no dia 17 de julho.

A cidade destaca-se pelo crescimento populacional, situação que exige do Poder Judiciário a otimização da prestação jurisdicional e a melhor aproximação da justiça com a população. O censo de 2010 apontou que Três Lagoas tinha 101.791 pessoas, porém, estima-se que atualmente o número cresceu para mais de 117.400 habitantes.

Tramitam atualmente 34.910 processos na comarca de Três Lagoas. Desses, 6.538 estão na Vara do Juizado Especial Cível e Criminal. Nos últimos 12 meses foram distribuídos 21.635 processos, sendo 6.671 somente para os juizados. No montante dos baixados, nos últimos 12 meses, os dados apontam 21.548 com 6.172 para a área dos juizados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conselho da Comunidade entrega Prêmio Benjamim Padoa - 20/07/2018



Realizado na manhã desta sexta-feira (20), no auditório da Faculdade Estácio de Sá, campus TV Morena, em Campo Grande, a 5ª edição do Prêmio Benjamim Padoa, promovido pelo Conselho da Comunidade de Campo Grande. O prêmio, que leva o nome de um dos fundadores do conselho, teve a presença do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), do Tribunal de Justiça.

Para incentivar a recuperação dos reeducandos e aumentar a contratação da mão de obra carcerária, o Conselho da Comunidade criou o Prêmio Benjamim Padoa como forma de premiar pessoas que se destacam pela disciplina, comportamento, servindo de modelo para os outros reenducandos na recuperação e integração social.

A abertura do evento foi conduzida pela cantora e professora Marta Celestino dos Santos. Em seguida foi exibida a retrospectiva das edições anteriores do prêmio e, na sequência, foi apresentado um vídeo institucional dos trabalhos realizados pelo Conselho da Comunidade de Campo Grande.

Nesta edição, o Conselho entregou o prêmio a seis parceiros e conselheiros que contribuíram para a excelência do trabalho desenvolvido. Foram eles: o técnico em agropecuária Luis Carlos Dainezi, a nutricionista Eliete Soares da Silva, ambos do Cepaer/Agraer; o coordenador administrativo do Parque das Nações Indígenas e Parque Estadual do Prosa, Odilon Rigo; a assistente social do Conselho da Comunidade, Diolandes Pereira de Lima; o engenheiro civil e conselheiro do CCCG/MS, Ricardo Abrão Siufi e o Policial Rodoviário Federal aposentado e conselheiro Pedro Vinholi.

O reeducando Ivan Gonçalves Filho e a reeducando Nadia Dias de Almeida foram premiados com R$ 1.600,00 cada. Eles foram os destaques desse ano do Conselho por sua dedicação no processo de ressocialização.

Estiveram presentes na solenidade, além do Des. Luiz Gonzaga, a Promotora de Justiça e Presidente do Conselho da Comunidade de Campo Grande, Regina Dornte Broch; o Diretor-Presidente da Agepen, Aud de Oliveira Chaves; o Secretário Executivo do Conselho da Comunidade de Campo Grande, Nereu Alves Rios; a Promotora de Justiça da 1ª Vara de Execução Penal, Paula da Silva Volpe; a Promotora de Justiça da 50ª Promotoria de Justiça, Renata Fernandes Goya Marinho e o Diretor-Presidente da Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural (Agraer), André Nogueira Borges.

Saiba mais - O Conselho da Comunidade de Campo Grande (CCCG/MS) tem como missão viabilizar emprego para pessoas que estão saindo do sistema carcerário. Atualmente, o conselho acompanha 200 reeducandos que trabalham em diversos locais, como na manutenção e limpeza do Parque das Nações Indígenas, reforma de escolas públicas, na Embrapa e em diversas outras empresas privadas e repartições públicas.

Ao longo de seus 19 anos de atuação, o CCCG/MS já ajudou milhares de egressos do regime semiaberto, aberto e condicional a conquistarem uma vaga no mercado de trabalho. Além de ajudar na ressocialização, o trabalho gera economia aos cofres públicos e ajuda a diminuir a reincidência. O Conselho de Campo Grande é referência nacional e serve de modelo para diversos outros estados brasileiros.

O Conselho da Comunidade de Campo Grande foi o único do país a receber o Selo Resgata concedido pelo Departamento Penitenciário Nacional, reconhecendo que a instituição ajuda a mudar paradigmas, superar preconceitos, criar oportunidades e fortalecer a cidadania com a absorção da mão de obra de pessoas privadas de liberdade e egressos do sistema prisional.

O CCCG é constituído de um Conselho Diretor, composto por juízes, promotores e defensores públicos, e de conselheiros de diversas instituições da sociedade, como OAB, Conselho de Serviço Social, Conselho de Psicologia, Pastoral Carcerária, entre outros. Atualmente Regina Dornte Broch, promotora da 2ª Vara de Execução Penal, é a Presidente do CCCG/MS.

Benjamim Padoa - Nascido em 1928, em Cuiabá, Benjamim Padoa ingressou com 16 anos na congregação salesiana e concluiu seus estudos de licenciatura em filosofia na Faculdade Salesiana São Joaquim de Lorena, São Paulo. Ele estudou teologia na Pontifícia Universidade Salesiana de Roma, e foi ordenado padre em 1955.

Em 1972 renunciou as atividades sacerdotais e, no mesmo ano, casou-se com Iracema Teixeira Padoa, com quem teve quatro filhas. Entre os anos de 1998 e 2002 foi diretor da Divisão do Trabalho da Agepen/MS.

Entre 2001 e 2007 foi presidente do Conselho da Comunidade de Campo Grande, onde teve uma vida rica de trabalho e dedicação em favor de boa parte da população e principalmente para os reenducandos, além dos inúmeros amigos e admiradores.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Comarca de Corumbá realiza Primeira Vivência de Direito Sistêmico
25/07/2018



No dia 20 de julho, o plenário do Tribunal do Júri de Corumbá sediou a Primeira Vivência de Direito Sistêmico, promovida pelo Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial (Ejud-MS), a Escola Superior da Defensoria Pública, a OAB/MS e a Marinha do Brasil.

O objetivo do evento foi divulgar a nova vertente do Direito que se baseia nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas, desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger.

Foram abordados os temas "Constelação não é Religião" e "A separação do casal, os filhos e os vínculos que nunca se desfazem", pelos palestrantes Osvaldo Lins Viana e Gheany Calasans Belmonte Murakami, ambos do Instituto de Apoio Psicológico de Campo Grande.

Para o juiz Maurício Cleber Miglioranzi Santos, da 1ª Vara Cível da comarca, o Poder Judiciário está aberto a novos métodos de solução de conflitos, conforme a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, tratando-se de ímpar oportunidade o evento realizado.

"Infelizmente, é notório que a sentença não possui o condão de pacificar os conflitos. Logo, em especial no Direito de Família, no qual estão em jogo o bem-estar de pais e filhos, faz-se imprescindível uma abordagem multidisciplinar para a efetiva composição dos envolvidos", disse ele.

Para a defensora pública Jamile Serra Azul, a proposta é estender o projeto "Construindo um Judiciário Sistêmico", que o Instituto de Apoio Psicológico realiza em Campo Grande, em parceria com o TJMS para a comarca de Corumbá, a fim de evitar a perpetuação dos conflitos familiares e reduzir as demandas judiciais.

As constelações familiares são utilizadas em mais de 11 estados brasileiros como forma alternativa de resolução de conflito, tendo a prática sido premiada pelo Conselho Nacional de Justiça pelo grande êxito que vem obtendo.

O evento foi gratuito e teve a participação de promotoras de justiça, defensores públicos, advogados, psicólogas, assistentes sociais, partes de processos judiciais, entre outros.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça entrega Comenda Colar do Mérito Judiciário - 27/07/2018



Em uma sessão solene carregada de emoção, o Tribunal de Justiça realizou nesta sexta-feira (27), no plenário do Tribunal Pleno, a edição 2018 da entrega da comenda do Colar do Mérito Judiciário. A honraria foi entregue pelo presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, a pessoas que se destacaram por sua dedicação à causa da justiça: o Des. Romero Osme Dias Lopes (*in memoriam*), o ministro Humberto Eustáquio Soares Martins (STJ), a servidora Idianez Maria Menegas e o médico Luiz Antônio Monteiro Simões.

Ao vice-presidente do TJMS, Des. Julizar Barbosa Trindade, coube a tarefa de recepcionar os homenageados. Ele leu o currículo de cada um, destacando suas qualidades e lembrou que o ministro será empossado como Corregedor Nacional de Justiça no dia 28 de agosto.

"Inicio desejando as boas-vindas a este Sodalício ao ministro, aos familiares do saudoso Des. Romero, ao médico Luiz Antonio e à Sra. Idianez, dizendo que foi com muita honra e grande satisfação que recebi a missão de saudar os ilustres agraciados porque se trata de um momento de júbilo para nossa Corte de Justiça ao homenagear, com sua mais alta comenda Colar do Mérito Judiciário, as pessoas que prestaram relevantes serviços do Poder Judiciário local, entre elas uma servidora exemplar que dedica seus laboriosos préstimos a este Tribunal há mais de 30 anos".

Pelos homenageados falou a esposa do Des. Romero, Ana Cristina Canavarros Romero. Ela garantiu que Romero teve a alegria de receber, em vida, a notícia da tão significativa e afável homenagem. Ana relatou que no dia em que ele soube da homenagem que receberia das mãos do amigo Divoncir, Romero ficou emocionado e disse que se a ele fosse concedida a palavra na solenidade, queria somente agradecer.

"Não mencionarei qualquer feito, os julgados, meu perfil garantista, as conquistas, dissabores e expectativas. Tenho muito a agradecer, porque fui contemplado com boas coisas na minha vida, principalmente minha família, meu ofício e, claro, meus grandes amigos".

Segundo Ana Cristina, Romero deixou diferentes legados em cada um dos que com ele conviveu, em maior ou menor intensidade, sempre lembrando um pensamento que o amigo Mário Peron lhe falou, ainda nos anos 90, e que nunca esqueceu, de que os sonhos de um homem só são válidos se eles se confundirem com sua própria vida.

"E eu quero lhe dizer, Romero, onde quer que esteja: sua vida certamente foi a vivência diária desse sonho e eu o agradeço por ter me ensinado a não andar com os pés no chão e a plantar, no estilo poético de seu amigo Manoel de Barros, um pé de "amorzinheiro" no quintal da nossa existência".

O próximo orador foi o ministro vice-presidente do STJ, que garantiu estar alegre, satisfeito e entusiasmado ao povo de Mato Grosso do Sul. Agradeceu ao Des. Julizar pela leitura de seu currículo, garantindo que o Vice-presidente de MS o fez com o coração, pois é cidadão e instrumento do Poder Judiciário a serviço da cidadania do Brasil.

"A grandeza de Mato Grosso do Sul está na hospitalidade de seu povo, que é a maior e mais relevante das riquezas. Sinto muito orgulho de receber a comenda neste Tribunal que cumpre sua missão constitucional na construção de uma sociedade mais justa, humana e igualitária. Encerro com Djavan: meu bem-querer, MS que passa a ser uma das razões do meu viver. Magistratura forte, cidadania respeitada".

Além de desembargadores, juízes da Capital e do interior, magistrados aposentados, amigos e parentes dos agraciados, prestigiaram a cerimônia o presidente da Amamsul, juiz Fernando Chemin Cury; o presidente da AMB, Jayme de Oliveira; o procurador-geral adjunto de Justiça de Gestão e Planejamento Institucional, Olavo Mascarenhas, representando o Procurador-Geral de Justiça Paulo Cézar dos Passos; o Procurador-adjunto da Procuradoria-Geral do Estado, Fernando Zanele, representando o governador Reinaldo Azambuja; e a Subdefensora Pública Geral, Júlia Gonda, representando o Defensor-Público Geral Luciano Montali.

Ao final da solenidade, o Coral do Tribunal de Justiça encantou os presentes com sua apresentação.

Comenda - A mais alta homenagem outorgada a pessoas que prestaram relevantes serviços à cultura jurídica ou ao Poder Judiciário, foi instituída pela Resolução nº 249/1997 e, desde sua instituição, foi entregue a ministros, desembargadores, procuradores e pessoas que colaboraram de forma expressiva com a justiça.

A medalha é dourada, inscrita com o símbolo da justiça (balança e espada), tendo ao centro o contorno do Estado de MS em retículo, contendo em seu interior a figura do Tuiuiú – símbolo do pantanal sul-mato-grossense – ladeadas pelo café frutificado (à direita) e pela erva-mate florida (à esquerda), circundadas pelos dizeres Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – Mérito Judiciário.

Conheça os homenageados:

Romero Osme Dias Lopes – Mineiro de Manhuaçu, Romero ingressou na magistratura sul-mato-grossense em 1980. Atuou em Aquidauana, Paranaíba e Campo Grande. Em maio de 2007, foi promovido para ocupar o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Pós-Graduado em Direito e Antropologia Filosófica, lecionou na Escola Superior da Magistratura (Esmagis), na Uniderp e na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), na disciplina de Direito Tributário, por 20 anos. Foi juiz eleitoral e membro do TRE/MS. Foi juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, por duas vezes, e Coordenador das Varas de Execução Penal (Covep). Tomou posse como Corregedor-Geral de Justiça em 30 de janeiro de 2017. Falecido no dia 3 de julho de 2018.

Humberto Eustáquio Soares Martins – Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), em 1979, e em Administração de Empresas pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (Cesmac), em 1980. Tem curso de extensão em Consumidor e Seus Direitos e em Direito Civil e Processual Civil.

É ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) desde junho de 2006; órgão do qual é vice-presidente desde setembro de 2016. É vice-presidente do Conselho da Justiça Federal e vice-presidente do Conselho de Administração do STJ. Integra a rede de pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Universidade de Lisboa, Universidade de Girona, UFPR, UFSC, UFPE, UFRGS, UFF e UFMT).

Idianez Maria Menegas – Servidora lotada na Secretaria do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça, como diretora do Departamento de Remuneração, Idianez é catarinense de São Miguel do Oeste. Ingressou no Poder Judiciário em 19 de dezembro de 1986, na Secretaria do TJMS, depois de ser aprovada em concurso público, no cargo de Técnico Judiciário.

Graduada em Telecomunicações pelo Centro de Ensino Superior (Cesup) e em Direito pela Anhanguera/Uniderp, é pós-graduada em Direito Previdenciário, em Direito de Família e das Sucessões, em Direito Tributário, em Direito do Trabalho, em Gestão Estratégica Empresarial e de Recursos Humanos, em Psicologia Jurídica e Mediação de Conflitos, em Empreendedorismo e Qualidade de Vida no Trabalho.

Luiz Antônio Monteiro Simões – Natural da cidade de Barra do Piraí (RJ), foi o primeiro aluno no curso de graduação da Faculdade de Medicina de Vassouras (RJ), formado em 19 de dezembro de 1975. Fez residência médica por cinco anos no Hospital dos Servidores do Estado no Rio de Janeiro. Primeiro colocado no concurso de provas e títulos da Sociedade Brasileira de Neurocirurgia, diplomado em setembro de 1981.

É membro titular da Academia de Medicina de MS; da Academia Brasileira de Neurocirurgia; da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro; da Sociedade Brasileira de Neurocirurgia; da Federação Mundial das Sociedades de Neurocirurgia; da Federação Latinoamericana das Sociedades de Neurocirurgia; do Colégio Brasileiro de Cirurgiões e da Associação Médica Brasileira. Reside em Campo Grande desde abril de 1981.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Debates: Fórum reúne sociedade e entidades de segurança pública - 27/07/2018



Superou as expectativas. Esse é o resultado do Fórum de Segurança Pública: Impunidade x Criminalidade, realizado na noite desta quinta-feira (26) pela Associação dos Magistrados de MS (Amamsul) em parceria com a Escola Superior da Magistratura (Esmagis).

No auditório da Esmagis, os magistrados estiveram com promotores, defensores, delegados e outros representantes da área de justiça e segurança pública para debater temas escolhidos pela sociedade.

A votação foi realizada por meio do site da Esmagis e nas urnas disponibilizadas em diferentes pontos da Capital. No final, os mais votados foram a maioridade penal, a evolução das organizações criminosas e causas da impunidade.

Assim, de forma dinâmica, o juiz Mário Esbalqueiro Jr., o promotor Thalys Souza, o defensor Fábio Rombi, o policial federal André Salineiro e o delegado Carlos Videira, secretário de Segurança Pública de MS, explanaram sobre os temas escolhidos, com dados atualizados e provocando reflexões.

No segundo painel, os palestrantes responderam questionamentos diversos, inclusive os formulados pela plateia. O Fórum é um dos eventos da Amamsul em celebração aos 40 anos de existência da entidade, completados no dia 2 de julho, e justifica-se em razão de a magistratura sul-mato-grossense desejar ouvir os anseios da população em assuntos de extrema relevância para todos.

A juíza Denize Dodero, organizadora do Fórum e debatedora, lembrou que o evento objetivou promover a reunião de esforços, um diálogo multidisciplinar, além da troca de experiências e de uma maior proximidade entre as instituições, com um olhar mais atento para áreas importantes ao bem-estar coletivo.

Para a juíza, responsável pelo evento ao lado dos juízes debatedores Eduardo Eugênio Siravegna Jr. e Luiz Felipe Medeiros Vieira, a presença de tantos participantes, das mais diferentes parcelas da sociedade, traz uma expectativa positiva, a esperança de que é possível melhorar a situação da segurança pública. E essa constatação, por si só, garante e confirma a iniciativa de se realizar o Fórum.

"Muito se questionou sobre as pretensões desse evento, mas eu gostaria de dizer, pela presença de todos, que esse fórum já é um sucesso. Esse evento marca um início, a gestação de algo maior, uma visão embrionária de muitos projetos e conquistas. Aqui constatamos a presença da sociedade civil, estudantes, amigos, entidades de classe, os mais variados níveis de representatividade, inúmeras autoridades, palestrantes da maior qualidade, reunidos em igualdade, lealdade e identidade de propósitos", disse ela.

O presidente da Amamsul, juiz Fernando Cury, ressaltou a importância de um evento como o Fórum, onde se discutiu questões de extrema relevância. "A Amamsul espera que os resultados desse debate sejam observados pelos vencedores do pleito eleitoral 2018, já que estamos em ano de eleição e, ao final, uma Carta de Intenções foi elaborada para ser entregue aos partidos políticos, como uma forma de contribuição da magistratura, mas principalmente da sociedade ao escolher os temas".

No documento mencionado pelo presidente da associação constam as seguintes informações: "No desfecho e com o resultado desse Fórum de debates, a coordenação do evento providenciará a formalização de recomendações colaborativas que serão entregues aos representantes de todos os partidos políticos do nosso Estado, que englobarão obrigatoriamente os seguintes temas:

1) Investimento em segurança pública;

2) Integração operacional entre as unidades da federação;

3) Urgente atualização e revisão da legislação penal, processual penal e de execução;

4) Legislação menos permissiva;

5) Integração entre os serviços de inteligência e compartilhamento de informações;

6) Melhoramento do aparato público no combate à criminalidade;

7) Investimento em tecnologias na segurança pública;

8) Investimento em convênios e compartilhamento de informações;

9) Reestruturação do sistema prisional;

10) Atualização e ampliação de recursos para os principais presídios dos Estados;

11) Políticas de ressocialização de presos;

12) Reestruturação das medidas socioeducativas voltadas aos menores infratores;

13) Políticas públicas de educação e saúde pública como medidas preventivas ao narcotráfico e crime organizado;

14) Investimento na educação moral e familiar;

15) Políticas de planejamento familiar;

16) Educação de qualidade;

17) Resgate dos valores de uma sociedade pacífica;

18) Investimento em medidas para aumentar o grau de civilidade no país;

19) Conscientização da relevância do papel da imprensa no enfrentamento do crime".

Além do Tribunal de Justiça de MS, foram apoiadores do evento os palestrantes, a Anoreg/MS e a TV Morena.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da Capital lança obras jurídicas e ministra palestras neste mês de agosto - 31/07/2018



O mês de agosto promete muitas emoções para o juiz José Henrique Kaster Franco, da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande. Ele lançará três livros: um de sua autoria e outros dois em coautoria. No mesmo mês, ele viajará pelo Brasil em quatro ocasiões diferentes com intuito de fazer palestras.

Essas atividades seriam rotineiras para um integrante da magistratura se não fosse o fato de estar judicando enquanto se dedica também a escrever livros e proferir palestras. Até abril deste ano, Kaster Franco atuava na comarca de Nova Andradina e, por promoção, passou a integrar o quadro de juízes da Capital.

"Apesar do grande volume de trabalho, com muito orgulho e esforço, em pouco mais de três meses, proferi 5.993 despachos, 7.184 decisões, 1.200 sentenças e ainda realizei 84 audiências. É possível conciliar as duas coisas? É muito fácil quando se ama o que se faz. E tem amor para tudo: para escrever, para lecionar e para judicar", explica.

Para completar, Kaster Franco acabou de receber um convite do diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Roma - La Sapieza, maior universidade italiana, com mais de 1.000 anos de tradição, e uma das melhores do mundo, para cursar pós-doutorado na Itália, em 2019.

Ao ser questionado sobre a escolha do tema para o pós-doutorado, com simplicidade, ele respondeu Direito Penitenciário. E ainda anunciou uma novidade: "Estamos em negociação, com o apoio da Escola Superior da Magistratura (Esmagis), representada pelo diretor-geral, juiz Alessandro Carlo Meliso Rodrigues, para firmar um convênio entre a Esmagis e a Universidade de Roma - La Sapieza que permitirá intercâmbio de alunos e professores. Juízes poderão fazer cursos de curta e longa duração naquela universidade e poderemos receber professores de lá para cursos aqui, no Brasil", concluiu.

Lançamento – Os livros Ativismo Judicial e Administrativo - aspectos penais, do juiz Kaster Franco, 30 anos da Constituição da República (coautoria) e Estudos de Direito Público (coautoria) serão lançados no Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em São Paulo, dias 30 e 31 de agosto.

Uma das palestras do magistrado sul-mato-grossense será na Semana Jurídica da Universidade Mackenzie, em São Paulo, no dia 23 de agosto, e outra no Instituto de Direito Público, em Brasília, na 1ª semana de agosto.

Em outubro, José Henrique Kaster Franco lança outro livro solo: Manual das Audiências de Custódia - perguntas e respostas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Memória em Movimento fica no Fórum de Três Lagoas até o final de agosto
01/08/2018



Com o objetivo de resgatar a memória da justiça sul-mato-grossense, a exposição Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul está instalada no Fórum de Três Lagoas e segue encantando os três-lagoenses até o final do mês de agosto.

A iniciativa do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária, em parceria com a Secretaria de Comunicação e colaboração das secretarias de Bens e Serviços e Obras, apresenta à sociedade imagens, documentos, fatos e personagens históricos que, de alguma forma, contribuíram na construção da justiça e da cultura sul-mato-grossense.

Desde seu lançamento em agosto de 2017, a mostra já foi apresentada no prédio do Tribunal de Justiça, no saguão do Fórum Heitor Medeiros, no saguão do Centro Integrado de Justiça (Cijus) e no Fórum de Dourados.

Os visitantes têm acesso a um importante acervo com fotografias de prédios antigos, pessoas e momentos importantes, além de processos anteriores à separação do antigo estado de Mato Grosso, com fatos curiosos que chamam a atenção na atualidade por seus relatos e pela dinâmica processual, em um tempo em que a tecnologia da informação ainda não fazia parte da vida das pessoas nem do Judiciário.

Com uma seção que conta não apenas a história da comarca, mas a comarca na história, fatos como a Guerra do Paraguai e seus personagens, como Guia Lopes, Tenente Antônio João e Barão de Melgaço, assim como o Ciclo da Erva Mate, são muito bem retratados por serem momentos que destacam o Estado na historiografia nacional.

Além disso, são apresentados processos com histórias curiosas, demonstrando como eram os crimes e as demais demandas da justiça no passado e também casos pitorescos, como o do falso juiz, que atuou como magistrado em uma comarca do interior. Fotos do ato de posse do usurpador estão expostas neste trabalho.

De acordo com o secretário do foro, Jordane Menezes das Neves, os usuários dos serviços forenses, a classe jurídica e servidores, a exemplo de outros locais por onde a exposição passou, acharam muito interessante a proposta da justiça sul-mato-grossense de contar sua história.

Grupos escolares e universitários podem agendar visitas, dentro do Programa "Conheça o Judiciário", para comparecerem ao prédio do Fórum e apreciarem a exposição itinerante, além de entenderem o funcionamento do Poder Judiciário.

Saiba mais – Para que a exposição fosse disponibilizada ao público, todo o trabalho foi realizado por servidores do Poder Judiciário.

A seleção do material foi feito pelos servidores do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária. Os expositores e stands foram produzidos na marcenaria do TJMS, vinculada à Secretaria de Bens e Serviços, em parceria com a Secretaria de Obras. A divulgação e elaboração das artes gráficas foi feita pela Secretaria de Comunicação.

A proposta da exposição itinerante é percorrer todas as comarcas de Mato Grosso do Sul, mostrando um pouco da história para que se perpetue entre as gerações.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Súmula põe fim a dúvida sobre prévio requerimento administrativo de Seguro DPVAT - 01/08/2018



Uma das questões controversas nos processos do Poder Judiciário sul-mato-grossense envolvendo o Seguro DPVAT, sempre foi a necessidade ou não do cidadão requerer o pagamento da indenização, em primeiro lugar, na via administrativa, junto à Seguradora Líder, empresa responsável pelo seguro. De acordo com parte dos juristas, somente quando negado o pagamento ou recebido valor inferior ao devido, a vítima de acidente teria causa de pedir suficiente para ingressar no Poder Judiciário.

Pela súmula da Seção Especial Cível do TJMS, publicada no Diário da Justiça de 16 de julho de 2018, é desnecessário o prévio requerimento na esfera administrativa para ingresso de ação judicial a fim de resgatar o seguro DPVAT, colocando fim a uma grande celeuma. Com a dúvida, alguns julgadores se posicionavam a favor do prévio requerimento administrativo em suas decisões e outros o consideravam desnecessário.

Em julgamento de recurso de apelação de processo oriundo da 2ª Vara Cível de Naviraí, os desembargadores da 2ª Câmara Cível do TJMS reconheceram a existência de divergência em relação à matéria e determinaram a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência.

Referido incidente consiste em um instrumento de padronização interna dos julgados. Por meio dele, os tribunais podem editar enunciados correspondentes às súmulas de jurisprudência dominante, conferindo, assim, maior força às decisões proferidas pelos órgãos colegiados e pacificando o entendimento do tribunal como um todo sobre o tema suscitado. Evita-se, desta forma, decisões antagônicas do mesmo assunto.

Instaurada a uniformização, o feito seguiu para a Seção Especial Cível, órgão julgador do TJMS composto por desembargadores integrantes das câmaras cíveis, e competente, de acordo com o Código de Organização e Divisão Judiciárias, para analisar os incidentes de uniformização de jurisprudência.

Relatado pelo Des. Vilson Bertelli, e com a composição de mais 18 desembargadores, o julgamento do incidente determinou o posicionamento do TJMS pela desnecessidade de prévio requerimento na esfera administrativa para ingresso de ação judicial a fim de resgatar o seguro DPVAT.

Para sedimentar tal entendimento foi redigida a Súmula de nº 4: Não há necessidade de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de demanda relativa à cobrança de seguro vinculado ao DPVAT.

Isso representa, para o cidadão vítima de acidente de trânsito, maior segurança jurídica ao ingressar com uma demanda de recebimento do Seguro DPVAT sem ter feito o requerimento administrativo, pois o posicionamento pacificado do Poder Judiciário de MS já é pela desnecessidade deste. Além disso, a súmula garante maior celeridade no julgamento de sua causa, uma vez que o juiz não precisará mais se debruçar detidamente sobre essa questão no processo.

Caso, todavia, seja proferida alguma decisão que vá de encontro à súmula, a parte ainda pode ingressar com a Reclamação, instrumento de impugnação excepcional proposta perante o tribunal e distribuída, preferencialmente, ao relator que proferiu o acórdão, cuja tese jurídica não está sendo aplicada ou respeitada. Pela Reclamação, poderá ser cassada a decisão exorbitante ou determinada medida adequada à solução da controvérsia.

Início da dúvida – O STF, no final de 2014, julgou o Recurso Extraordinário 631.240, estabelecendo o entendimento de que o prévio requerimento administrativo ao INSS, por parte do beneficiário, é condicionante ao ajuizamento de pretensão junto ao Poder Judiciário. Embora esta decisão dissesse respeito aos casos de obtenção de benefícios previdenciários, ela passou a ser utilizada, por alguns operadores do direito, analogamente aos pedidos de pagamento do Seguro DPVAT. Com a Súmula nº 4 a dúvida chega ao final.

Mutirão – São muitas as demandas propostas no Poder Judiciário para recebimento dos montantes indenizatórios do seguro DPVAT, de forma que os mutirões de conciliação já fazem parte do calendário anual das comarcas de todo o Estado desde 2015, com a criação dos Trajetos do Mutirão, iniciativa inédita em todo o país.

Há uma semana em Campo Grande, o mutirão DPVAT seguirá na Capital até o dia 10/08. Após, ele ainda percorrerá mais 5 trajetos, finalizando em 07/12 nas comarcas ao norte do Estado (Rio Negro, São Gabriel do Oeste, Rio Verde de Mato Grosso, Coxim, Sonora e Pedro Gomes).

A Súmula vem reforçar as ações do TJMS relacionadas a esse importante instrumento social de amparo às vítimas de acidente de trânsito, indo além dos mutirões, dirimindo conflitos nos julgados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Poder Judiciário de MS realiza mutirão carcerário a partir do dia 15 02/08/2018



Está publicado no Diário da Justiça de quarta-feira (1º) o Provimento nº 415, do Conselho Superior da Magistratura, que determina a realização de mutirão carcerário em Mato Grosso do Sul de 15 de agosto a 14 de setembro.

De acordo com o Provimento, por solicitação da presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministra Cármen Lúcia, em razão da implantação/alimentação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) pelo TJMS, serão reexaminados os processos de presos provisórios em todas as varas criminais do Estado, e todos os processos de presos condenados (definitivos ou provisórios) em cumprimento de pena, no regime fechado, da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande; nos regimes fechado e semiaberto da Vara de Execução Penal do Interior, e nos regimes semiaberto, aberto e beneficiados com livramento condicional da 2ª Vara de Execução Penal da Capital, decidindo-se quanto à possibilidade de concessão de benefícios da Lei de Execuções Penais, bem como a aplicação dos decretos de indulto e comutação.

O reexame dos processos de presos provisórios em todas as Varas Criminais do Estado, e o empenho no julgamento, competirá aos respectivos magistrados, nas Comarcas em que os feitos tramitam. Já o reexame dos processos de presos sentenciados, quanto aos benefícios da execução, competirá aos magistrados Alexandre Antunes da Silva, César de Souza Lima, Eguilliel Ricardo da Silva, Fábio Henrique Calazans Ramos, Luiz Felipe de Medeiros Vieira, Mário José Esbalqueiro Júnior, e Wilson Leite Correa, sob a coordenação do primeiro, os quais foram indicados pelo supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, e designados pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran.

Poderá haver prorrogação do mutirão, em caso de necessidade, e não serão objeto do mutirão processos de apenados foragidos, com medidas de segurança e penas alternativas. Advogados indicados pela OAB/MS serão nomeados somente para atuação durante o mutirão.

Os magistrados designados para o mutirão atuarão sem o prejuízo das funções jurisdicionais e não serão designados assessores para auxiliar os trabalhos do mutirão.

Os casos omissos serão resolvidos pelo juiz coordenador do mutirão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Dourados realiza o I Curso de Preparação à Adoção Indígena - 06/08/2018



Nesta terça e quarta-feira (7 e 8), Dourados realizará o I Curso de Preparação à Adoção Indígena "Che Memby" (Meu Filho, em guarani). A iniciativa inédita objetiva habilitar famílias indígenas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), a fim de que possam acolher crianças também indígenas que, por algum motivo, não poderão permanecer com a família de origem.

A realidade da comarca de Dourados pode ser considerada sui generis. Segundo dados do Instituto Socioambiental, o maior sobre o assunto no país, em outubro de 2017, a 2ª maior cidade do Estado possuía mais de 15 mil indígenas vivendo em aldeias com contato direto com o "homem branco".

Essa realidade única do município, gera, por sua vez, desafios singulares.

"Começamos a verificar que o número de crianças indígenas acolhidas em abrigos provisórios, devido a abuso, dependência química ou alcoólica dos pais, era sempre maior do que a quantidade de menores indígenas que conseguiam regressar para a família de origem, superada a situação que levou ao acolhimento", relata Valdirene Campos Schmitz Pereira, assistente social da comarca de Dourados e coordenadora do Projeto Adotar da Vara da Infância e da Juventude daquela cidade.

"Essas crianças ficam então nas casas de acolhimento, que são instituições localizadas fora das aldeias, passando, consequentemente, por um processo de perda de toda sua culturalidade, que inclui até a perda da língua de origem, seja guarani, terena ou kaiowá, algo muito importante para a identidade dessa população indígena", continua a servidora.

Para superar tanto a falta de uma família quanto a desculturalização desses menores, há cerca de um ano, começou-se a estudar a criação de um curso de preparação à adoção voltado exclusivamente para indígenas. Dessa forma, conseguir-se-ia habilitar famílias da própria aldeia para adotar essas crianças, mantendo-as em seu ambiente de origem.

Em uma parceria com a FUNAI, a SESAI e o CRAS, o I Curso de Preparação à Adoção Che Memby será composto de dois encontros, realizados no CRAS da Reserva Indígena de Dourados, e possui uma estimativa de 20 famílias participantes.

O primeiro dos encontros será amanhã, no período matutino, com uma Roda de Conversa sobre o tema, em que indígenas que já passaram pela experiência de adoção falarão para seus pares interessados em adotar. Os organizadores do curso atuarão apenas como orientadores e facilitadores desse diálogo.

"Ao realizar o curso na aldeia e nessa roupagem diferenciada, nós pretendemos superar as dificuldades que as famílias indígenas têm de vir para a cidade e de compreender a dinâmica do curso", ressalta Valdirene.

Na quarta-feira, os participantes receberão toda as informações jurídicas e formais que envolvem o processo de adoção, atendendo, assim, as exigências feitas pela legislação para habilitar qualquer pessoa no Cadastro Nacional de Adoção.

Somado ao curso, uma comissão composta por membros da FUNAI, da SESAI, do CRAS, além de uma liderança indígena do território em questão, auxiliará o juiz Zaloar Murat Martins de Souza, titular da Vara da Infância e da Juventude de Dourados, a decidir eventuais pedidos desses indígenas no Cadastro Nacional.

"A Cultura da Adoção entre os indígenas sempre existiu, não judicializada como nós a fazemos, mas sempre esteve presente, como, por exemplo, quando o próprio chefe da aldeia adota como seus filhos, as crianças das famílias que não podem permanecer com elas, por algum motivo. Agora, estamos apenas garantindo que essa adoção seja conforme as exigências da lei", concluiu a assistente social.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Juízes realizam audiência de custódia por videoconferência durante curso
06/08/2018



Durante o curso Violência Doméstica, uma Questão de Gênero: valores e possibilidades, realizado pela Escola Judicial (Ejud-MS), nos dias 1º, 2 e 3 de agosto, os 40 magistrados participantes tiveram à disposição duas salas de videoconferência para realizar audiência de custódia de presos em suas comarcas do interior.

Essa é mais uma iniciativa do Poder Judiciário de MS que utiliza as mais modernas tecnologias de comunicação para atender com celeridade as demandas judiciais.

A juíza Adriana Lampert, da comarca de Bonito, veio a Capital para o curso e solicitou o agendamento da audiência de custódia, realizada no início da tarde de sexta-feira (3), na secretaria do Tribunal de Justiça. Foram ouvidas quatro pessoas. "Eu utilizo essa tecnologia com frequência para ouvir réus presos em outras comarcas, além de testemunhas", contou a juíza.

Segundo ela, a tecnologia permite que o juiz saia da comarca para se qualificar e, ao mesmo tempo, continue atuando para garantir o direito de custodiados a serem levados a presença de um magistrado, logo após a prisão. "No ato estão presentes a promotoria e a defesa do acusado, o que garante uma decisão embasada na garantia de ampla defesa, além de o réu poder contar como foi realizada a prisão e se houve algum abuso de direitos", explica Lampert.

Outro a utilizar a sala de videoconferência foi o juiz Diogo de Freitas, da comarca de Dois Irmãos do Buriti, que ouviu um casal acusado de tráfico. A transmissão foi feita com um link na comarca do juiz e outra em Anastácio, comarca próxima.

"Em tecnologia e inovação, o TJMS é um tribunal muito a frente de outros por nos permitir buscar uma evolução jurídica enquanto realizamos audiências de custódia, que garante direitos fundamentais. Os juízes analisam as circunstâncias da prisão e decidem se é caso de manter ou soltar o réu. E isso só é

possível com investimento tecnológico", disse Diogo ao apontar benefícios como a celeridade, a redução de custos e melhor gestão das vagas do sistema prisional.

Em Mato Grosso do Sul a justiça estadual utiliza o recurso de videoconferência há algum tempo com muito sucesso. O recurso é utilizado em processos comuns e até em sessões do Tribunal do Júri, quando réus participam de todo o julgamento como se estivessem presentes.

Existem experiências de audiências realizadas com cidades de outros Estados da Federação e até com outros países, em que réus e testemunhas são ouvidas na instrução e julgamento.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS institui política de enfrentamento à violência contra a mulher 07/08/2018



No dia em que a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, completa 12 anos de vigência, o Diário da Justiça traz a Portaria nº 1.346/2018 que institui a Política Judiciária de Enfrentamento à Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher em Mato Grosso do Sul.

Para a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, essa é uma vitória já que a política define diretrizes e ações de prevenção e combate à violência contra as mulheres, nos termos da legislação nacional e estadual vigente e das normas internacionais sobre direitos humanos.

"A portaria aborda o programa nacional Justiça pela Paz em Casa, a nossa campanha Mulher Brasileira em 1º Lugar e institui o banco de boas práticas, foco das muitas ações que a Coordenadoria da Mulher desenvolve. A luta é árdua porque coibir a violência doméstica e familiar é um processo no qual não se observa resultados imediatos, mas o empoderamento da mulher e sua saída do ciclo de violência são respostas obtidas com sucesso até aqui", disse a juíza.

A Campanha Mulher Brasileira em 1º Lugar, mencionada pela juíza, é uma iniciativa do TJMS realizada por intermédio da Coordenadoria da Mulher, visando reforçar as estratégias do Poder Judiciário no combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, com uma série de projetos e ações integradas com organizações governamentais e não governamentais.

São programas que compõem a Campanha Mulher Brasileira em 1º Lugar: EmPENHAd@s pela Educação, Maria da Penha na Roda de Tereré, Mãos EmPENHAdas contra a Violência, Dialogando Igualdades, EmPENHAd@s pela Saúde, ComunicAÇÃO pela Igualdade de Gênero, Oficina de Sexualidade Atena, Grupo Reflexivo Atitude.

Além disso, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência é responsável por organizar e coordenar a realização das semanas de esforço concentrado do programa nacional Justiça pela Paz em Casa, com o apoio do Conselho Nacional de Justiça. A 11ª Semana Justiça pela Paz em Casa será realizada de 20 a 24 de agosto.

A portaria institui também o Banco de Boas Práticas da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar com objetivo identificar e disseminar as iniciativas de magistrados e servidores do Poder Judiciário de MS no enfrentamento à violência de gênero.

Destaque-se que boa prática deve ser definida como atividade, iniciativa, ação ou experiência que promova prevenção e combate à violência de gênero, como palestras, seminários, blitz educativas, apresentação cultural, programas em rádios, estruturação da rede de atendimento, entre outros.

Balanço – Dados da Coordenadoria da Mulher mostram que, de fevereiro de 2017 a 13 de julho de 2018, houve muito trabalho para a juíza Jacqueline Machado.

Desde que ela assumiu a titularidade da pasta, podem ser contabilizadas como principais atividade e ações desenvolvidas pela Coordenadoria da Mulher: a mobilização de mil pessoas na caminhada da 7ª edição da Semana Justiça pela Paz, a capacitação de 475 profissionais no Mãos Empenhada pela Saúde; a capacitação de 60 educadores, além da arrecadação e distribuição de 3.600 livros pelo Mãos Empenhadas pela Educação – Mulheres Inspiradoras.

No Mãos Empenhadas contra a Violência, foram 40 estabelecimentos parceiros, 167 profissionais capacitados em Campo Grande, mais de 3.500 pessoas tiveram acesso ao material; 640 pessoas buscaram informação sobre a temática; 56 clientes relataram que estavam em situação de violência, 39 consultores da Mary Kay receberam a capacitação, além de profissionais capacitados com a interiorização do programa nas comarcas de Nova Andradina e Batayporã.

O Grupo Reflexivo Atitude, para mulheres que pediram revogação da medida, alcançou 214 participantes até o início de agosto; no Grupo Reflexivo Dialogando Igualdade, para autores de Violência, existem três grupos em andamento, 102 autores foram encaminhados, 16 concluíram período de preparação. No Grupo Atena, 11 mulheres participaram de oficinas de cinco encontros cada.

Do curso de Comunicação, Saúde e Direitos das Mulheres participaram 30 pessoas. No Simpósio Regional sobre Violência de Gênero estiveram 400 participantes e o Prêmio de Jornalismo, cujas inscrições estão abertas até o dia 31 de agosto, é destinado a profissionais e acadêmicos da área de Comunicação Social, atingirá milhares de pessoas com a divulgação das matérias nos meios de comunicação no Estado.

Saiba mais - Importante lembrar que a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar é um órgão de assessoria da Presidência do TJMS, atribuições relativas à gestão de políticas, ações e mecanismos de atendimento à mulher no combate e prevenção à violência doméstica e familiar.

Entre os objetivos da Política Judiciária Estadual de Enfrentamento à Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher está estimular parcerias entre órgãos governamentais nas áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, em níveis estadual e municipal, para efetivação de programas de prevenção e combate a todas as formas de violência contra mulher.

A política visa também promover ações institucionais entre os integrantes do sistema de Justiça, para aplicação da legislação nacional e estadual e dos instrumentos jurídicos internacionais sobre direitos humanos e a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, além de impulsionar a criação de órgãos prestadores de serviços de reeducação e responsabilização para agressores.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS cria Comitê de Gênero, Raça e Diversidade de MS - 07/08/2018



Publicada no Diário da Justiça desta terça-feira (7), a Portaria nº 1.347 instituindo o Comitê de Gênero, Raça e Diversidade de MS, que terá como atribuição identificar problemas e propor ações de melhoria e igualdade no ambiente de trabalho, nos aspectos físicos, sociais, psicológicos e organizacional.

A proposição foi da juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher de MS. O comitê será órgão auxiliar permanente da estrutura do Tribunal de Justiça de MS, em razão do compromisso do TJMS com a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nos Pactos Internacionais.

Comporão o comitê um desembargador, duas juízas, um representante da Direção-Geral, um da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, um da Secretaria da Comunicação, um da Secretaria de Gestão de Pessoal, uma servidora, um servidor negro, um servidor com deficiência e um servidor LGBTI.

A composição do Comitê poderá ser modificada a cada dois anos e os integrantes terão 120 dias para apresentar à Presidência do TJMS o regulamento que disporá sobre suas finalidades e ações.

Assim, ficam nomeados para o comitê o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; as juízas Jacqueline Machado e Liliana Monteiro, e os servidores Renée Medeiros, Carlos Kuntzel, Raphael Bilinski; Vanessa Vieira, Lorenna de Oliveira, Eva de Souza, Ana Carolina Camargo e Paulo César Santos, com os devidos suplentes.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Três Lagoas tem índice de elucidação de homicídios equivalente a países de 1º mundo - 08/08/2018



As taxas de elucidação dos crimes de homicídio no Brasil detém uma média bem aquém do clamor social, ou seja, encontrar os responsáveis por tirar a vida de alguém e punir é o mínimo que esperam familiares e amigos que perderam alguém próximo, como também é o desejo da opinião pública em geral.

No entanto, o primeiro passo para se chegar a um julgamento popular do caso esbarra na fase investigatória, onde os índices do país apontam uma média nacional de resolução de apenas 6% dos casos, conforme dados da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública.

Bem distante desta realidade, no 1º semestre desse ano, a comarca de Três Lagoas registrou 100% dos casos de homícidios consumados com identificação dos autores e percentual de elucidação das tentativas de homícidios chegou a 87%, números equivalentes a um país de 1º mundo.

A evolução das resoluções dos crimes dolosos contra a vida naquela comarca pode ser acompanhada em gráfico do núcleo de inteligência da Delegacia Regional da Polícia Civil de Três Lagoas, que registrou de 2010 para cá um crescimento dos totais de casos (tentados e consumados) com autoria esclarecida, que partiu da casa dos 64% para um crescimento superior a 80% nos últimos 5 anos. Esses dados podem ser comparados a países como Reino Unido, que tem percentual de soluções de homícidios dolosos de 90%, e França, com índice de resolução de 80%.

Foi apontado recentemente pela Secretaria de Segurança Pública de MS que Três Lagoas foi a cidade no Estado em que houve a maior redução dos índices de violência no 1º semestre deste ano e o fato de ser uma cidade pacata de interior não é o que explica a eficiência por lá, pelo contrário: Três Lagoas tem um grau alto de homicídios, crimes envolvendo facções criminosas, feminicídios, brigas na zona rural e em bares, devido a ingestão de bebida alcólica, etc.

Para o juiz da 1ª Vara Criminal de Três Lagoas e corregedor dos presídios da comarca, Rodrigo Pedrini Marcos, que atua há quatro anos na região, o alto índice de resolução de homicídios pode ser explicado pelo trabalho integrado das forças de segurança: Polícia Militar, Policía Civil, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal, onde há compartilhamento de informações.

"Na parte estrutural, os setores de inteligência das polícias Civil e Militar receberam a ajuda financeira do Conselho da Comunidade para a aquisição de computadores, celulares e mobiliário, o que contribuiu para o alto índice de resolução de homicídios", explica.

Aponta o juiz que, quando ocorre um crime de homícidio, este tem prioridade absoluta da Polícia Civil para investigar, sendo a PM é a primeira a atender a ocorrência e preservar o local para a realização de perícia. Além disso, cita o juiz: "Em muitos casos envolvendo facções criminosas está ocorrendo a utilização de diversas técnicas de investigação e de medidas cautelares, tais como com interceptações telefônicas, quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, busca e apreensão, prisões temporárias e preventivas", mediadas estas que, para Pedrini, estão contribuindo para o ótimo desempenho na região com relação à elucidação destes graves crimes.

No âmbito judicial, foram realizados no ano passado 39 júris populares. Até julho de 2018 foram realizados 20 julgamentos populares. Outros 14 sessões de julgamento no Tribunal do Júri estão agendados para serem realizados até o mês de outubro no Fórum de Três Lagoas. Desde quando assumiu a 1ª Vara Criminal, Pedrini já presidiu 110 júris.

Em relação ao recebimento de novas ações, no 1º semestre deste ano foram 12 novas ações penais que tratam de crimes de homicídios dolosos contra a vida. Tramitam na 1ª Vara Criminal 179 ações penais de competência do júri, sendo aproximadamente 20 de feminicídio, além de 127 inquéritos policiais. Há ainda 31 ações penais do júri em grau de recurso.

Lembra o juiz que, além dos crimes dolosos contra a vida, tramitam na vara ações de infância cível, apuração e execução de ato infracional, execuções penais do regime aberto, livramento condicional e de penas restritivas. Detém ainda a 1ª Vara Criminal a competência para a corregedoria dos presídios, dois do regime fechado, masculino e feminino, e um do regime semiaberto masculino, além da UNEI local.

Três Lagos registrou de outubro de 2017 a maio deste ano, três grandes operações deflagradas pela Polícia Civil ("Sintonia"; "Katagogis" e "Hidra de Lerna") , oriundas de homicídios ocorridos. As ações contaram com o apoio da Polícia Militar e da Polícia Federal, elucidando casos do chamado "Tribunal do crime" (cometidos por facções criminais e execuções por dívidas de drogas) e esclarecendo também diversos crimes correlatos como roubos, tráfico de drogas e tortura, cujas ações tramitam nas outras varas criminais residuais.

Repercussão – Nos meses de maio e julho de 2018, o juiz Rodrigo Pedrini Marcos presidiu quatro sessões de julgamento que envolveram 17 denunciados e pronunciados pela prática dos crimes de homicídio duplamente qualificado e de formação de milícia privada, que culminou na morte do policial militar da reserva Otacilio Pereira de Oliveira. Os réus foram condenados a penas de mais de 254 anos de prisão, ressaltando-se que somente para seis acusados pesava a acusação de homicídio.

De acordo com a denúncia, os réus faziam parte de uma organização criminosa que objetivava cumprir ordem do Primeiro Comando da Capital (PCC), com a finalidade de assassinar policiais na cidade de Três Lagoas.

Assim, segundo a denúncia, mediante emboscada e motivo torpe, no dia 6 de março de 2013, por volta das 23h50, na Rua Seis, nº 1135, em Três Lagoas, seis dos acusados mataram a vítima Otacílio Pereira de Oliveira, policial militar da reserva, por meio de disparos de armas de fogo.

Os júris foram realizados nos dias 9, 23 e 30 de maio e 04 de julho, com grande mobilização das forças de segurança para os executores, tendo todos os plenários ocorridos sem nenhum incidente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Agentes federais do DEPEN passam a ter acesso ao e-SAJ do TJMS - 09/08/2018



Agentes federais passam a ter acesso ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ). A novidade auxiliará a Penitenciária Federal na celeridade dos trabalhos de acesso a informações judiciais, por meio direto, nos processos pelo portal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, nos serviços e-SAJ.

O Termo de Cooperação Técnica número 03.034/2018, celebrado entre o TJMS e o Ministério Extraordinário da Segurança Pública, por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), através da sua unidade Penitenciária Federal de Campo Grande-MS, foi assinado hoje (9), às 10 horas, na Sala de Reuniões da Presidência.

Na prática os agentes do DEPEN terão um ambiente administrativo no portal web, no qual poderão acessar cadastros de acordo com a necessidade de trabalho, para acompanharem processos, pesquisarem em qualquer parâmetro, inclusive por nome de partes, verificar movimentação de processos e acessar documentos vinculados, entre outros.

No ato da assinatura, o Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, lembrou que o judiciário tem buscado maneiras de tornar o serviço mais rápido e eficiente. Frisou a satisfação em poder contribuir com a agilização do trabalho dos agentes federais e aplaudiu a iniciativa do DEPEN em propor o convênio.

O Diretor da Penitenciária Federal de Campo Grande, MS, Rodrigo Almeida Morel, lembrou a eficiência e rapidez com que o Tribunal de Justiça respondeu à solicitação e destacou os benefícios do termo. “Vamos auxiliar o serviço de inteligência do DEPEN, na unidade de Campo Grande, principalmente na pesquisa de todos que adentram a área. Dentro desta pesquisa estão certidões da Justiça Federal e Estadual. Teremos acesso amplo para fazer as pesquisas de praxe e regulamentares que lei exige, com eficiência”, afirmou. Antes as certidões eram exigidas e levadas pelo próprio usuário, o que tornava o sistema frágil, considerando falsificações, por exemplo.

O termo também foi assinado pelo Diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação, e o Diretor da Secretaria, Altair Júnior Ancelmo Soares e pelo presidente do Comitê de Governança da Tecnologia da Informação do TJMS, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, que lembrou aos presentes o pioneirismo das tecnologias do Poder Judiciário de MS, que por vezes tem sido referência para outros tribunais do país. "Por todos esses avanços é que é possível promover termos de cooperação como este assinado hoje", comentou.

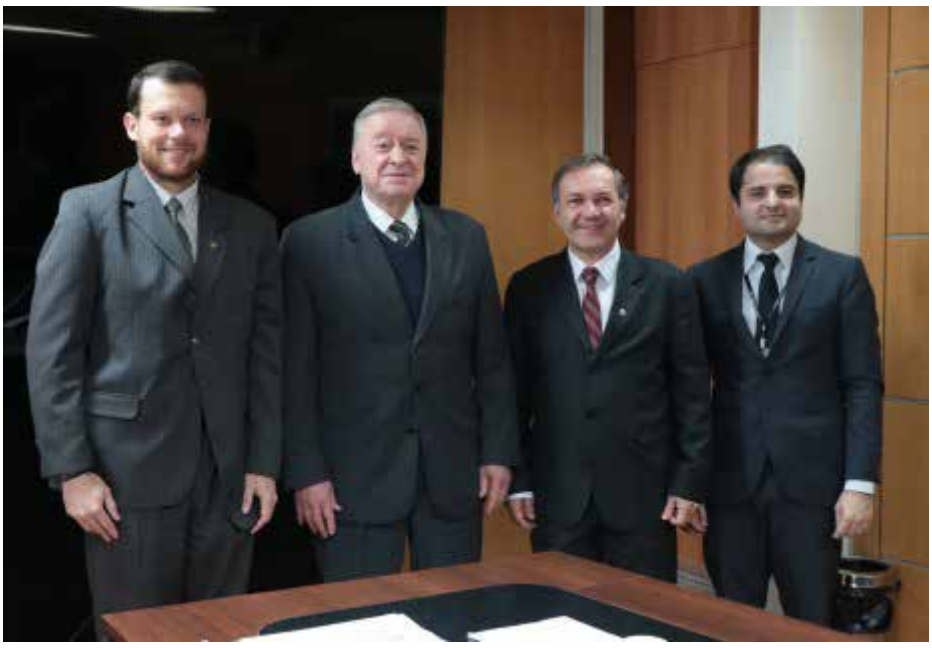
Em números – Pela informação do Mapa Carcerário AGEPEN 06/2018, população carcerária Federal em MS hoje é de 551, sendo 249 provisórios e 302 condenados, distribuídos em unidades estaduais e delegacias, além do presídio federal. O Presídio Federal de Campo Grande tem 12,6 mil metros quadrados de área construída e capacidade para 220 presos em celas individuais. Hoje nesta unidade estão 133 presos.

O prédio é dotado de infraestrutura e equipamentos de segurança de última geração, como aparelho de raios X, de coleta de impressão digital e detectores de metais de alta sensibilidade. Foi construído para abrigar criminosos de alta periculosidade, que comprometam a segurança dos presídios, possam ser vítimas de atentados ou estejam em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

A unidade é monitorada 24 horas por cerca de 100 câmeras de vídeo. Parte delas está instalada em locais secretos. Elas enviam imagens em tempo real para três centrais de monitoramento – no próprio prédio, na superintendência da Polícia Federal de Campo Grande e na central de inteligência penitenciária do DEPEN, em Brasília.

Advogados, visitantes e funcionários são submetidos a procedimentos de segurança antes de entrar na unidade. Os advogados não têm contato físico com os detentos e conversarão apenas por interfone. As visitas serão vigiadas por câmeras. Todos os agentes penitenciários federais têm suas conversas com os presos gravadas por microfones de lapela, equipamento de uso obrigatório.

As celas têm aproximadamente 7m², com cama, mesa, banco e prateleiras, lavatório e vaso sanitário feitos de concreto. Já as destinadas aos detentos do RDD têm o dobro do tamanho, porque contam com espaço onde o preso toma banho de sol sem sair da cela.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de MS entrega cartilha em Guarani e Terena para ministra Cármen Lúcia 09/08/2018



Foto: Luiz Silveira (Agência CNJ)

Durante a abertura da XII Jornada Maria da Penha, nesta quinta-feira (9), em Brasília, a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS e titulariza a 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Capital, entregou para a ministra Cármen Lúcia um exemplar da cartilha Lei Maria da Penha nos idiomas Guarani e Terena.

Ao lado dos juízes Liliana de Oliveira Monteiro, Alessandro Leite Pereira e Aluizio Pereira dos Santos, Jacqueline representa a magistratura sul-mato-grossense no evento e apresentará ações e resultados obtidos pela justiça de Mato Grosso do Su no painel Boas Práticas em Prevenção de Violências Contra a Mulher, a ser realizado nesta sexta-feira.

Assim, hoje e amanhã, magistrados, delegados, policiais, promotores e defensores públicos de todo o país estarão reunidos para debater o efetivo cumprimento da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que completou 12 anos de vigência no dia 7 de agosto.

Em sua fala, a ministra, que preside o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), alertou para o aumento no número de casos de assassinatos de mulheres vítimas de feminicídio no Brasil.

Para Cármem Lúcia, apesar da Lei Maria da Penha ter modificado substancialmente o tratamento da violência contra a mulher, ainda falta descobrir as motivações desses crimes, que seguem causando milhares de vítimas unicamente por questões de gênero. Atualmente, tramitam no Judiciário 10 mil processos de feminicídio.

Cartilha - As cartilhas foram criadas em 2016, no Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (Nudem), pelas defensoras Edmeiry Silara Broch Festi, Graziele Carra Dias Ocáris e Thaís Dominato Silva Teixeira, e impressas na gráfica do Tribunal de Justiça de MS.

A publicação se justifica em razão de ser Mato Grosso do Sul o segundo estado brasileiro a ter o maior número de população indígena. Dados do IBGE, na época do lançamento, revelavam que 50 mil indígenas do Estado são da etnia Guarani e 23.500 Terenas. A maioria, 51%, é de mulheres que não dominam a Língua Portuguesa.

A cartilha foi criada pelo Nudem depois que indígenas de todo o Estado participaram de um Fórum de Discussão, na Semana de Combate à Violência Contra a Mulher.



Autor: Foto: Luiz Silveira (Agência CNJ)

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conversão de união estável é o serviço mais procurado na Carreta da Justiça em Selvíria - 10.08.2018



A Carreta da Justiça esteve nesta semana, de 6 a 10 de agosto, na cidade de Selvíria, levando assistência jurisdicional gratuita para a população. No total, mais de 522 pessoas circularam pela unidade móvel da justiça em busca de uma solução pacífica para suas demandas.

Durante a passagem da Carreta da Justiça no município, foram realizadas 76 conversões de união estável em casamento, nove divórcios, nove cobranças, duas investigações de paternidade com exame de DNA, quatro reconhecimentos de paternidade, 98 processos abertos e um atendimento com relação a alimentos. Além disso, 43 pessoas procuraram atendimento na Defensoria Pública.

Na Carreta da Justiça, os serviços oferecidos tratam de assuntos criminais e cíveis, como ações de reconhecimento de união estável ou conversão em casamento, pensão alimentícia, execução de alimentos, conversão de separação judicial em divórcio, divórcio, reconhecimento de paternidade, investigação de paternidade e guarda.

A próxima comarca a receber a Carreta da Justiça será Taquarussu (20 a 24/08), depois, Novo Horizonte do Sul (27 a 31/08), Japorã (17 a 21/09), Juti (24 a 28/09), Douradina (15 a 19/10), Laguna Carapã (22 a 26/10), Vicentina (19 a 23/11) e encerrando os atendimentos em 2018, a Carreta da Justiça estará em Jateí (26 a 30/11).

Podem procurar a equipe que responde pela Carreta pessoas que necessitam de esclarecimentos a respeito de outros serviços prestados pelo Poder Judiciário, bem como agendamentos para os processos que tramitam na comarca sede.

A Carreta faz parte do programa Judiciário em Movimento e tem jurisdição em todo o Estado e competência para apreciar e julgar todas as ações de natureza cível, criminal e juizados especiais distribuídas durante suas jornadas, assim como atuar em mutirões processuais, inclusive em processos do Tribunal do Júri.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça de MS destaca-se no combate à violência contra a mulher - 14/08/2018



A poucos dias da 11º Semana Justiça pela Paz em Casa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quer saber dos tribunais como o Judiciário combate a violência contra a mulher – tema utilizado pelo órgão para uma das ações que está executando este ano nas mídias sociais na difusão do tema.

Em Mato Grosso do Sul, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar só contabiliza vitórias. No dia em que a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, completou 12 anos de vigência, o Diário da Justiça trouxe a Portaria nº 1.346/2018 que instituiu a Política Judiciária de Enfrentamento à Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher.

Números da Coordenadoria da Mulher mostram que, de fevereiro de 2017 a 13 de julho de 2018, houve muito trabalho. Desde que a juíza Jacqueline Machado assumiu a titularidade da pasta, a equipe da Coordenadoria contabilizou a mobilização de mil pessoas na caminhada da 7ª edição da Semana Justiça pela Paz, a capacitação de 475 profissionais no Mãos Empenhada pela Saúde; a capacitação de 60 educadores, além da arrecadação e distribuição de 3.600 livros pelo Mãos Empenhadas pela Educação – Mulheres Inspiradoras.

No Mãos Empenhadas contra a Violência, foram 40 estabelecimentos parceiros, 167 profissionais capacitados em Campo Grande, mais de 3.500 pessoas tiveram acesso ao material; 640 pessoas buscaram informação sobre a temática; 56 clientes relataram que estavam em situação de violênica, 39 consultores da Mary Kay receberam a capacitação, além de profissionais capacitados com a interiorização do programa nas comarcas de Nova Andradina e Batayporã.

O Grupo Reflexivo Atitude, para mulheres que pediram revogação da medida, alcançou 214 participantes até o início de agosto; no Grupo Reflexivo Dialogando Igualdade, para autores de violência, existem três grupos em andamento, 102 autores foram encaminhados, 16 concluíram período de preparação. No Grupo Atena, 11 mulheres participaram de oficinas de cinco encontros cada.

Do curso de Comunicação, Saúde e Direitos das Mulheres participaram 30 pessoas. No Simpósio Regional sobre Violência de Gênero estiveram 400 participantes e o Prêmio de Jornalismo, cujas inscrições estão abertas até o dia 31 de agosto, é destinado a profissionais e acadêmicos da área de Comunicação Social, atingirá milhares de pessoas com a divulgação das matérias nos meios de comunicação no Estado.

E as ações não param. A coordenadoria desenvolve ainda a Campanha Mulher Brasileira em 1º Lugar, uma iniciativa do TJMS, visando reforçar as estratégias do Poder Judiciário no combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, com uma série de projetos e ações integradas com organizações governamentais e não governamentais.

São programas que compõem a Campanha Mulher Brasileira em 1º Lugar: EmPENHAd@s pela Educação, Maria da Penha na Roda de Tereré, Mãos EmPENHAdas contra a Violência, Dialogando Igualdades, EmPENHAd@s pela Saúde, ComunicAÇÃO pela Igualdade de Gênero, Oficina de Sexualidade Atena, Grupo Reflexivo Atitude.

Para a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher, os resultados das ações são vitórias significativas, porém o destaque está na política por definir diretrizes e ações de prevenção e combate à violência contra as mulheres, nos termos da legislação nacional e estadual vigente e das normas internacionais sobre direitos humanos.

"O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher ainda tem um longo caminho a percorrer, eis que os resultados de todo esse trabalho e das políticas públicas de prevenção não são imediatos, mas é um bom começo o de levar informações às vítimas e toda sociedade sobre o ciclo da violência, as dificuldades que a mulher encontra para sair de um relacionamento abusivo e a obrigação que as pessoas tem de se envolver nesse problema", disse a juíza.

Destaque-se que a política de enfrentamento institui também o Banco de Boas Práticas, visando identificar e disseminar as iniciativas de magistrados e servidores do Poder Judiciário de MS no enfrentamento à violência de gênero.

Importante lembrar ainda que a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar é um órgão de assessoria da Presidência do TJMS, atribuições relativas à gestão de políticas, ações e mecanismos de atendimento à mulher no combate e prevenção à violência doméstica e familiar.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Angélica realiza primeira audiência com depoimento especial - 15.08.2018



A comarca de Angélica realizou, nesta terça-feira (14), a primeira audiência com depoimento especial para ouvir uma menina de 12 anos de idade que teria sido vítima de abuso sexual supostamente praticado pelo padrasto.

Embora ainda não exista uma ação penal sobre o caso, porque caso ainda está em fase de investigações, o depoimento especial foi realizado como produção antecipada de provas. Para quem não conhece, a técnica visa evitar a revitimazação da criança ao ser interrogada sobre o fato.

A audiência foi presidida pela juíza Bruna Tafarelo e realizada na sala de depoimento especial do Fórum da comarca, que tem toda a infraestrutura projetada para garantir um depoimento sem constrangimentos para vítima e/ou testemunha, além de garantir uma abordagem diferenciada.

Durante o depoimento especial, a entrevista é conduzida por um servidor capacitado da Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) do TJMS, que fica em uma sala com a criança. De outra sala, juiz, promotor de justiça, defensor público e demais presentes, acompanham a transmissão de áudio e vídeo do depoimento da criança. As perguntas são transmitidas por um ponto ao entrevistador, que as repassa para a criança em uma abordagem diferenciada.

Segunda a juíza, que também presidiu a primeira audiência com depoimento especial na comarca de Rio Negro, a diferença da adoção da técnica é enorme. “O depoimento especial garante a proteção emocional da criança ao evitar sua exposição em um ambiente formal de audiência. Com o estabelecimento prévio de uma relação de confiança com o entrevistado, a criança consegue se sentir mais confortável em relatar os fatos. Acredito que seja a forma mais eficaz de se esclarecer o caso sem provocar novo dano à vítima”, disse ela.

A juíza apontou que a produção da prova antecipada, com o depoimento especial ainda na fase de investigação, mostra-se mais eficaz quanto ao propósito de evitar a revitimização, já que tão logo descoberto o fato supostamente criminoso, a criança é ouvida e nunca mais será obrigada a rememorar tal fato.

"Isso porque o depoimento colhido é gravado e será utilizado na fase judicial, ou seja, a criança é ouvida uma única vez, sem a necessidade de prestar um depoimento na delegacia e depois, ser intimada a depor no eventual andamento de uma ação penal", finalizou.

A audiência foi realizada a pedido do delegado de polícia Valter Guelssi e do promotor de justiça Anthony Álisson Brandão. Participou também a defensora pública Ester Quintanilha Nogueira. A entrevista foi conduzida pela diretora da CIJ, Célia Idie Wolfring.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados lamentam aposentadoria da Desa. Maria Isabel - 15/08/2018



Na sessão desta quarta-feira (15), os desembargadores do Tribunal Pleno votaram o pedido de concessão de aposentaria da Desa. Maria Isabel de Matos Rocha e, depois de 33 anos dedicados à magistratura, ela deixou a carreira.

Em suas palavras de despedida na sessão desta quarta-feira, Maria Isabel falou sobre o tempo. "Em três tempos eu vou falar, estamos no tempo presente, exatamente hoje, aqui e agora. E o tempo atrás de mim eu lembro que foram 33 anos de juíza no Estado e eles vieram de trabalho para ajudar a criar três coisas boas: o Projeto Padrinho, a Vara de Crimes contra a Criança e a Central de Depoimento Especial. Por isso, acho que valeu a pena. E falar do tempo presente, aqui agora, me lembrei da poesia do Renato Russo, que diz assim: 'Até bem pouco tempo atrás poderíamos mudar o mundo. Quem roubou nossa coragem?'. Perguntei hoje a mim mesma sobre coragem. Não falta coragem, mas sobra a realidade. Podemos mudar um pouquinho o mundo sim, é o que desejo a todos que ainda prosseguem aqui daqui pra frente".

E finalizou seu discurso com nova citação a Renato Russo: "'Quando o sol bater na janela do teu quarto, lembra e vê que o caminho é um só. Porque esperar se podemos começar tudo de novo agora mesmo?'. Eu vou atrás desse sol que bate agora na minha janela para um novo tempo. Muito obrigada a todos e sejam muito felizes".

O presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, lembra que a Desa. Maria Isabel já se destacava desde o começo de sua carreira na magistratura pelo fato de representar as mulheres em um cenário totalmente masculino.

"Destacou-se com seu trabalho incansável e deixa frutos, como o Projeto Padrinho. Como juíza, passou por Camapuã e Cassilândia, onde é lembrada com carinho. Depois veio para a Capital. É uma incansável estudiosa, abnegada da causa e muito requisitada para dividir seus conhecimentos em palestras nacionais e internacionais. Sei que, mesmo aposentada, continuará contribuindo com as causas que defende, agora como membro da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica, na Comissão Mato Grosso do Sul (ABMCJ-MS)", comentou o Des. Divoncir.

O Des. José Ale Ahmad Neto, que com ela dividiu por alguns anos a 6ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Capital, revelou que o convívio diário com Maria Isabel fez com que percebesse sua grande preocupação com as questões que analisava nos processos, pois o fazia com ponderação e cautela. Para José Ale, a desembargadora é a pessoa mais íntegra que conheceu.

"Tenho por ela profunda admiração, como pessoa e magistrada, por seu inquestionável conhecimento e isso pode ser facilmente constatado nas sessões de julgamento. Ela tem uma grande personalidade e fará muita falta neste Tribunal. Compreendo que prefira usufruir de seu tempo e estreitar seus laços com a família e com a mãe, que mora em outro país, mas é inegável que nos fará muita falta", disse ele.

Muito respeitada pelos esforços e propostas desenvolvidas durante os 12 anos em que ficou a frente da Vara da Infância e da Juventude da Capital, a desembargadora é considerada um exemplo a ser seguido na magistratura.

Para o juiz Fernando Cury, presidente da Amamsul, a magistrada é uma pessoa de coração e espírito humano inigualáveis, profissional que deu a vida à causa da infância e juventude.

"Por onde passou, ela se doou - não só no horário de trabalho, mas durante seu espaço de família e de lazer. A Amamsul, ao mesmo tempo que sente a aposentadoria de uma magistrada ainda com plena força de trabalho, compreende a opção pessoal e agradece pelo exemplo de juíza, de colega, que sempre foi, tanto em primeiro quanto em segundo grau", despediu-se Fernando.

Currículo – Maria Isabel é natural de Nanpula (Moçambique), formou-se em Direito na Universidade de Coimbra (Portugal) e ingressou na magistratura de MS em maio de 1985. Foi promovida, por merecimento, para a comarca de Camapuã, em janeiro de 1986. Por antiguidade, em setembro de 1988, foi promovida para a segunda entrância e passou a judicar na 2ª Vara de Cassilândia.

Em agosto de 1995, Maria Isabel foi promovida para a 1ª Vara da Infância e da Juventude de Campo Grande e posteriormente atuou também na 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos. Maria Isabel foi quarta mulher a compor a mais alta corte do Judiciário Sul-mato-grossense e a primeira mulher a ocupar o cargo de Coordenadora da Infância e da Juventude de MS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Com a criação do CIRA-MS, Estado ganha aliado no combate aos crimes fiscais - 20.08.2018



Nesta quarta-feira (22), às 14 horas, no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, recebe autoridades de diversas instituições para uma reunião preliminar de criação do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos do Estado de Mato Grosso do Sul (CIRA-MS). O comitê tem por objetivo trabalhar no combate aos crimes fiscais e, com isso, recuperar, para o caixa do Estado, recursos de dívidas oriundas de sonegação ou fraude fiscal.

Na prática, a procuradora Carla Cardoso Nunes da Cunha, responsável pela articulação do Comitê, com a Juíza Joseliza Alessandra V. Turine, a pedido do Des. Divoncir, afirma que, da maneira como se trabalha hoje, é muito difícil as instituições obterem êxito com a execução contra um sonegador/fraudador, considerando que, quando o processo se conclui, o patrimônio do executado já foi totalmente dilapidado, frustrando toda a atuação administrativa e judicial.

Nos estados em que o CIRA já funciona, os números de ativos recuperados são comemorados. Em março deste ano, o Ministério Público de Minas Gerais divulgou que o CIRA-MG recuperou, para os cofres do Estado, R$ 284 milhões em 2017, valor que superou em mais de R$ 130 milhões a meta estabelecida para aquele ano. O reflexo é direto no volume da arrecadação.

O objetivo do CIRA é propor medidas técnicas, legais e administrativas que permitam prevenir e reprimir ilícitos fiscais, e que visem a defesa da ordem tributária e econômica, o combate à lavagem de dinheiro e à sonegação fiscal e, especialmente, a recuperação de ativos decorrentes de ilícitos penais fiscais e administrativos. Na prática, a Procuradora explica que cada instituição tem seus limites de atuação, sendo imprescindível ao sucesso do trabalho a atuação conjunta dos seus órgãos integrantes.

Com o comitê, quando um fraudador é identificado pela Secretaria da Fazenda, por exemplo, o devedor é chamado para uma reunião com o CIRA, ocasião em que lhes são apresentadas todas as consequências da sua atuação e este é orientado sobre como regularizar suas pendências para com o Estado-

credor, sob pena da atuação efetiva do CIRA, com todo o rigor da lei.

Normalmente, o fraudador impõe uma concorrência desleal no comércio e desestimula o bom pagador, causando enorme prejuízo que ultrapassa a simples sonegação. Com o CIRA-MS, isso vai mudar. A atuação do Comitê servirá para coibir a ação dos fraudadores e desarticular grupos criminosos que só existem em razão do poder econômico que detém.

"Quanto você retira o patrimônio do fraudador, você frustra a atividade criminosa, pois ele não consegue continuar manipulando o sistema", explica a procuradora Carla, lembrando que o que se busca é a potencialização das ações dos órgãos envolvidos, cada um dentro da sua competência para, trabalhando juntos e com o mesmo objetivo, alcançar o resultado almejado, que tem por principal beneficiário a própria população, destinatária das políticas públicas, para cuja implementação depende o sucesso da recuperação de ativos. Trata-se de uma ação drástica contra o crime.

Parceiros – O CIRA-MS é constituído por um colegiado composto por representantes do Governo do Estado, da Procuradoria-Geral, do Ministério Público Estadual, da Secretaria de Estado de Fazenda, do Delegado Geral da Polícia Civil e do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Como membros convidados, poderão participar representantes da Receita Federal, da Polícia Federal, do Ministério Público Federal, do Conselho de Controle de Atividades Econômicas – COAF, do Ministério da Fazenda, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – CRCI, do Ministério da Justiça e outras instituições públicas e privadas, desde que demonstrada pertinência temática.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJ autoriza uso do aplicativo A.DOT pelos juízes da infância
20/08/2018



Os magistrados da infância e adolescência de MS poderão fazer uso do aplicativo A.DOT, um recurso tecnológico criado e gerenciado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, com o objetivo de mobilizar a sociedade para a questão da adoção tardia de crianças e de adolescentes com remota possibilidade de colocação em família adotiva.

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, deferiu o pedido da Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) e autorizou a utilização do aplicativo.

Este aplicativo visa encontrar famílias substitutas para crianças com mais de sete anos, adolescentes, grupos de irmãos e acolhidos com deficiência ou algum tipo de doença, os quais se encontram disponíveis para adoção.

No A.DOT são disponibilizadas fotos, informações e vídeos em que as próprias crianças se apresentam. O recurso tecnológico busca transformar realidades, isto porque é inovador em três aspectos: amplia a visibilidade deste público, ou, até mesmo, os torna visíveis, além disso, humaniza, pois as crianças e adolescentes deixam apenas de serem um número no CNA e passam a ter voz, falam de suas preferências, sonhos, habilidades, rotinas, etc. E ainda, o A.DOT agiliza a aproximação de pretendentes.

A aproximação se dá por meio do uso do aplicativo pelos pretendentes habilitados. Eles então acessam o site adot.org.br, baixam o aplicativo e passam a ter acesso às crianças disponíveis, com seus perfis completos, fotos, vídeos, quantidade de irmãos que possuem, o perfil dos irmãos, etc.

Caso o pretendente tenha interesse, ele pode "favoritar" a criança que lhe chamou a atenção e, posteriormente, remover dos seus favoritos, ou ainda solicitar a aproximação do pretendente com a criança. O pedido é então encaminhado ao setor que gerencia o aplicativo e dá seguimento à demanda.

Por outro lado, o banco de dados do A.DOT conta com a colaboração dos magistrados da infância e juventude do país, a partir do momento em que encaminham material para fazer parte do aplicativo. O projeto criou até um tutorial para a produção de vídeos pelas varas da infância ou afins. O material pode ser acessado pelo link https://www.youtube.com/watch?v=TbfT6xRtVzY&t=41s.

O vídeo demonstra como devem ser produzidos os materiais audiovisuais para o projeto, desde a preparação da criança e adolescente, até o que deve ser falado na gravação, dicas de enquadramento (como sempre gravar na horizontal no aparelho celular), entre outras sugestões para que o material mantenha em destaque a criança e ou adolescente que está em busca de uma nova família.

Qualquer comarca do Estado poderá encaminhar vídeos, fotos e informações de crianças e adolescentes em condições de adoção. O material deverá ser encaminhado para o e-mail adottjpr@gmail.com, por determinação do magistrado da infância e da adolescência, onde será analisado e disponibilizado na plataforma A.DOT.

A inserção do vídeo no aplicativo poderá representar uma oportunidade da criança e/ou adolescente ser conhecido por aqueles que estão habilitados para adoção. Embora não seja uma garantia, cria uma nova chance, sobretudo as torna visíveis para todos os pretendentes habilitados do país. A plataforma dispõe de total segurança para veiculação do conteúdo e as informações disponibilizadas são criptografadas.

Para mais informações, o interessado poderá acessar a cartilha do projeto ou ainda entrar em contato com a CIJ, pelo telefone (67) 3317-8685.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Lançado sistema que integra o Cadastro de Adoção e o Cadastro de Crianças Acolhidas - 20/08/2018



A Corregedoria Nacional de Justiça lançou, nesta segunda-feira (20), o Sistema Integrado do Cadastro Nacional de Adoção e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas.

A nova versão do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), que completa uma década de existência em 2018, visa facilitar as adoções de nove mil crianças que aguardam por uma família em instituições de acolhimento de todo o país, cadastradas no Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas.

As funcionalidades do novo sistema de adoção e acolhimento de crianças e adolescentes foram apresentadas no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os juízes Eduardo Eugênio Siravegna Jr., da 2ª Vara de São Gabriel do Oeste, e Marcus Abreu de Magalhães, da 2ª Vara deCosta Rica, representaram a magistratura de MS no evento. Com ele estavam as servidoras Doêmia Ceni, Ioara de Moura Paranaíba e Agnes Soares Steil, que atuam nesta área na Capital e em Corumbá, e o servidor Eugênio Tomigawa.

Da solenidade de lançamento participaram o ministro João Otávio de Noronha, corregedor Nacional de Justiça, conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, juízes de varas de infância e juventude, membros do Ministério Público e Defensoria Pública, organizações não governamentais que atuam na área da infância e profissionais que participaram da reformulação dos cadastros.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da Itinerante receberá Título de Cidadão Campo-grandense - 21/08/2018



Em comemoração aos 119 anos de emancipação político-administrativa de Campo Grande, a Câmara Municipal concederá Títulos de Cidadão Campo-Grandense, Títulos de Cidadão Benemérito e Medalhas do Mérito Legislativo. A solenidade será realizada nesta terça-feira (21), no Centro de Convenções Rubens Gil de Camillo, a partir das 19 horas, no Parque dos Poderes.

Serão 85 agraciados e entre eles está o juiz Cézar Luiz Miozzo, titular da 8ª Vara do Juizado Especial – Itinerante, da comarca de Campo Grande. Miozzo receberá do vereador Chiquinho Telles o Título de Cidadão Campo-grandense.

Natural de Verê (PR), ele ingressou na magistratura sul-mato-grossense em fevereiro de 1991, na 2ª Circunscrição. Em dezembro do mesmo ano foi promovido para a comarca de Miranda, como juiz de primeira entrância. Mesmo sendo titular em Miranda, de maio de 1995 a novembro de 1996, foi designado para a Turma Recursal de Corumbá.

No dia 28 de novembro de 1996, uma nova promoção o levou para Naviraí, como juiz de 2ª entrância. Naquela comarca, foi diretor do Foro por mais de uma vez. Por permuta, em abril de 2003, foi removido para Campo Grande para atuar nos ônibus da Justiça Itinerante. Na Capital, foi designado várias vezes para integrar as Turmas Recursais e, de outubro de 2014 a março de 2015, foi diretor do Foros dos Juizados Especiais.

Conheça - Criada pela Resolução nº 353/de 3 de outubro de 2001, a Justiça Itinerante – como é conhecida – tem o reconhecimento da população em razão de seu atendimento de qualidade, com histórias em que o cidadão deposita na justiça seus anseios e esperanças, e que movimentam os atendimentos diários nos 17 bairros alcançados pelo dois ônibus da Justiça Itinerante na Capital.

Miozzo garantiu que esse é um trabalho que aprecia fazer. “Gosto de escutar as pessoas, procuro conversar e ver qual o problema que as aflige, porque existem muitas situações em que uma simples

conversa, orientação, resolve. Ouvir atentamente, com respeito, me realiza, por isso estou há tantos anos na Itinerante e pretendo continuar", confessou.

Enganam-se, porém, os que acreditam que na Itinerante existem apenas conflitos e problemas. Verdadeiras histórias de amor podem ser encontradas no dia-a-dia. Exemplo disso é o casal João e Maria, que pediu para ter as identidades preservadas. Eles se casaram na igreja em maio e, em agosto, converteram a união estável em casamento, para regularizar a vida civil. E o fizeram em um dos ônibus da Itinerante, por reconhecer a importância desse tipo de atendimento na família que juntos resolveram construir.

Diariamente, mesmo a unidade móvel nem estando estacionada ainda nos locais de atendimento, as pessoas começam a chegar aos poucos. Em torno de 6H30 da manhã, a fila já está longa, mas Miozzo chega primeiro e confere os documentos dos presentes, deixando tudo em ordem para a equipe. Todos os dias, dentro do ônibus, a equipe trabalha a todo vapor, solucionando a demanda de quem busca a justiça.

Os ônibus levam a justiça onde a população pode ser atendida imediatamente e os dados mostram a satisfação da população com esse tipo de ação. Na verdade, a população incorporou esse trabalho e os números demonstram seu alcance, principalmente nas camadas mais simples da população, menos favorecidas, que não têm condições financeiras.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS participa de apresentação do BNMP 2.0 - 21/08/2018



Foto: Nelson Jr./SCO/STF

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, participou, na segunda-feira (20), em Brasília, da apresentação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0). O sistema foi apresentado pela presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, em reunião na qual participaram os presidentes dos Tribunais de Justiça e os procuradores-gerais dos Estados e Distrito Federal.

Durante a apresentação do também denominado Cadastro Nacional de Presos, que revela com detalhamento e precisão o perfil da população carcerária nacional, a ministra Cármen Lúcia propôs um Acordo de Cooperação Técnica entre o CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para que promotores e procuradores também tenham acesso às informações sobre os presos e o sistema prisional brasileiro.

A ministra Cármen Lúcia salientou que o Cadastro Nacional de Presos seguirá sendo alimentado pelas Justiças estaduais e que o convênio com o Ministério Público deverá ser fechado em cada Estado. Os detalhes ainda serão construídos pelo CNJ e CNMP para assegurar confidencialidade e segurança dos dados envolvidos.

Outro ponto apresentado pela ministra Cármen Lúcia diz respeito à área específica do cadastro, elaborada para que vítimas de violência possam acompanhar a evolução da situação prisional de seus agressores. “Já ouvi mães de mulheres assassinadas dizerem que querem esquecer o caso. A sociedade tem esse direito. E às vezes é realmente muito sofrido. Mas a sociedade também tem o direito de querer acompanhar o andamento da prisão do condenado pelo crime cometido. Ela pode querer saber quando ele será solto. E isso também é um direito que ela tem e que será respeitado a partir desse Cadastro”, afirmou a presidente do CNJ.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Agência CNJ de Notícias

Capital sediará Encontro Estadual de Juízes dos Juizados Especiais
22/08/2018



Nos dias 8, 9 e 10 de novembro, por meio da Escola Judicial (Ejud/MS), o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, presidido pelo Des. Paschoal Carmello Leandro, realizará o V Encontro Estadual dos Juízes dos Juizados Especiais. O evento visa proporcionar palestras como forma de aperfeiçoamento e atualização dos magistrados que judicam no sistema dos juizados especiais

Os palestrantes convidados para compartilhar seus conhecimentos sobre temas como O Novo CPC e os Juizados Especiais, Juizado e Fazenda Pública, Conciliação nos Juizados Especiais, Aplicabilidade do Novo CPC nos Juizados Especiais, são Arnaldo Rossepian Salles Lima Jr., conselheiro do CNJ; juiz Maurício Ferreira Cunha, do Juizado Especial de Poços de Caldas (MG), juiz Ricardo Cunha Chimenti, substituto na 18ª câmara de Direito Privado do TJSP, e o Des. Roberto Portugal Bacellar.

Após os três dias de trabalho espera-se que os juízes participantes do encontro apliquem as principais inovações contidas na Lei nº 13.105/2015 e na Lei nº 13.140/2015, no desenvolvimento dos processos da competência dos Juizados Especiais, além de avaliar o alcance e o impacto do Novo CPC e da Lei da Mediação nas ações de competência dos Juizados Especiais.

O encontro justifica-se em razão de, desde 2009, a justiça comum brasileira receber mais ações não-criminais nos Juizados Especiais do que no somatório de todos os outros órgãos destes segmentos judiciários. Os dados são do Conselho Nacional de Justiça e essa realidade faz com que os juizados especiais sejam regra em matéria de prestação ordinária da tutela jurisdicional.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Capital sediará evento de Mulheres de Carreiras Jurídicas - 23/08/2018



A Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas Região Centro-Oeste (ABMCJ) promoverá nos dias 23, 24 e 25 de agosto, na Associação dos Defensores Públicos de MS (ADEPMS), o 5º Encontro de Mulheres, Poder e Justiça.

A abertura será nesta quinta-feira (23), às 19 horas. Na sexta-feira, o evento será realizado em período integral e no sábado, o encerramento será no período vespertino. A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, fará uma palestra sobre Violência de Gênero e a desembargadora aposentada Maria Isabel de Matos Rocha participa de um talk show com o tema Mulheres e Política Institucional – Paridade???.

Os participantes terão palestras com renomadas profissionais da região Centro-Oeste para discutir assuntos que envolvem mulheres muçulmanas; mulheres ciganas; 100 anos das mulheres na política; sub-representação da maioria; as mulheres negras e os 130 anos de abolição, entre outros.

O encontro é direcionado para profissionais de áreas como História, Sociologia, Ciências Sociais, Zootecnia, Políticas Públicas, Coaching, Terapeuta Holística e produtoras rurais, além dos profissionais da área jurídica, a fim de debater os temas em diferentes aspectos.

As inscrições podem ser realizadas no dia do evento, pelo whatsapp (67) 98143-5448 ou pelo e-mail executivecerimonial@gmail.com. As participantes que não são membros da ABMCJ investirão R$ 150,00; para associados o valor será de R$ 100 para associados e estudantes pagarão apenas R$ 35,00.

A ADEP/MS está localizada na rua Flávio de Matos, 1755, no bairro Jardim Paulista, em Campo Grande.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Apenados de Nova Alvorada do Sul serão vistoriados biometricamente
31.08.2018



O juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, que responde pela Vara de Execução Penal do Interior, esteve em Nova Alvorada do Sul para, junto com o juiz Jessé Cruciol Jr., titular na comarca, iniciar a utilização de uma nova tecnologia: a Unidade Eletrônica de Apresentação em Juízo.

A nova ferramenta tecnológica permitirá o registro de presença dos apenados que têm a obrigação de se apresentar pessoalmente ao juízo. Na prática, o apenado não precisará mais ir até o cartório e assinar fisicamente a presença - basta colocar a digital na unidade eletrônica para que sua presença seja confirmada.

De acordo com Jessé, a unidade disponibilizada nesta quinta-feira (30) evita que os apenados precisem fazer a apresentação no balcão, insiram os dados no sistema e assinem o comprovante, que precisa ser digitalizado.

"Iniciamos o cadastramento biométrico e, com essa inovação, como já acontece em Campo Grande, a apresentação dos sentenciados em liberdade condicional fica mais fácil e rápida, reduzindo o tempo de trabalho nos cartórios envolvidos na execução da demanda. Isso garante mais rapidez, transparência e fidelidade ao processo", explica Luiz Felipe.

Conheça - O projeto-piloto da Unidade Eletrônica de Apresentação em Juízo foi iniciado em Campo Grande, em junho desse ano, e a nova solução tecnológica será implantada aos poucos nas comarcas do interior.

Pelo novo sistema, o registro é feito pelo cadastramento das digitais e a unidade faz a leitura biométrica do apenado, emitindo o comprovante de comparecimento, além de evitar filas e o envolvimento de servidores para fazer o processo manualmente.

Outra vantagem é a alimentação automática no sistema, tornando possível verificar se existe alguma pendência e, em caso positivo, indicando ao apenado a necessidade de se dirigir ao balcão de atendimento para resolver a questão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Membros do Comitê de Governança do TJMS conhecem sistema no TRF 4 - 31.08.2018



O Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e o juiz Renato Antonio de Liberali, acompanhados do diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS, Altair Junior Ancelmo Soares, da diretora do Departamento de Sistema Jurisdicional, Liriane Aparecida da Silva Nogueira, e da diretora da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau, Conceição Pedrini, visitaram ontem e hoje (31) o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) conhecer o sistema processual eletrônico eproc.

O coordenador do eproc na Justiça Federal da 4ª Região, juiz federal Sérgio Tejada Garcia, o diretor de TI do TRF4, Cristian Ramos Prange, e a diretora da Secretaria de Sistemas Judiciários, Susana Franco, foram responsáveis por receber os integrantes do Comitê de Governança do TJMS e compartilhar informações e experiências com a implantação e uso do sistema.

Importante ressaltar que o TRF da 4ª Região está propondo um modelo colaborativo de desenvolvimento de sistema e já firmaram parceria para utilizar o eproc o TJRS, o TJSC e o TRF da 2ª Região.

Conheça - O eproc foi idealizado por magistrados e servidores da JF da 4ª Região e tem atualmente mais de cinco milhões de ações distribuídas, por meio do sistema. A versão atual foi implantada em todas as varas federais de primeiro grau e também no TRF 4.

Por atender todas as matérias e graus, é considerado um sistema consolidado pela agilidade e funcionalidades. Além disso, representa economia para a gestão pública e sustentabilidade, por dispensar o uso de papel e insumos para a impressão. Outro aspecto é a disponibilidade do sistema online, a partir de qualquer local com acesso à internet.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Parceria entre Judiciário e PM ajudam no combate à reincidência de crimes 31/08/2018



Foi realizada na noite desta quinta-feira (30), às 19horas, no 1º batalhão de Polícia Militar da Capital, a 11ª palestra de orientação aos cidadãos que se envolveram em pequenos delitos. Com o tema "Valores na Sociedade: Ética e Cidadania", a palestra teve como objetivo combater a reincidência dos crimes de menor potencial ofensivo.

O evento faz parte do Termo de Cooperação firmado entre Poder Judiciário e a Polícia Militar, como medida alternativa para pessoas que cometeram delitos de menor potencial ofensivo como ameaça, maus tratos, lesão corporal, crimes de trânsito, crimes ambientais e demais atos ilícitos. Assim, nesses casos há a transação penal aplicada pela 1ª Vara do Juizado Central.

Na palestra, os cidadãos foram esclarecidos da importância desse projeto desenvolvido entre a 1ª Vara do Juizado Especial e o 1º Batalhão de Polícia Militar, que coopera de forma efetiva na prevenção da criminalidade, bem como para a formação de cidadãos mais conscientes e responsáveis.

A palestra foi ministrada pelo 2º Tenente Magno Alves da Silva, Chefe da Logística, que mostrou aos cidadãos os projetos sociais desenvolvidos pela PM, destacando o da parceria do Poder Judiciário para diminuir os pequenos delitos.

De acordo com Adonis Marcos de Souza, um dos participantes da palestra, o encontro foi muito bom, pois oportunizou ter uma noção dos trabalhos sociais da polícia militar, já que desconhecias os projetos. E, impressionado com a seriedade da proposta, Adonis comprometeu-se a levar este assunto para outras pessoas na sociedade.

"Se todos aplicarmos os princípios básicos de cidadania, com certeza, diminuiremos muito os atos infracionais."

No final, os participantes responderam a um questionário sobre a palestra, além de uma pesquisa de satisfação acerca das diferentes atividades explanadas pelo instrutor.

O 1° Batalhão de Polícia Militar da Capital está situado na Rua 26 de Agosto, nº 613.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS debatem temas sobre sistema penitenciário no II Fonavep
31.08.2018



A execução penal e o sistema penitenciário brasileiro foram os temas em destaque nos debates do II Fórum Nacional de Execução Penal (Fonavep), realizado ontem e hoje (31), em Belém (PA). Os juízes Mário José Esbalqueiro Jr., da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, e Juliano Luiz Pereira, da Vara Criminal de Aquidauana, participaram do evento representando a magistratura de MS.

No total, cerca de 130 magistrados de vários estados do país prestigiaram a cerimônia de abertura do evento, que visa contribuir para o aperfeiçoamento das ações institucionais e permitir o conhecimento sobre a evolução da magistratura brasileira.

Em dois dias de trabalho, os magistrados tiveram a oportunidade de participar de painéis de discussão conduzidos por grandes personalidades do Judiciário. Na tarde desta sexta-feira. O juiz Mário Esbalqueiro foi o coordenador da oficina temática que abordou os Pontos principais da reforma da Lei de Execuções Penais (LEP).

Os debates envolveram os temas Controle Judicial das Informações sobre as pessoas privadas de liberdade; A importância da participação da sociedade na execução penal. A realidade das "Apacs" e a proposta da "Aliança"; Os desafios do sistema prisional brasileiro; Relevância da gestão judiciária na execução penal diante da crise carcerária.

Os participantes também falaram sobre Massacre de Alcaçuz: controle ou vingança?; Falência do sistema de progressão do cumprimento de pena; O desafio da execução penal frente ao crescimento das organizações criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais; e Execução penal: um trem desgovernado em direção ao abismo; além da palestra Boas práticas da magistratura.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz da Capital publica artigo abordando suicídio - 03/09/2018



Está disponível para consulta o artigo "Ritual de Alívio – Suicídio – Como é tratado pelo Poder Judiciário?", do juiz Aluizio Pereira dos Santos, titular da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande. A íntegra pode ser acessada pela página do Tribunal de Justiça pelo link http://www.tjms.jus.br/noticias/artigos.php.

No artigo, o magistrado faz uma reflexão sobre o suicídio, citando casos de grande repercussão na Capital de MS, apontando números da vara que titulariza e destacando os pedidos de socorro não ouvidos, que resultam nessas situações tão dolorosas para a família.

Aluizio Pereira dos Santos é juiz de Direito e titular da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande. É pós-graduado em Processo Civil pela PUC/RJ, mestre em Garantismo Penal, Direitos Fundamentais e Processo Judicial pela Cátedra de Cultura Jurídica de La Universidat Girona (Espanha), tutor da Escola Judicial de MS (Ejud/MS) e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). É ex-defensor público ex-escrivão de polícia (Deops).

Conheça – O portal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul possui uma página dedicada a publicações de artigos e demais estudos jurídicos, produzidos por magistrados, juristas e demais operadores do Direito. Para ter acesso a este rico acervo, basta entrar no menu Agência TJMS e clicar no link Artigos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Aumenta a procura por mediações e conciliações nos Cejuscs de MS
03/09/2018



O Poder Judiciário de MS está observando um aumento na procura espontânea da população por soluções consensuais de seus litígios, por meio de conciliações ou mediações. Com nove Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) funcionando em todo o Estado, a média apurada de novos pedidos de mediações é de 150 por semana na Capital.

No caso das conciliações, cresce o número de mutirões e de participantes que buscam principalmente quitar dívidas com empresas, limpando o nome e voltando a ter crédito na praça.

O serviço é gratuito e promovido pelo Tribunal de Justiça, 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). Todos os resultados dos acordos são homologados por um juiz e tem validade e força jurídica.

Diversos conflitos entre pessoas e também com empresas podem ir para uma conciliação ou mediação. Basta os dois lados estarem dispostos a passar por uma audiência com conciliadores ou mediadores, que são profissionais capacitados pelo Poder Judiciário, de acordo com a Resolução Nº 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Como resultado, as duas partes saem ganhando.

Esse foi o caso de uma aposentada, de 51 anos, que terá o nome preservado, que procurou o serviço do Cejusc em uma das unidades de Campo Grande. Ela estava em busca de uma saída amigável para seu divórcio e, com o trabalho de mediação, realizado no Cejusc, ela se diz muito satisfeita com o resultado, que foi bom para ela e para o ex-marido.

Com uma história de idas e vindas no relacionamento, o casal ficou junto 28 anos, de 1989 a 2018 - tendo ficado separados por um ano em 2007. Da união, nasceram duas filhas, hoje com 23 e 14 anos. Nos 28 anos juntos, montaram um patrimônio entre casa, carros e um terreno que, necessariamente, teve que ser dividido. E foi o método da mediação que trouxe a tranquilidade para o casal.

"Nós já estávamos há sete meses separados e uma pessoa nos orientou a procurar o Tribunal de Justiça. Então, nos propuseram fazer a mediação antes da entrada do processo. Isso foi decisivo para que tudo fosse solucionado sem traumas para todos nós", disse a mulher que elogiou a rapidez do procedimento do Cejusc e, inclusive, recomendou para uma colega usar o serviço.

Os mediadores do Cejusc atuam como facilitadores para que as duas partes encontrem um denominador comum. No caso abordado, ficou definido como seriam a guarda dos filhos, os alimentos e a partilha dos bens. "Acho que se não fosse dessa forma, eu teria dificuldades para definir várias questões, além da demora e muito estresse que ocorre em um processo comum", pontuou a mulher.

Monitoramento - Após um ano de acordo firmado, servidores do Poder Judiciário entram em contato as duas partes para saberem se o que foi proposto continua a ser cumprido.

O número apurado é chamado de "Perenidade dos Acordos" e em Mato Grosso do Sul tem índice de 72% de efetividade. O dado é importante para saber se as iniciativas autocompositivas estão surtindo efeito e se o acordo está sendo cumprido por ambos os lados.

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 os 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.

Locais - Em Campo Grande existem quatro 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, no link http://www.tjms.jus.br/conciliacao/apresentacao.php.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS lançam livro durante Seminário de Ciências Criminais
03/09/2018



Legenda: Marcus Abreu e Kaster Franco com o dono da editora

Durante o 24º Seminário Internacional de Ciências Criminais, realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, de 28 a 31 de agosto de 2018, em São Paulo, juízes de Mato Grosso do Sul foram destaques. O lançamento dos livros foram realizados no último dia de evento.

O juiz Marcus Abreu de Magalhães, da 2ª Vara de Costa Rica, lançou o livro Cyberterrorismo e o juiz José Henrique Kaster Franco, da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Capital, lançou o Manual da Audiência de Custódia - ambos pela editora D'plácido.

Cyberterrorismo é a expressão usada para descrever os ataques terroristas executados pela internet, com o objetivo de causar danos a sistemas ou equipamentos de comunicação e o livro do juiz Marcus Abreu trata justamente sobre essa nova era da criminalidade.

No Manual de Audiência de Custódia: perguntas e respostas, dedicado à memória do Des. Romero Osme Dias Lopes, o juiz José Henrique Kaster Franco ofereceu um manual que conjuga teoria à prática. O autor selecionou perguntas que abarcam quase todos os problemas que podem surgir diante do operador do direito no âmbito das audiências de custódia.

Os desembargadores aposentados de MS Gilberto da Silva Castro e Jorge Eustácio da Silva Frias prestigiaram o lançamento dos livros.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inscrições para o Prêmio de Jornalismo do TJMS seguem até dia 10 04/09/2018



O 1º Prêmio de Jornalismo do Tribunal de Justiça de MS, ComunicAÇÃO pela Igualdade de Gênero receberá inscrições até o dia 10 de setembro. Os inscritos concorrem a R$ 30 mil em prêmios nas categorias Telejornalismo, Jornalismo Impresso, Jornalismo Online, Radiojornalismo, Fotojornalismo e Universitário.

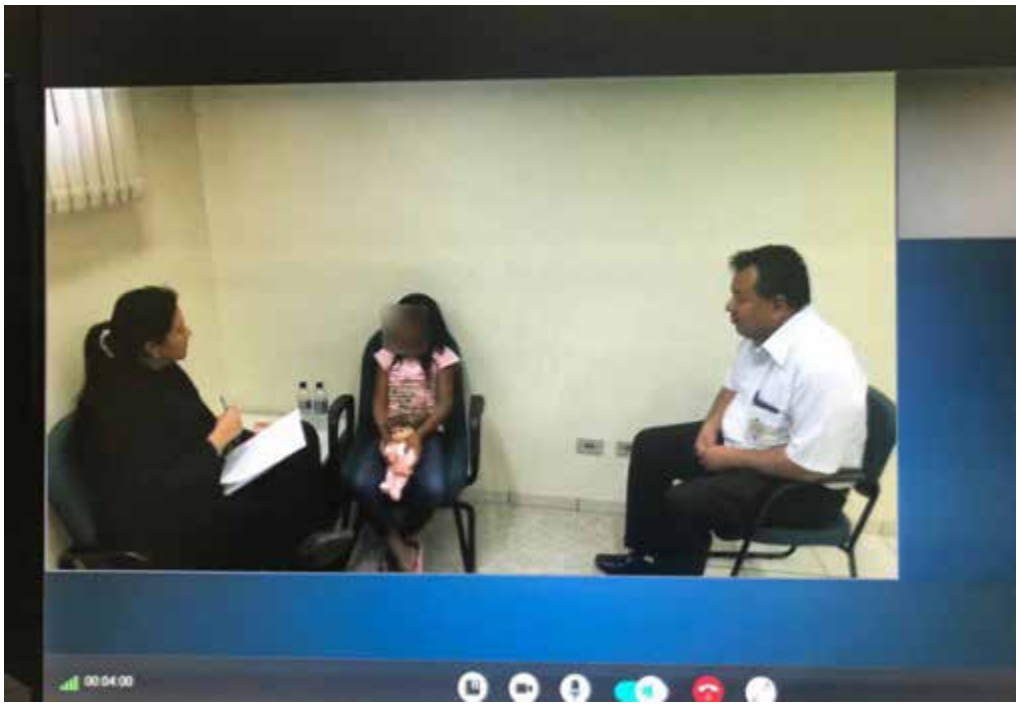
Para participar, o profissional ou acadêmico da área de Comunicação Social deverá inscrever, no site do TJMS, trabalhos inéditos e publicados desde o dia 1º de janeiro de 2018. O edital e o regulamento do concurso, assim como a ficha de inscrição, estão disponíveis no link https://www.tjms.jus.br/premiojornalistico/.

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.

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.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Caarapó realiza primeira audiência de depoimento especial com intérprete 05/09/2018



A primeira audiência com depoimento especial na comarca de Caarapó foi realizado nesta quarta-feira (5) e com um diferencial: foi necessário intérprete porque a menina, de apenas 8 anos, testemunha presencial de um homicídio qualificado e uma tentativa de homicídio qualificado, é indígena e não fala a língua portuguesa.

A juíza Cristiane Aparecida Biberg de Oliveira, da 1ª Vara Cível e Criminal, que presidiu a audiência, explica que foi necessário o auxílio de oficial de justiça Martimiano Duarte como intérprete e que isso não prejudicou o trabalho. Martiniano foi também intérprete das demais testemunhas indígenas do mesmo processo.

Importante lembrar que depoimento especial é o 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, possibilitando a gravação de áudio e vídeo, evitando a revitimização da criança.

Utilizando a técnica pela primeira vez, a juíza lembrou que essa forma de trabalho permite ao entrevistador resgatar a memória da criança de forma mais confortável e intimista, sem com isto revitimizá-la.

"Juiz, promotor e defensor ficam em sala separada, acompanhando o depoimento por vídeo e podendo questionar a vítima, se necessário, por um microfone que fica com o entrevistador, e isso é infinitamente melhor que o sistema tradicional de Justiça, em que as inquirições eram feitas em sala de audiência, na presença de diversas pessoas como o juiz, o promotor, o defensor/advogado, o secretário de audiência e, por vezes, o próprio acusado, intimidando a criança ou adolescente a expressarem os fatos em razão do medo ou vergonha, gerando, por vezes, a não punição do agressor por falta de provas suficientes", disse a juíza.

Entenda - O processo em questão trata de uma denúncia feita pelo Ministério Público porque no dia 18 de julho de 2018, por volta das 23 horas, na Aldeia Indígena Tey Kuê, na zona rural, em Caarapó, E.G. tentou matar a vítima M.B. com golpes de facão e só não conseguiu seu intento porque Genuário Araújo, a outra vítima fatal, interveio em sua defesa, possibilitando sua fuga.

A tentativa de homicídio ocorreu por motivo fútil, porque M.B. é mãe da convivente do acusado, que é menor, e foi conversar com ele para não ingerir bebida alcoólica e não usar droga, pois quando isso ocorria, o denunciado agredia sua filha.

Depois de tentar matar M.B, o réu que está preso, atingiu Genuário com um pedaço de madeira e um facão, causando que resultaram em sua morte. A vítima faleceu no local. O denunciado cometeu o crime também por motivo fútil, uma vez que o delito ocorreu em razão de Genuário e a mãe da menor terem procurado E.G. para conversar sobre o uso de álcool e drogas e a utilização de violência contra a convivente do acusado.

E.G. Foi denunciado como incurso nas penas do art.121, §2º, inciso II (motivo fútil), combinado com art. 14, inciso II, na tentativa de homicídio de M.B. Foi denunciado ainda no art. 121, § 2º (homicídio doloso), inciso II (motivo fútil), quanto à vítima Genuário Araújo.

Homenagem – No dia 5 de setembro comemora-se o Dia do Oficial de Justiça e a juíza Cristiane Biberg garantiu que não poderia haver melhor e justa homenagem que o agradecimento, de público, ao trabalho desses profissionais.

“Dotado de fé pública, o oficial de justiça tem como atribuição principal o cumprimento de mandados de prisão, condução coercitiva, busca e apreensão, medidas protetivas, reintegração de posse e desocupação. É o oficial de justiça que materializa a aplicação da lei ao caso concreto. A esses profissionais, nosso agradecimento pela dedicação e competência. Assim, na pessoa do Martimiano Duarte, cumprimento a todos pelo seu dia”, finalizou a juíza.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

A defesa da mulher pauta três novas resoluções do CNJ - 05/09/2018



Foto: Luiz Silveira/Argência CNJ

A defesa da mulher está no centro das três novas resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovadas por unanimidade pelo Plenário da Casa na sessão desta terça-feira (4/9). A primeira diz respeito ao enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, a segunda incentiva a participação das mulheres nas instituições do Poder Judiciário e a terceira regulamenta procedimentos de atenção às mulheres gestantes e lactantes que se encontram sob custódia do sistema prisional. As resoluções do CNJ são o instrumento pelo qual são estabelecidas as políticas públicas do órgão central do Poder Judiciário, que passam a ser permanentes e obrigatórias, não só para o Conselho, mas para todos os tribunais do País.

"A respeito da resolução das presas grávidas e lactantes, quando assumi esta Presidência, afirmei várias vezes que estávamos no Brasil ainda descumprindo taxativamente a Constituição e, mais do que isso, uma regra que foi superada muito antes da Idade Média: a pena não passará da pessoa do delinquente. Entretanto, os brasileirinhos que nascem e permanecem com as presidiárias estão cumprindo uma pena ao nascer. Hoje, com a participação dos conselheiros, estou dando aplicação à Lei do Ventre Livre porque isso foi no século XIX que se lutou para que aquele que nascesse – naquele tempo – de uma mulher escravizada não continuasse com a mesma limitação da sua mãe", afirmou a ministra, repetindo uma analogia entre a escravidão e o sistema carcerário.

Ao falar da resolução que trata da maior participação das mulheres nos órgãos colegiados das cortes de Justiça, a ministra afirmou: "há tribunais com 57 desembargadores e uma mulher. Falo de cátedra. As mulheres são interrompidas (no plenário dos tribunais) quase 20% mais que os homens, o que é sintomático. Não é algo que ainda podemos desprezar".

"Fico absolutamente impressionada com o volume das resoluções e com o conteúdo emancipatório, transformador e um sinal muito positivo para todo o sistema de Justiça, vindo principalmente de um órgão

como o Conselho Nacional de Justiça", afirmou a representante da Procuradoria-Geral da República, a subprocuradora-geral da República, Deborah Duprat.

Normativos – A resolução que institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário é um desdobramento de duas iniciativas anteriores da presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia. A primeira foi a Portaria CNJ n. 15, editada em março de 2017, que já delineava qual deveria ser a postura do Judiciário em relação à violência praticada contra a mulher no ambiente do lar. A outra medida foi o Programa Justiça pela Paz em Casa, iniciado pela ministra em 2015.

A política formalizada com a resolução aprovada nesta terça (4/9) trata de como os órgãos do Poder Judiciário devem se preparar administrativamente tanto para prevenir quanto para receber e processar episódios de violência contra as mulheres. No âmbito interno, os tribunais devem criar unidades e coordenar os mutirões de julgamento promovidos durante a Semana Justiça pela Paz em Casa três vezes por ano. Desde que o programa foi criado, 11 edições da mobilização nacional resultaram em mais de 130 mil julgamentos de agressões a mulheres.

Para implantar a política aprovada nesta terça (4/9), os tribunais de Justiça devem criar suas Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Por meio delas, deverão buscar parcerias com entidades públicas e organizações não-governamentais e trabalhar para a formação de magistrados que atuarão na área.

Direitos das presas gestantes e lactantes – O Plenário do Conselho também aprovou a resolução que trata do acompanhamento das mães e gestantes presas. As normas se baseiam nas chamadas Regras de Bangkok, conjunto de normas aprovadas em 2010 pela Organização das Nações Unidas (ONU) para atendimento à população carcerária feminina. As diretrizes buscam assegurar o respeito "aos direitos humanos e à justiça social" e a "equidade, em reconhecimento às diferenças e singularidades das mulheres e de seus filhos como sujeitos de direitos".

A norma aborda a entrada da presa no sistema prisional: filhos e responsáveis fora do sistema prisional devem ser identificados imediatamente. O poder público deverá buscar preservar o convívio entre mães e filhos, durante a amamentação ou as visitas, por exemplo. Especificidades do atendimento a mães presas, como a necessidade de espaço próprio para a convivência com os bebês, a proibição de uso de algemas em mulheres prestes a dar à luz (e pós-parto) e o impedimento de castigos disciplinares durante o período da amamentação.

Maior participação de mulheres no Judiciário – A terceira resolução diz respeito à participação de mulheres nos órgãos do Poder Judiciário. No texto da norma aprovada, assegurar a igualdade de gênero deve ser um objetivo a ser perseguido por órgãos da Justiça, com a edição de medidas concretas. Incentivar a presença feminina tanto em bancas examinadoras de concursos públicos como em painéis de seminários, na condição de conferencistas, é uma diretriz a ser adotada pela alta administração dos tribunais.

O CNJ deverá formar grupo de trabalho para elaborar "estudos, análise de cenários, eventos de capacitação" sobre a questão. Indicado pela presidência do Conselho, o grupo será composto por conselheiro e juiz auxiliar da Presidência. Terá como missão manter diálogo com os Tribunais para implantação dos objetivos da resolução, que observa marcos internacionais da área.

Um deles é a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil no Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. A medida do CNJ também se baseia no conjunto de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU – um deles, alcançar a igualdade de gênero.

TJMS assina primeiro acórdão de julgamento virtual em 2º Grau
05/09/2018



Na sessão de julgamento da 2ª Câmara Cível realizada na manhã desta quarta-feira (5), no plenário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, foi assinado o primeiro acórdão de julgamento virtual em 2º Grau. Para registrar o momento histórico para o Poder Judiciário Sul-Mato-Grossense, os desembargadores convidaram o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, para participar do ato. O acórdão foi assinado pelo Des. Alexandre Bastos, relator do feito.

O presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, parabenizou o órgão julgador pelo avanço significativo que este passo representa nos trabalhos prestados. "Nós estamos fazendo jus a nossa função na justiça, fazendo uso do julgamento virtual, que é uma forma de trazer mais dinâmica, eficiência e celeridade ao trabalho dos desembargadores do TJMS na prestação do serviço jurisdicional", enfatizou o magistrado, parabenizando os envolvidos.

Além do presidente do TJMS e do relator do processo, estiveram presentes no ato da assinatura do acórdão o presidente da 2ª Câmara Cível, Des. Paulo Alberto de Oliveira, os demais desembargadores que compõem o órgão julgador, Des. Vilson Bertelli e Des. Marcos José de Brito Rodrigues, e o procurador de justiça Sérgio Luiz Morelli.

Este é o primeiro resultado do projeto-piloto, implantando em maio de 2018, na 2ª Câmara Cível. O julgamento virtual consiste na facilidade dos magistrados em exporem seus votos em tempo e lugares distintos das sessões de julgamento presenciais. A apresentação dos votos ocorre 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.

Coube ao Des. Alexandre Bastos a incumbência, designado pelo presidente do TJ, para trazer o julgamento virtual ao Judiciário de MS. No mês de maio, uma equipe técnica coordenada pelo desembargador esteve em São Paulo para conhecer o julgamento virtual, onde recebeu total apoio do Des. Walter Rocha Barone, do TJSP. Da visita, começou a se concretizar a implementação do procedimento.

Desde então, as ações distribuídas para a Câmara vão para o julgamento virtual. Os recursos sem sustentação oral e que estiverem maduros para julgamento, podem ser concluídos 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, vão para plenário.

Todos os desembargadores presentes festejaram o avanço e o procurador de justiça Sérgio Luiz Morelli acrescentou que este ato representa a importância e a preocupação que o TJMS tem em relação aos seus processos, buscando sempre facilitar e potencializar os trabalhos jurisdicionais prestados pelo órgão.

Caso histórico – O primeiro processo julgado em julgamento virtual é uma Apelação Cível interposta por uma universidade em face da sentença que a condenou ao pagamento de R$ 7 mil de indenização por danos morais a uma estudante, em razão de cobrança indevida que resultou na inscrição da requerida no cadastro de inadimplentes.

A instituição de ensino pleiteou pelo afastamento da indenização, tendo em vista a inexistência de ato ilícito praticado pela recorrente, tal como pelo fato da parte autora não ter comprovado qualquer prejuízo e, em caso de manutenção da condenação por danos morais, pugnou pela minoração do valor, por defender que o estabelecido extrapola os limites da razoabilidade.

O relator votou pelo improvimento do recurso interposto pela instituição e, por unanimidade, foi improvido o recurso.

Projeto-piloto – O Provimento nº 411, que normatiza a sessão de julgamento virtual no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, foi 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 no ato da assinatura, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. A normativa foi aprovada há cerca de três meses pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado no Diário da Justiça nº 4046, de 14 de junho de 2018.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedor do TJMS inicia agenda com todos os magistrados do Estado
06/09/2018



Desde o dia 4 de setembro, o Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Des. Carlos Eduardo Contar, reúne-se individualmente com os juízes para um momento de interação. Denominada "Conversa com a Magistratura", a proposta é conhecer a realidade dos juízes, integrar, aproximar e saber deles o que pode ser melhorado.

Ao longo do mês de setembro, o Corregedor pretende ouvir todos os juízes da Capital e depois, até o final do ano, os juízes do interior, que virão em agendas que coincidam com eventos nos quais eles participem em Campo Grande.

A ação visa uma melhor comunicação entre as partes e fazer uma troca de conhecimentos. "Na verdade é um convite, não é um ato correcional, é um momento de interação, no qual é possível ouvir as necessidades, as críticas, as sugestões, ideias para as serventias e para o Poder Judiciário como um todo. É importante saber da conjuntura, da vara onde eles atuam, como está o serviço, o que eles gostariam e quais as necessidades mais imediatas", explica o Desembargador.

O Corregedor entende que, além de proporcionar a oportunidade de saber das expectativas e da visão do magistrado sobre o Judiciário, pelo diálogo é possível um intercâmbio de conhecimento entre as Instâncias. "O encontro é ato simples, despretensioso e pouco habitual, porém de forte simbolismo na busca da unidade da magistratura, considerando a aproximação de seus integrantes, que têm em comum o dever de uma prestação jurisdicional efetiva", afirmou Des. Contar.

Além disso, a busca pela eficiência operacional do Poder Judiciário depende do aumento da celeridade nos trâmites judiciais, da eficiência das rotinas de trabalho, do contínuo aprimoramento da gestão, e tudo isso passa pelo capital humano de instituição. "Entendo que é no executor e nesse intercâmbio entre as instâncias que podemos melhorar a qualidade do que fazemos, principalmente no que cabe à Corregedoria-Geral de Justiça", explicou.

Os primeiros participantes aprovaram a proposta. O primeiro dia da Conversa com a Magistratura foi com os juízes Thiago Nagasawa Tanaka, Juliano Rodrigues Valentim e Vânia de Paula Arantes. Na quarta-feira (5), os juízes Wilson Leite Correa, Ricardo Cesar Carvalheiro Galbiati, Ariovaldo Nantes Corrêa e Maurício Petrauski estiveram com o Corregedor-Geral de Justiça. O Des. Carlos Eduardo Contar receberá mais juízes nas próximas terças e quartas-feiras, pela manhã.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Aplicativo doa R$ 10 mil e torna-se padrinho financeiro de crianças acolhidas
06/09/2018



Crianças e adolescentes que estão em instituições de acolhimento de Campo Grande passam a contar com um padrinho muito especial. Na tarde desta quarta-feira (5) foi formalizada a adesão do aplicativo de mobilidade Urban como parceiro financeiro do Projeto Padrinho. As entidades receberam das mãos do proprietário da empresa, André Luiz Loreto Vivas, a primeira doação no valor de R$ 10 mil.

O compromisso firmado pelo aplicativo foi reverter mensalmente a quantia de 5 centavos arrecadada de cada corrida realizada ao longo do mês. Segundo André Vivas, hoje o aplicativo é o segundo mais utilizado na Capital e realiza em média 7 mil corridas por dia.

O acordo de cooperação técnica visa a expansão da destinação dos recursos para demais cidades onde o aplicativo venha a ser implantado, sendo que, num primeiro momento, chegará a Dourados e Corumbá.

A juíza da infância e adolescência de Campo Grande e também coordenadora da Infância e Juventude do TJMS, Katy Braun do Prado, celebrou a formalização da parceria que, segundo ela, será um grande auxílio no atendimento destas crianças e adolescentes institucionalizados.

A magistrada ressaltou a importância do engajamento social dos envolvidos no projeto, como também do cidadão ao optar por utilizar o aplicativo como meio de transporte e assim beneficiar cada vez mais o público das entidades de acolhimento, lembrando que algumas, inclusive, tiveram que fechar suas portas por falta de recursos. “Eu já mudei meu aplicativo no celular e espero que esta parceria só cresça e dure por muitos anos”, celebra a juíza.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS firma convênio inédito e de cunho internacional com a UFMS
12/09/2018



Na manhã desta quarta-feira (12), o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, por intermédio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), assinou Acordo de Cooperação de Pesquisa com a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). O convênio é inédito no Brasil e envolve inclusive universidades internacionais, visando o desenvolvimento do Projeto de Pesquisa, Ensino ou Extensão, intitulado "Mecanismos Alternativos e Sustentáveis de Solução de Conflitos".

As tratativas para conquista do convênio se deram pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence, coordenador da Mediação do Nupemec, e o acordo tem por objetivo analisar os meios alternativos, interdisciplinares e sustentáveis de solução de conflitos, auxiliando na orientação das pessoas envolvidas, de suas entidades representativas, do Estado brasileiro e outros modelos de democracia, a fim de que estes avancem no processo e aprimoramento na solução de conflitos para a sociedade interna e internacional.

O acordo foi assinado pelo reitor da UFMS, Marcelo Augusto Santos Turine, o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, o coordenador da Mediação do Nupemec, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, e o coordenador da Conciliação do Nupemec, Des. Vladimir Abreu da Silva, na presença do Defensor Público-Geral do Estado de MS, Luciano Montalli, o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Fábio Salamene, a coordenadora da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, juíza Jacqueline Machado, a defensora Camila Maués dos Santos Flausino, representando a defensora Edmeiry Silara Broch Festi, coordenadora do Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (Nudem), o diretor da UFMS, Prof. José Francisco Viana, e o diretor-geral do TJMS, Marcelo Vendas Righetti.

O reitor da UFMS lembrou da importância da ciência estar à disposição dos serviços públicos. "A pesquisa mostra os caminhos certos para encontrarmos as soluções para os problemas", destacou o Marcelo

Turine. A pesquisadora, professora de Direito da UFMS, Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, acrescentou que a parceria é uma troca de experiências, que permite não apenas estudar melhor o assunto, mas também fortalece o vínculo com o TJMS, qualifica a UFMS no segmento, além de difundir e defender políticas públicas nos ambientes acadêmicos das universidades.

O Des. Ruy Celso falou que neste convênio o Judiciário recebe mais do que doa. "Temos aqui a oportunidade de transformar pesquisa em teoria e retornar para o Judiciário colocar o conhecimento em prática. Teremos uma expansão enorme", afirmou, acrescentando que, com certeza, esse é o primeiro Nupemec do Brasil a ter essa expansão internacional. "A mediação ainda é uma novidade para o país e há uma resistência, o que é natural, considerando que as pessoas costumam resistir naquilo que elas não conhecem", completou.

O presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, agradeceu a todos os envolvidos e enalteceu os avanços alcançados pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, investindo em desenvolvimento e aprimoramento na forma de trabalho. Conforme a minuta do acordo, o convênio não implica em repasse de recursos financeiros entre os partícipes. A UFMS oferece a infraestrutura e apoio para organização de eventos científicos, com produção de materiais pedagógicos, entre outros, e o Poder Judiciário o levantamento de livros, materiais científicos e documentais, a fim de aprofundar o estudo da mediação, conciliação e outros mecanismos alternativos de solução de conflitos.

São parceiros executores do Acordo: a Faculdade de Direito da Fundação Universidade (FADIR), o Tribunal de Contas de MS, a Associação Educacional João Paulo II, a Secretaria de Fazenda de MS, a Universidade Federal do Maranhão, a Universidade Agostinho Neto, Instituto de Direito e Cidade São Tomé e Príncipe (Internacional), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Município de Campo Grande, a Universidade Nova de Lisboa (Internacional), o Instituto Superior de Contabilidade e a Administração de Lisboa (Internacional), o Centro de Arbitragem Administrativa de Lisboa (Internacional), o Ministério Público de Portugal, a Universidad Carlos III de Madrid (Internacional), a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Mato Grosso do Sul e a Universidade de Macau da China (Internacional).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ e Defensoria Pública firmam convênio voltado à proteção da mulher
12/09/2018



Na manhã desta quarta-feira (12), na sala de reuniões da Presidência do TJMS, foi assinado um convênio entre o Tribunal de Justiça de MS e a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, que prevê a instauração de uma Câmara Especial de Conciliação e Mediação de Conflitos para as Mulheres em Situação de Violência de Gênero.

O acordo visa criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos nas dependências da Defensoria Pública, que vão englobar os setores pré-processuais, processuais e questões de cidadania. A Câmara será instalada a partir de Portaria do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais e Solução de Conflitos e Cidadania (Nupemec), que vai regulamentar o funcionamento do órgão, em acordo com o Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (Nudem).

Participaram do ato de assinatura do contrato o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran, a juíza Jacqueline Machado, coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar e titular da Vara de Medidas Protetivas, o defensor público-geral do Estado, Luciano Montalli, e os coordenadores de Mediação e Conciliação do Nupemec, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Vladimir Abreu da Silva, respectivamente.

Durante a reunião, Luciano Montalli afirmou que é uma honra para a Defensoria participar deste acordo, tendo em vista que uma das principais funções da justiça é a pacificação social. “Esse recurso é primordial para que possamos seguir nesse caminho e a Defensoria se sente muito alegre por estar sendo efetiva neste processo em relação aos direitos da mulher”.

O defensor público-geral acrescentou ainda que, apesar de a violência de gênero não definir etnia nem classe social, muitas vezes ela atinge pessoas de classe social mais baixa, que em primeiro lugar procuram a Defensoria Pública. “Por esse motivo que a assinatura desse convênio é um grande passo para que essas mulheres se sintam acolhidas, protegidas e empoderadas”, declarou Montalli.

A juíza Jacqueline Machado, titular da Vara de Medidas Protetivas na Casa da Mulher Brasileira, afirmou que, apenas no primeiro semestre deste ano, cerca de 8 mil mulheres em situação de violência foram atendidas pela Casa da Mulher Brasileira, representando mais de mil mulheres por mês. De acordo com a magistrada, o convênio será de grande valia para um trabalho mais ágil e de qualidade prestado pelo Poder Judiciário à mulher brasileira.

Em seu discurso, o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, ressaltou que são alarmantes os dados dos diversos tipos de violência contra a mulher e, até então, havia apenas a Casa da Mulher Brasileira para acolher esse tipo de caso. "Com a parceria e a criação do Núcleo, as mulheres terão mais uma maneira de segurança. É um grande privilégio para nós do Poder Judiciário sermos os criadores desta ação", finalizou.

Do evento participaram também o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, Fábio Salamene, o reitor da UFMS, Marcelo Turine, a defensora Camila Maués dos Santos Flausino, representando a coordenadora do Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (Nudem), defensora Edmeiry Silara Broch Festi, o diretor-geral do TJMS, Marcelo Vendas Righetti, e a assessora técnica do Nupemec, Andréia de Lima Duca Bobadilha.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS lança campanha “Super Dana” sobre doação de medula óssea - 13/09/2018



Na tarde desta quinta-feira (13), foi lançada no Tribunal de Justiça, no Fórum de Campo Grande e no Centro Integrado de Justiça (Cijus) a campanha “Super Dana”, que visa conscientizar sobre a importância da doação de medula óssea, desmistificando o procedimento que salva vidas. Para dar efetividade à campanha, uma unidade do Hemosul estará no TJMS no dia 25, no Fórum no dia 26 e no Cijus no dia 27, a partir das 13 horas, para fazer o cadastramento e colher material genético, além fazer a atualização cadastral.

Na primeira reunião, que aconteceu no salão Pantanal do TJ, foram convidados todos os Diretores de Secretaria do TJMS para conhecerem a campanha e com isto replicarem nas áreas. O diretor-geral da Secretaria do TJMS, Marcelo Vendas Righetti, lembrou que a comarca de Campo Grande tem cerca de 3 mil servidores, um público potencial grande para participar da campanha.

A campanha é realizada pela Secretaria de Gestão de Pessoal (SGP) e pela Secretaria de Comunicação, que realizam ações publicitárias e jornalísticas colocando o tema em pauta, debatendo com servidores, magistrados e a sociedade a importância de se cadastrarem, de manterem as informações atualizadas e estarem preparados para o possível momento em que serão chamados para ser o “herói” de outra pessoa.

Segundo o diretor da SGP, Raphael Vicente Bilinski, o Poder Judiciário de MS está se posicionando de forma ativa para contribuir com problemas comuns a todas as famílias. “Nós precisamos desmistificar a doação de medula óssea e dar uma contribuição social. Isto é bom para a imagem do Judiciário, que é sensível a toda causa que melhore a vida das pessoas”, disse o diretor.

O diretor da Secretaria de Comunicação, Carlos Kuntzel, foi o responsável por criar a campanha publicitária e jornalística usando a história de vida da menina Dana, que teve leucemia e hoje está curada. Com isto foi criada a personagem Super Dana, uma supermenina que explica às pessoas o porquê todos (que tiverem interesse) devem se cadastrar no Registro Nacional de Doadores Voluntários de Medula Óssea (Redome).

Os chefes de cartórios e diretores do Fórum da Capital e do Cijus, onde funcionam as Varas dos Juizados Especiais, também participaram da palestra de lançamento da campanha e replicarão as informações entre os servidores.

Informações – Você sabia que para ser doador da medula óssea e ajudar a salvar alguém é bem simples? Basta ter entre 18 e 55 anos de idade, estar em boa saúde, não ter doença infecciosa ou incapacitante, nem neoplásica (câncer), hematológica (do sangue) ou do sistema imunológico.

A doação pode tratar de até 80 doenças conhecidas, sendo que a mais conhecida é a Leucemia.

O procedimento de doação também é simples e totalmente gratuito para o doador, inclusive com viagens e hospedagem em outras cidades. Caso você seja compatível com alguém, em um hospital especializado, será retirada uma quantidade de líquido do osso da sua bacia ou por meio de uma filtragem do sangue. Você pode voltar para casa até no mesmo dia e não existem sequelas.

Uma das coisas mais importantes é que você deve manter o cadastro atualizado também. Caso alguém seja compatível, você será facilmente encontrado.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS prestigia posse de Dias Toffoli no STF - 13/09/2018



O Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do Tribunal de Justiça de MS, e o juiz Fernando Chemin Cury, presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), estiverem em Brasília nesta quinta-feira (13), para prestigiar a solenidade de posse dos ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, na Presidência e Vice-Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Entoado por crianças de 5 a 14 anos, da Escola de Educação Infantil e do Centro Comunitário de Assistência Social da Legião da Boa Vontade (LBV) do Distrito Federal, o Hino Nacional Brasileiro abriu a cerimônia.

José Antonio Dias Toffoli dedicou parte de seu pronunciamento para falar sobre atribuições e programas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do qual assumiu também a presidência, e afirmou que a Constituição Federal continuará sendo seu guia. O ministro ressaltou: "Não há democracia plena sem uma magistratura independente e valorizada".

O ministro Luís Roberto Barroso também discursou e salientou a necessidade de inovação. "Precisamos pensar grande e ousar para além do convencional. Ministro Dias Toffoli: são muitos os desafios pela frente. Governança do Supremo, aprimoramento do CNJ, melhoria do Judiciário em geral, combate à corrupção, preservação da harmonia entre os Poderes. A bandeira da Justiça está em suas mãos. A vida preparou-o para este momento. A História o espera. Estamos todos do seu lado. Seja abençoado".

A procuradora-geral da República, Raquel Dodge, e o presidente do Conselho Federal da OAB, Claúdio Lamachia, também fizeram uso da palavra e apontaram os desafios dos novos dirigentes da mais alta Corte de Justiça, lembrando de questões que no dia a dia devem ser enfrentadas, como a proteção de minorias, do meio ambiente e do patrimônio público.

A cerimônia de posse foi prestigiada por inúmeras autoridades como o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), juiz Jayme Martins de Oliveira Neto; os presidentes da República, Michel

Temer, da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, e do Senado Federal, Eunício de Oliveira, bem como representantes do Executivo e do Legislativo.



Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

São Gabriel do Oeste sedia o I Encontro Mulheres em Foco - 17/09/2018



Nos dias 13 e 14 de setembro, a comarca de São Gabriel do Oeste sediou o I Encontro "Mulheres em Foco", evento foi idealizado pela juíza Samantha Ferreira Barione, da 1ª Vara Cível e Criminal, que notou índices elevados de crimes praticados contra as mulheres.

Samantha notou também a existência de diversas ações sobre o tema em trâmite, assim, de acordo com a juíza, o evento foi uma forma de reunir os serviços e trabalhar de maneira conjunta.

Ela garante que nem sempre o problema se resolve com a concessão das medidas de proteção. Na maioria dos casos existe o descumprimento das medidas e, além disso, alguns casos são mais complexos e extrapolam a seara criminal, tendo assim problemas de ordem econômica e de ordem social.

"Reuni-me com equipe da prefeitura para conversar sobre esse aprimoramento, relacionando as ideias de todos os agentes que compõem a rede de proteção à mulher. A ideia é estar presente nas escolas, conversar com alunos, pais, professores, agentes comunitários, forças de segurança, promovendo um trabalho integrado" explicou.

Programação - No dia 13, primeiro dia de evento, houve capacitação intermediada pela Coordenadoria Estadual da Mulher, no auditório da prefeitura municipal, com presença de membros da OAB/MS, do Ministério Público Estadual, Forças de Segurança, além de toda equipe de assistentes sociais e profissionais da Educação.

Na sexta-feira (14), no auditório do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) houve apresentação teatral e uma rodada de conversas divididas em dois módulos: o primeiro com o tema Compreendendo as situações de violência no âmbito doméstico e os mecanismos de proteção com a Lei Maria da Penha e o segundo, Serviços da rede de atendimento: como identificá-los?

Mulheres que passaram pelo sistema público da rede do período de 1º de janeiro a 31 de agosto desse ano foram convidadas e participaram debatendo a temática da violência contra a mulher. E para encerrar o evento, as convidadas foram contempladas com serviços de beleza.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz utiliza aplicativo de celular para cumprir carta precatória - 17/09/2018



Para cumprir uma carta precatória da Ação Penal nº 000669705.2015.8.12.0001, da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, o juiz Carlos Alberto Garcete de Almeida realizou audiência por meio de um aplicativo de mensagem para celular, o WhatsApp, com a comarca de Rio Verde de MT.

A medida foi necessária em razão da indisponibilidade temporária do Sistema SAJ e do sistema de videoconferência, muito utilizado nesse tipo de procedimento. A carta precatória foi expedida para a comarca de Rio Verde de MT a fim de que fossem ouvidas duas testemunhas e, para não ser necessário designar nova data, a chamada de vídeo foi utilizada.

Saiba mais – Consta dos autos que no dia 3 de janeiro de 2015, por volta das 15 horas, em um lava-jato, na esquina das ruas Araçá e Serra das Divisões, no bairro Coronel Antonino, em Campo Grande, os denunciados J.S.V. e J.R.D. mataram a vítima Clécio de Souza.

Segundo o processo, no dia do crime a vítima foi até o lava-jato para lavar seu veículo e aguardou a realização da limpeza no local. Os dois acusados chegaram ao estabelecimento conduzindo uma motocicleta, sendo J.R.D. o condutor, com J.S.V. na garupa, e perguntaram a um funcionário do estabelecimento o valor da lavagem da motocicleta.

Ato contínuo, os denunciados retiraram seus capacetes e dirigiram-se ao local onde a vítima aguardava a limpeza de seu automóvel. Nesse momento, J.S.V. sacou uma arma e desferiu vários disparos contra a vítima, que caiu ao solo. Sucessivamente, J.R.D. puxou uma segunda arma da cintura e disparou diversas vezes na vítima.

Após a prática do crime, os dois acusados fugiram na motocicleta levando com eles as armas utilizadas. Clécio morreu no local, atingido por nove disparos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Leilões limpam pátios de delegacias e arrecadam R$ 7 milhões em 2018
18/09/2018



Cerca de mil veículos apreendidos em ações penais da Justiça Comum deixaram os pátios de delegacias em todo o Estado apenas neste ano. Os bens, entre sucatas e veículos com possibilidade de transitar, são alienados por meio de leilões, que já arrecadaram, em 2018, R$ 7 milhões, em 30 eventos. Em todo ano passado, foram arrecadados R$ 7.321.490,00, em 17 leilões, o que significa que a prática ganhou consistência e deve solucionar o problema dos pátios abarrotados de veículos.

Os leilões são realizados por empresas privadas, especialistas nesta área, e coordenada pela Comissão de Alienação de Bens Apreendidos em Ações Penais da Justiça Estadual, vinculada à Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, cujo Corregedor-Geral é o Des. Carlos Eduardo Contar.

Criada em 2013, com fundamento nos artigos 120, §5º, 123 e 144-A, do Código de Processo Penal, art. 64 da Lei Federal nº 11.343/2006 e Recomendação nº 30 do CNJ, a Comissão possui atuação em todas as comarcas do Estado. Atualmente é presidida pelo juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Fernando Paes de Campos.

O magistrado explica que são alienados bens que foram apreendidos em processos criminais, principalmente carros, motocicletas e caminhões que estavam depositados em pátios da Polícia Civil e do Poder Judiciário. Além disso, foram vendidos joias e combustível diesel e todos os valores são depositados em conta judicial, relacionada ao processo em que o bem foi apreendido.

Com isto, ganha-se o benefício de limpar os pátios de delegacias e do Poder Judiciário, evitando a deterioração deste patrimônio e, inclusive, combatendo doenças, já que os bens tornavam-se criadouro de mosquito da dengue.

“A lotação dos pátios já foi um problema muito grande, mas hoje esse problema diminuiu consideravelmente. Os leiloeiros credenciados na Corregedoria-Geral de Justiça, na medida em que as

demandas chegam pelos juízes ou pelos delegados e isto tem sido feito e com muita intensidade", disse Paes de Campos.

No dia 12 deste mês, a Comissão de Alienação reuniu-se, mais uma vez, no Tribunal de Justiça. Na ocasião ficou claro que a solução encontrada, em âmbito da justiça estadual, está sendo tratada da forma correta. Delegacias da fronteira com o Paraguai e a Defurv, em Campo Grande, já tiveram os estoques zerados com o encaminhamento para os leiloeiros.

"Ainda que não tenha ocorrido o leilão, esses carros, motos e caminhões foram tirados dos pátios das delegacias e das ruas. Agora estão nas leiloeiras, que são locais murados, tem cerca elétrica e monitoramento 24 horas", disse o magistrado, que explica que a mudança de local garante que alguém se responsabilize por estes veículos até a destinação correta.

Leilões – A Comissão de Alienação de Bens Apreendidos em Ações Penais da Justiça Estadual realiza, periodicamente, os leilões. Atualmente quatro certames estão abertos. Para ter acesso a todas as informações e conhecer os lotes basta acessar os sites das leiloeiras:

https://www.vialeiloes.com.br/

www.casadeleiloes.net.br

www.leiloesonlinems.com.br

www.canaldeleiloes.com

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Aprovados enunciados da Comissão Mista OAB-MS/TJMS na II Jornada de Direito Processual Civil - 18/09/2018



O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) realizou nos dias 13 e 14 de setembro de 2018, no auditório do CJF, em Brasília, a II Jornada de Direito Processual Civil.

A Jornada objetiva padronizar posições interpretativas sobre o Código de Processo Civil vigente, adequando-as às inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, a partir do debate entre profissionais do direito e especialistas em direito processual.

Os membros da Comissão Mista OAB-MS/TJMS de Estudos do CPC enviaram enunciados redigidos e aprovados pela comissão. Dos enunciados propostos pela Comissão Mista, três foram aprovados na jornada.

Conheça os enunciados da Comissão Mista OAB-MS/TJMS de Estudos do CPC aprovados na II Jornada de Direito Processual Civil

- Enunciado sobre leilão eletrônico, encaminhado pelo juiz Alexandre Correa Leite, titular da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande: "No caso de leilão eletrônico, a proposta de pagamento parcelado (art. 895 do CPC), observado o valor mínimo fixado pelo juiz, deverá ser apresentada até o início do leilão único, por meio de ferramenta adequada no site da leiloeira, aludido no art. 886, IV, do CPC."

Mencionado enunciado foi apreciado, em um primeiro momento, pela Comissão de Execução e Cumprimento de Sentença, composta pelo Ministro Ribeiro Dantas, do STJ, presidente, pela desembargadora federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Mônica Nobre, relatora, e pelos doutrinadores Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e Antonio do Passo Cabral, coordenadores científicos.

- Enunciado sobre desconsideração da personalidade jurídica, inscrito pelo advogado Mozart Andrade Junior, integrante da OAB/MS: "O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao processo falimentar".

O segundo enunciado proposto sobre desconsideração da personalidade jurídica foi aglutinado ao enunciado de outro participante da jornada sobre o mesmo tema e aprovado com a seguinte redação: "A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não suspenderá a tramitação do processo de execução e do cumprimento de sentença em face dos executados originários".

Referidos enunciados foram analisados, em primeira oportunidade, pela comissão da Parte Geral, presidida pela Ministra do STJ, Nancy Andrighi, composta ainda pelo desembargador federal Ney Bello, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Federal, relator, e pelos coordenadores científicos Nelson Nery Junior, José Miguel Garcia Medina e Daniel Mitidiero.

No dia 14 de setembro de 2018, os três enunciados anteriormente reproduzidos foram aprovados na sessão plenária da II Jornada de Direito Processual Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF).

Saiba mais – A Comissão Mista OAB-MS/TJMS de Estudos do Novo CPC foi criada em agosto de 2016, após Termo de Cooperação Técnica firmado pelo então presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, e pelo presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, com interveniência da Escola Judicial (Ejud-MS). Aludido Termo de Cooperação Técnica foi prorrogado em 2018 pelo atual presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran.

É formada por magistrados e advogados, e tem como finalidade estudar e debater questões relativas à aplicação da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, e produzir enunciados com o objetivo de orientar os operadores do direito do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Comissão Mista é coordenada pelo diretor-geral da Ejud-MS, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Integram a comissão os desembargadores Marcelo Câmara Rasslan e Vilson Bertelli, os juízes Alexandre Correa Leite, Juliano Rodrigues Valentim e Alessandro Carlo Meliso Rodrigues, que é também diretor-geral da Escola Superior da Magistratura (Esmagis) e os advogados Alexandre Ávalo Santana, Guilherme Ferreira de Brito, Heitor Miranda Guimarães, Mozart Vilela Andrade Jr. e Ana Paula Tavares Simões. Já compuseram a referida comissão mista os juízes José de Andrade Neto e Mário José Esbalqueiro Jr. e o então advogado Cassiano Garcia Rodrigues.

Mulheres Inspiradoras: Judiciário entrega 2,8 mil livros a escolas da Capital
19/09/2018



Em ato realizado na manhã desta quarta-feira (19), na Secretaria Municipal de Educação (SEMED), a juíza Jacqueline Machado, coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, entregou 2.865 livros arrecadados pelo projeto "Mulheres Inspiradoras" e que foram distribuídos a 35 escolas municipais da Capital, além do Instituto Luther King. As obras foram arrecadadas em campanha realizada pelo Pacijus, programa da Coordenadoria de Integração Social, da Secretaria de Comunicação do TJMS.

De acordo com a coordenadora da Mulher, agora realmente o projeto começará a ser colocado em prática nas escolas, pois os professores, já capacitados, vão aproveitar os livros que estão recebendo para fazer o trabalho efetivo com os alunos na questão de igualdade de gênero, raça e etnia para que se consiga fazer a diferença por meio da educação. "Quando você trabalha com a criança e com o adolescente, o público torna-se muito amplo porque eles levam o que aprendem para dentro de casa, então esse trabalho acaba influenciando na família. O projeto Mulheres Inspiradoras faz com que elas tenham que contar histórias de mulheres que inspiram dentro da sua família, dentro da sua comunidade e isso faz as pessoas terem um outro olhar para as mulheres, não aquele olhar de objetificação, de subordinação, então é um horizonte que se abre a partir desse projeto", destacou a juíza Jacqueline Machado.

Ao receber os livros, a secretária municipal de Educação, Elza Fernandes Ortelhado, destacou o projeto desenvolvido pelo Poder Judiciário para que este conteúdo seja levado para dentro das escolas. "Este é um tema muito discutido e nós precisamos estar atentos e dar todo o suporte dentro das unidades de ensino para que haja uma prevenção. Houve uma capacitação dos professores em relação a isso e eu acredito que dessa forma vamos atingir não só os alunos com essa formação, mas também os familiares, porque eles levarão tudo o que aprenderem para os tios, pais e avós".

Os 386 kits são compostos pelas seguintes obras: Eu sou Malala; Não vou mais lavar pratos; Ponciá Vicencio; O Diário de Anne Frank; Metade cara, metade máscara; Espelhos, Miradouros, Dialéticas da

Percepção; Quarto de Despejo - Diário de uma favelada; Só por hoje vou deixar o meu cabelo em paz; e o Tapete Voador.

Foram parceiros da campanha de doação de livros o Tribunal de Contas (TCE/MS), o Fiems/Sesi, a Associação Campo-grandense de Professores (ACP), o Hospital El Kadri, a Cassems, o Sistema OCB/MS, a Unimed, o Instituto Luther King, a advogada Fernanda Alves e o juiz César de Souza Lima, da 3ª Vara Criminal de Dourados, que destinou recursos da execução penal para a aquisição dos livros.

Capacitação –Aliar leitura de livros sobre mulheres (e escrito por elas) com a construção de uma identidade de gênero, onde o feminino tem relevância social, é a proposta do Projeto "Mulheres Inspiradoras", apresentado a professores da Rede Municipal de Ensino da Capital, pelo Poder Judiciário de MS, em curso realizado nos dias 5 e 6 de junho de 2018.

A capacitação contou com uma palestra ministrada pela professora Gina Vieira Ponte, idealizadora do projeto, que ressaltou que este vai além da prática de ensino em escolas, pois trata-se de uma mudança de cultura e combate ao machismo, sendo a escola um espaço igualitário onde é possível se discutir o que é ser homem e o que é ser mulher.

O curso de capacitação EmPENHAdas pela Educação, que une o Mulheres Inspiradoras com o Programa Maria Faz a Diferença na Escola, foi realizado pelo Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

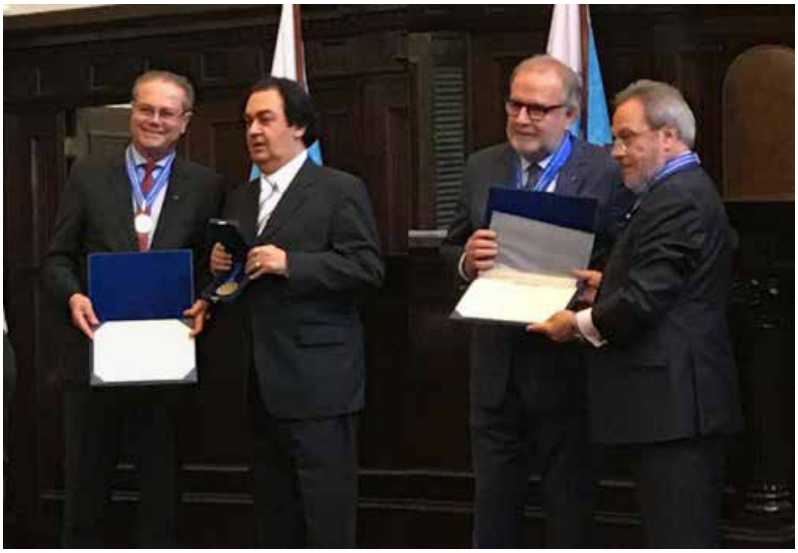
Saiba mais – O Projeto Mulheres Inspiradoras foi criado em 2014, no Distrito Federal, para estimular a leitura e escrita autoral, além do fortalecimento da interpretação de textos entre estudantes dos últimos anos da educação básica.

A proposta consiste em trabalhar com os alunos obras escritas por mulheres e que abordam temas como violência, racismo, empoderamento, diversidade, igualdade de gênero e representação feminina. Após a leitura das obras literárias, os alunos decidem quem é a mulher inspiradora de sua vida. Pode ser a mãe, uma avó ou outra pessoa que os inspirem. A partir de entrevistas feitas com essa mulher, os alunos construirão textos e discutirão a importância do feminino em história.

O Projeto Mulheres Inspiradoras não é apenas de um programa inovador, premiado nacional e internacionalmente: é a primeira proposta aplicada em sala de aula e, posteriormente, incorporada pela Educação do Distrito Federal. A ideia tornou-se política pública em abril desse ano. A meta é permitir que, com o tempo, o trabalho alcance um número cada vez maior de instituições de ensino públicas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargadores do TJ são empossados em Academia Internacional e recebem homenagem - 20/09/2018



Nesta quinta-feira (20) os desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence e Odemilson Roberto Castro Fassa tomaram posse como membros efetivos da Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado – AIJDC, com sede na cidade do Rio de Janeiro.

Na mesma ocasião, os desembargadores foram condecorados com a Medalha "Antônio Rulli Junior", comemorativa dos 15 anos da Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Os magistrados foram homenageados pela contribuição para a construção do conhecimento e dedicação acadêmica voltada à pesquisa científica e ao aprimoramento da prestação jurisdicional do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e do Brasil.

Saiba mais – A AIJDC foi criada no ano de 1983, com a finalidade de estudar e debater o direito comparado e a jurisprudência internacional.

Com ampla sede própria no Rio de Janeiro, à Rua do Acre n. 55, 6º andar, com auditório, biblioteca e sala de reuniões, tem entre seus membros notáveis juristas do país e do exterior. Custódio de Azevedo Bouças, Afonso Arinos de Melo Franco e Haroldo Valladão foram os primeiros presidentes honorários da Academia.

A Jurisprudência internacional e o Direito Comparado são utilizados pelos acadêmicos como técnica de estudo do Direito em geral. Esse método consiste em colocar os sistemas jurídicos em face uns dos outros, para verificar as semelhanças e dessemelhanças porventura existentes entre eles, numa busca de aprimoramento e uniformização, utopia que mergulha as raízes no "diritto universale" de Vico.

A AIJDC mantém convênios e contatos com outras academias de âmbito internacional existentes em vários países.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados participam de seminário sobre transparência da informação
20/09/2018



Um evento para se discutir conteúdos falsos, eleições e transparência na gestão pública. Assim foi o Seminário Transparência da Informação, realizado na noite desta quinta-feira (20), no auditório do Bloco A da UCDB, com a presença de acadêmicos e de autoridades no tema.

Os convidados foram recepcionados pelo diretor executivo da TV Morena, Nicomedes Silva Filho, que relatou o objetivo do seminário: contribuir com a informação correta, garantindo que a emissora tem o firme propósito de disseminar a verdade. A seguir, foram apresentados os cinco vídeos vencedores do prêmio Morena de Propaganda, em que o tema foi fake news.

No formato talk show, foram entrevistados os magistrados Elizabete Anache e José de Andrade Neto, além do conselheiro do TCE/MS Ronald Chadid. Os três ressaltaram a importância da transparência da informação e explicaram formas de evitar a difusão de conteúdos falsos.

Primeira a falar, Elizabete Anache deixou bem claro que a disseminação de notícias falsas, seja por formadores de opinião, meios de comunicação ou pela sociedade, é um desserviço. Para ela, toda conduta tem que ser cautelosa e a maior defesa vem da população, que rejeita a informação falsa.

“Sim, existe pesquisa eleitoral fraudulenta e a multa por se divulgar esse tipo de pesquisa é de 50 a 100 mil UFIRS. Às vezes se compartilha, por exemplo, esses resultados no facebook e o candidato que se sentir prejudicado pode representar na justiça eleitoral, podendo o autor do compartilhamento também ser condenado a pagar uma multa nesse valor”, esclareceu.

Citando como exemplo a eleição dos EUA e outras afetadas pela divulgação de notícias falsas, a juíza explanou ainda sobre as consequências de se espalhar os chamados fake news.

"Pode haver um pedido de cassação, se esse candidato for eleito; por haver representação por abuso de poder econômico, de poder dos meios de comunicação, enfim, tudo verificado no curso do processo eleitoral ou mesmo depois da eleição. Como o TRE atua na observação desse tipo de conteúdo em período eleitoral? Analisando as representações oferecidas pelos candidatos, pelos partidos, pelas coligações e pelo Ministério Público Eleitoral".

O juiz José de Andrade, próximo a ser entrevistado, explicou que todos são livres para ser quem quiser, contudo, as pessoas devem responder pelas consequências de suas escolhas. No entender do magistrado, quando se faz uma postagem nas redes sociais, o autor assume publicamente que a informação postada é verdadeira.

"As pessoas pensam que estão protegidas, quando usam perfis falsos, e aí está o grande engano: tudo na internet é rastreável. Ao se passar por outra pessoa, o autor comete crime de falsidade ideológica. Quando se replica uma notícia, ainda que criada por outros, a responsabilização existe seja na área cível, criminal ou eleitoral – depende do mal que causar", disse.

Andrade apontou a diferença entre notícia falsa e criminosa. "Nem toda notícia falsa é criminosa. Um exemplo de notícia falsa recente aconteceu ao final da greve dos caminhoneiros. Uma semana após o fim da paralisação, viralizou a notícia de que esta voltaria. Como consequência, em cidades pequenas, muitas pessoas começaram a estocar comida, resultando em desabastecimento geral nas cidades. Uma notícia falsa trouxe grande prejuízo econômico, mas qual o crime em se dizer que os caminhoneiros fariam nova greve? É necessário ter em mente as repercussões diversas que causam a disseminação de uma notícia falsa".

Ao encerrar, ele discorreu sobre como as pessoas devem se comportar para evitar espalhar fakes news. "Acho que deveriam ter mais amor. Ao fim e ao cabo de tudo, o amor deve mover nossa conduta. Se você deseja um país melhor, se exige das autoridades que sejam mais eficientes e mais zelosas, precisa ter essa postura como cidadão. Quando for divulgar uma notícia, coloque-se no lugar do outro, da vítima. Penso que com cuidado, amor e zelo, faremos nossa parte para transformar o país – o que é desejo de todo mundo".

O conselheiro vice-presidente do TCE, Ronaldo Chadid, destacou quais ferramentas o cidadão pode utilizar para verificar as contas públicas, lembrou da Lei da Transparência e citou a falta de interesse da sociedade na fiscalização das contas públicas.

"Pela Lei da Transparência, as informações devem ser disponibilizadas praticamente em tempo real ou no espaço de 24 horas. De 2006 até os dias atuais, constatamos apenas 32 mil acessos ao portal da transparência e 1.009 solicitações de informações. Esses números são praticamente insignificantes na busca da transparência, se considerado que temos em MS 79 municípios", apontou.

Há seis anos no TCE/MS, Chadid afirmou que infelizmente os gestores não fazem planejamento. "O gestor não planeja e a administração é feita de improviso. Planejamento é peça de ficção, tornando difícil uma administração eficiente. É preciso controle em todas as vertentes, com o trabalho dos órgãos de controle e a fiscalização da sociedade".

O seminário Transparência da Informação foi uma parceria da TV Morena com o Tribunal de Justiça de MS (TJMS), o Tribunal Regional Eleitoral de MS (TRE-MS), Tribunal de Contas do Estado (TCE) e a Universidade Católica Dom Bosco (UCDB).



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Servidores do TJMS conquistam licença maternidade em caso de adoção ou guarda - 21/09/2018



Em solenidade realizada na Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, nesta quinta-feira (20), foi promulgada alteração na Lei nº 3687, parágrafo 5º, art 127, que concede o direito de licença maternidade à servidora do Tribunal de Justiça de MS que adotar ou obtiver guarda de criança para fins de adoção.

No ato, o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, foi representado pelo Des. Sideni Soncini Pimentel, que destacou que, com mais esta iniciativa da administração do Tribunal de Justiça, a prática da adoção ganha novo incentivo e o reconhecimento legal igualitário.

O presidente da AL, deputado estadual Junior Mochi, afirmou que esse é um avanço significativo para o Poder Judiciário. “Entendo que esse é um passo de suma importância. Então, além de promulgar a lei, quero fazer esse elogio ao Tribunal de Justiça, que nos procurou para propor essa lei. Deixo registrado o meu reconhecimento”, finalizou o deputado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de MS ministra capacitação para servidores do TJCE - 21/09/2018

A juíza Katy Braun do Prado, que responde pela Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS (CIJ), acompanhada das técnicas Doêmia Ceni e Rosa Pires, está em Fortaleza, na Escola Superior da Magistratura do CE (ESMEC), para ministrar uma capacitação em depoimento especial.

Katy, que é titular da Vara da Infância, da Adolescência e do Idodo de Campo Grande, aceitou convite do Des. Francisco Gladyson Pontes, presidente do Tribunal de Justiça do Ceará, para dividir seu conhecimento e experiência para 100 inscritos entre integrantes do Poder Judiciário, membros do Ministério Público, Defensoria, profissionais da Psicologia, assistentes sociais, além de delegados e escrivães da Polícia Civil.

Ressalte-se que a capacitação tem por objetivo atender a Recomendação nº 33/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e o que dispõe a Lei Federal nº 13.431/2017, que normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, e cria mecanismos para prevenir e coibir a violência.

Além disso, o art. 5º, inciso XI, preconiza que é direito da criança e do adolescente ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta e depoimento especializado.

Importante lembrar que Mato Grosso do Sul é referência em depoimento especial, com profissionais capacitados para ouvir o depoimento de crianças e adolescentes testemunhas ou vítimas de crimes. As formadoras de MS debateram no Ceará vários temas, entre eles as consequências da violência sexual, sinais e sintomas apresentados pelos menores em situação de violência sexual, características do agressor e técnicas de entrevista investigativa.

Para a juíza Katy Braun, a experiência de capacitar profissionais no Ceará foi muito boa porque percebeu-se o comprometimento dos vários órgãos do sistema de garantia de direitos com a proteção integral das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência.

"Os juízes do Ceará estão articulados com o Ministério Público, a Defensoria Pública e delegados de Polícia e esses com a rede de proteção, para juntos garantirem a aplicação da Lei nº 13.431/17", garantiu a coordenadora da CIJ de MS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz Emerson Cafure é promovido ao cargo de desembargador do TJ
26/09/2018



Os desembargadores do Tribunal Pleno votaram, na sessão desta quarta-feira (26), concurso de promoção para o cargo de desembargador e o juiz Emerson Cafure, da 11ª Vara do Juizado Especial de Campo Grande, foi eleito para o cargo. Ele assume a vaga deixada pela aposentadoria da Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, em agosto.

Na promoção do magistrado, também compuseram a lista tríplice a juíza Elizabete Anache e o juiz Luiz Antonio Cavassa de Almeida.

Emocionado e ainda recebendo os cumprimentos, Cafure agradeceu os votos recebidos e garantiu que desempenhará suas tarefas com muita responsabilidade, à altura da dignidade do cargo.

"Foi um concurso muito disputado, com excelentes juízes concorrendo, e o resultado surpreende qualquer um. Se esperava? Sempre se espera, pois confio em Deus, Senhor de todas as coisas, além do trabalho desenvolvido todo esse tempo. Agradeço aos que votaram em mim e prometo merecer toda a confiança depositada", disse.

Nascido em Porto Murtinho, ele ingressou na magistratura em dezembro de 1988, na 5ª circunscrição. Em maio de 1989, foi promovido para a comarca de Bonito e, em fevereiro de 1992, uma nova promoção o levou para Corumbá, comarca de segunda entrância.

Foi diretor de Foro, integrou Turma Recursal e, em março de 2001, foi promovido a juiz de entrância especial, assumindo a 4ª Vara Criminal de Campo Grande. Na Capital, judicou também na 8ª Vara Cível e, em 2005, por remoção, titularizou a 11ª Vara do Juizado Especial. Foi membro da Turma Recursal e diretor do Foro dos Juizados Especiais.

Em maio de 2018 foi designado para atuar como juiz convocado no Tribunal de Justiça. A solenidade de posse do magistrado no Tribunal de Justiça de MS será no dia 3 de outubro, às 14 horas, no plenário do Tribunal Pleno.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de Dourados será a quinta mulher no cargo de desembargadora do TJMS
26/09/2018



Os desembargadores do Tribunal Pleno votaram, na sessão desta quarta-feira (26), concurso de promoção para o cargo de desembargador e, por unanimidade, a juíza Dileta Terezinha Souza Thomaz foi eleita para o cargo. Ela será a quinta mulher a ocupar o cargo desde a criação do Estado de Mato Grosso do Sul.

Dileta atuava na 7ª Vara Cível de Dourados e assume a vaga destinada à magistratura, em consequência da aposentadoria do Des. Francisco Gerardo de Sousa, em agosto. Gaúcha de Catuípe, ela ingressou na magistratura sul-mato-grossense em junho de 1989, após aprovação no XI concurso de provas e títulos. Iniciou judicando na comarca de Anaurilândia.

Em 1991, por remoção, passou a judicar em Deodápolis. Em outubro de 1994, foi promovida para Ponta Porã, comarca de segunda entrância. Uma nova promoção em junho de 2000 levou-a para a 6ª Vara Cível de Dourados. Por remoção, no ano seguinte, assumiu a 1ª Vara Criminal. Em agosto de 2011, por remoção, passou a judicar na 7ª Vara Cível de Dourados. Foi diretora do Foro e integrante de Turma Recursal.

Questionada sobre os novos desafios que enfrentará, ela confessou estar muito feliz por alcançar o coroamento da carreira na magistratura e lembrou que atuou na área criminal por mais de 20 anos, não sendo exatamente questão de preocupação o fato de julgar nas Câmaras Criminais do TJMS. “Vou apenas me atualizar e retornar para a área”.

O que se pode esperar da Desa. Dileta? De forma simples e rápida, ela respondeu: “O cumprimento absoluto do dever de magistrada, da mesma forma que o fiz ao longo desses 30 anos. Pretendo continuar sendo proativa, atuante, responsável e íntegra”.

A posse da juíza na mais alta Corte de Justiça de MS será no dia 3 de outubro, às 14 horas, no plenário do Tribunal Pleno.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz faz palestras no Paraguai e em outros Estados sobre adoção - 27/09/2018



Legenda: Evento na Assembleia Legislativa de São Paulo

O juiz da 2ª Vara da comarca de Sidrolândia, Fernando Moreira Freitas da Silva, dedicou o mês de setembro para levar seus conhecimentos sobre a adoção para outros locais. Nesta quinta-feira (27), o magistrado está em Balneário Camboriú-SC para palestrar na XI Conferência Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (Proteção Integral, diversidade e enfrentamento das violências).

No começo do mês (05/09), Fernando Moreira foi convidado para falar em Assunção, no Paraguai, no VIII Seminário de Adolescência (Codajic), evento vinculado ao XVIII Congresso latino-americano de Pediatria do Paraguai. Moreira abordou sobre as formas de violência contra os adolescentes.

Segundo o magistrado, na América Latina os problemas na área da adoção se repetem, por isso o objetivo é discutir e construir medidas conjuntas. “Temos uma dívida imensa com a infância na América Latina. No Paraguai, o evento foi multidisciplinar, com juristas, médicos, psicólogos, assistentes sociais e professores”, disse o juiz de Sidrolândia, que adiantou que 10 juízes paraguaios vão ao Enapa, que ocorrerá em Bonito no mês de novembro.

Depois de ir ao país vizinho, o magistrado palestrou em Londrina, no III Encontro Paranaense de Apoio à Adoção, no dia 7. Durante o evento, Fernando recebeu uma lembrança de um menino que hoje vive com uma família adotiva, graças a sua atuação no processo de adoção. A criança foi adotada ainda bebê e hoje mora na cidade paranaense.

Na sequência, o juiz foi para São Paulo, no dia 21, onde falou na Assembleia Legislativa sobre “As novidades em matéria de adoção de crianças e adolescentes”, durante o Seminário Direito da Infância no Século XXI.

Crise Humanitária – Em abril deste ano, o juiz Fernando Moreira foi até Roraima participar do Simpósio Jurídico do IBDFam-RR e pôde acompanhar a situação dos refugiados venezuelanos, principalmente as condições das crianças e adolescentes que entram no Brasil. Para o magistrado, o processo de interiorização dos venezuelanos deve ser realizado com urgência, visto que o local onde estão não dá condições de sobrevivência e os conflitos com os brasileiros é constante.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ institui teletrabalho para assessores e assistentes de gabinete de magistrados 28/09/2018



Está publicado no Diário da Justiça desta sexta-feira (28) o Provimento nº 421, do Conselho Superior da Magistratura, que institui, no âmbito do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, o Regime de Teletrabalho para assessores e assistentes de gabinete de magistrados.

A norma foi publicada de acordo com a regulamentação do Teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por meio da Resolução nº 227, e é possível pela utilização do processo eletrônico, no âmbito do Judiciário sul-mato-grossense, cujo sistema permite o trabalho remoto ou à distância.

Preocupado com a qualidade de vida dos servidores, principalmente no que concerne à mobilidade deles nos grandes centros urbanos e os consequentes reflexos na produtividade, o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, considera que a melhoria da gestão de pessoas é um dos macros desafios do Poder Judiciário, a teor da Resolução nº 198, do Conselho Nacional de Justiça, o que compreende a necessidade de motivar e comprometer as pessoas, bem como buscar o aperfeiçoamento do clima organizacional e da qualidade de vida dos servidores.

De acordo com o Provimento, poderá trabalhar sob o regime de teletrabalho o servidor nomeado para o cargo em comissão de assessor de juiz ou desembargador, além do servidor designado para atividade de assistência de gabinete do magistrado.

A atuação do assessor ou assistente de gabinete em regime de teletrabalho deverá ser requerida pelo magistrado ao Presidente do Tribunal, com a anuência do servidor, valendo-se do Termo de Declaração de Teletrabalho.

Para o deferimento do pedido de teletrabalho, o magistrado deverá estabelecer metas (diária, semanal e/ou mensal) a serem atingidas pelo gabinete como um todo. É atribuição do magistrado monitorar

o cumprimento das metas estabelecidas e a efetiva participação no seu atingimento dos assessores ou assistentes em regime de teletrabalho, bem como avaliar a qualidade do trabalho desenvolvido por eles. Os magistrados encaminharão à Comissão de Gestão do Teletrabalho, semestralmente, relatório sobre o cumprimento das metas e sobre o desempenho de cada servidor em regime de teletrabalho.

Apenas 30% dos servidores de cada gabinete poderão atuar em teletrabalho, admitida excepcionalmente a majoração para 50%, a critério da Presidência do Tribunal, e o estabelecimento deste regime não poderá comprometer o atendimento ao público.

Comissão - O Provimento nº 421 criou ainda a Comissão de Gestão de Teletrabalho, que será composta por um Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal, designado pelo Presidente do Tribunal; um servidor da Coordenadoria de Saúde e um servidor da Secretaria de Gestão de Pessoal, a serem nomeados pelo Presidente do Tribunal.

São atribuições da Comissão, além das previstas no art. 17 da Resolução nº 227/2016 – CNJ: realizar encaminhamentos para a capacitação e acompanhar magistrados e servidores envolvidos com o regime de teletrabalho, sempre que se mostrar necessário; expedir orientações aos servidores em teletrabalho; e elaborar e encaminhar ao Conselho Nacional de Justiça o relatório de que trata o art. 21 da Resolução nº 227/2016 – CNJ.

No Poder Judiciário de MS, o teletrabalho já é utilizado por servidores lotados na Secretaria Judiciária de Primeiro Grau (CPE).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Des. Alexandre Bastos

Apelação nº 0836137-13.2015.8.12.0001 009
Apelação nº 0804346-05.2015.8.12.0008 012
Agravo de Instrumento nº 1413747-32.2017.8.12.0000 024

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0003865-63.2010.8.12.0004 029
Apelação nº 0010801-87.2009.8.12.0021 034
Apelação nº 0801771-67.2014.8.12.0005 053

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Agravo de Instrumento nº 1401006-23.2018.8.12.0000 059
Ação Rescisória nº 1408468-65.2017.8.12.0000 065
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000756-72.2017.8.12.0000 078

Des. Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0826985-72.2014.8.12.0001 095
Agravo de Instrumento nº 1407157-05.2018.8.12.0000 108
Apelação nº 0801610-89.2016.8.12.0004 116

Des. Eduardo Machado Rocha

Mandado de Segurança nº 1403614-91.2018.8.12.0000 124
Apelação nº 0800190-98.2011.8.12.0012 132
Apelação nº 0800337-31.2015.8.12.0030 141

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0066771-35.2009.8.12.0001 146
Apelação nº 0804010-51.2017.8.12.0001 157
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1411914-13.2016.8.12.0000/50001 164

Des. João Maria Lós

Apelação nº 0003866-03.2010.8.12.0019 188
Apelação nº 0800010-75.2013.8.12.0024 194
Apelação nº 0810050-49.2017.8.12.0001 202

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0803674-60.2016.8.12.0008 207
Apelação nº 0800875-56.2016.8.12.0004 213
Apelação nº 0801672-74.2014.8.12.0045 218

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravo de Instrumento nº 1404270-48.2018.8.12.0000 222
Apelação nº 0023131-45.2010.8.12.0001 229
Apelação nº 0820859-06.2014.8.12.0001 235

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0827613-61.2014.8.12.0001 242
Apelação nº 0815351-45.2015.8.12.0001 249
Ação Rescisória nº 0016492-43.2012.8.12.0000 263

Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0801195-93.2014.8.12.0031 274
Apelação nº 0823077-07.2014.8.12.0001 281
Apelação nº 0800106-19.2015.8.12.0025 287

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo de Instrumento nº 1412443-95.2017.8.12.0000 300
Agravo de Instrumento nº 1405938-54.2018.8.12.0000 327
Agravo de Instrumento nº 1406508-40.2018.8.12.0000 333

Des. Nélio Stábile

Agravo de Instrumento nº 1405565-23.2018.8.12.0000 340
Apelação nº 0829416-45.2015.8.12.0001 344
Apelação nº 0805097-50.2015.8.12.0021 348

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Agravo Interno nº 0801717-82.2016.8.12.0021/50000 353
Apelação nº 0824136-64.2013.8.12.0001 365
Apelação nº 0001256-54.2008.8.12.0012 378

Des. Paschoal Carmello Leandro

Direta de Inconstitucionalidade nº 1412686-39.2017.8.12.0000 394

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Apelação nº 0801688-46.2013.8.12.0018 399
Apelação nº 0812061-90.2013.8.12.0001 409
Agravo de Instrumento nº 1408942-36.2017.8.12.0000 422

Des. Sérgio Fernandes Martins

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0801672-74.2014.8.12.0045/50000..... 431
Agravo de Instrumento nº 1403256-29.2018.8.12.0000 441
Apelação nº 0801976-94.2017.8.12.0004 449

Des. Sideni Soncini Pimentel

Agravo de Instrumento nº 1401917-35.2018.8.12.0000 455
Apelação nº 0800651-15.2016.8.12.0006 463
Apelação nº 0040562-97.2007.8.12.0001 474

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0000445-68.2012.8.12.0040 484
Apelação nº 0809127-57.2016.8.12.0001 492
Apelação nº 0001484-58.2010.8.12.0012 497

Des. Vilson Bertelli

Apelação nº 0801675-06.2012.8.12.0043 505
Apelação nº 0802604-66.2016.8.12.0021 512
Apelação nº 0056308-34.2009.8.12.0001 527

Des. Vladimir Abreu da Silva

Ação Rescisória nº 1410735-10.2017.8.12.0000 543
Apelação nº 0001423-71.2008.8.12.0012 552
Mandado de Segurança nº 0819274-74.2018.8.12.0001..... 557

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Des. Carlos Eduardo Contar

Agravo Interno nº 1404609-07.2018.8.12.0000/50000 563
Apelação nº 0009190-23.2013.8.12.0001 566
Apelação nº 0000067-05.2017.8.12.0019 573

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Apelação nº 0003960-95.2017.8.12.0021 588
Apelação nº 0011133-36.2017.8.12.0001 596
Representação Criminal/Notícia de Crime nº 1412653-54.2014.8.12.0000 601

Des. Jairo Roberto de Quadros

Agravo de Execução Penal nº 0005942-70.2018.8.12.0002 616
Agravo de Execução Penal nº 0007774-41.2018.8.12.0002 622
Agravo de Execução Penal nº 0027256-75.2018.8.12.0001 630

Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0002127-88.2007.8.12.0022 634
Apelação nº 0055825-33.2011.8.12.0001 651
Apelação nº 0036510-19.2011.8.12.0001 660

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0004390-59.2017.8.12.0017 667
Apelação nº 0007245-77.2009.8.12.0021 674
Apelação nº 0002603-83.2017.8.12.0020 692

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0002061-22.2017.8.12.0002 699
Agravo de Execução Penal nº 0007252-14.2018.8.12.0002 704
Recurso em Sentido Estrito nº 0000481-62.2001.8.12.0019 708

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002894-46.2013.8.12.0013/50000 717
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0005959-44.2016.8.12.0110/50000 736
Apelação nº 0002861-24.2015.8.12.0001 746

Des. Paschoal Carmello Leandro

Revisão Criminal nº 1413686-11.2016.8.12.0000 757
Agravo de Execução Penal nº 0004541-39.2018.8.12.0001 762

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0001577-58.2014.8.12.0019 766
Apelação nº 0100489-83.2012.8.12.0044 770
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000191-96.2015.8.12.0038/50000 778

Juiz Emerson Cafure

Apelação nº 0077158-12.2009.8.12.0001 782
Apelação nº 0000833-43.2017.8.12.0800 791
Apelação nº 0033976-68.2012.8.12.0001 803

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação nº 0000131-11.2015.8.12.0043 809
Conflito de Jurisdição nº 0002740-86.2017.8.12.0110 817
Apelação nº 0202665-93.2009.8.12.0029 821

Juiz Waldir Marques

Apelação nº 0001632-69.2016.8.12.0041 829
Revisão Criminal nº 1411675-72.2017.8.12.0000 836
Apelação nº 0006535-70.2016.8.12.0002 848

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação Anulatória

Aquisição de imóvel em nome dos filhos. Genitora Compra e venda que dissimula doação. Desigualdade na legitima Prevalência do ato dissimulado. Nulidade. (0800651-15.2016.8.12.0006) Des. Sideni Soncini Pimentel 463

Ação Civil Pública

Associação. Ilegitimidade ativa. Substituição processual. Pertinência temática. Direito alheio. Representatividade. Polo ativo. Impossibilidade. Artigo 5º, § 3º da Lei 7.347/85. (0815351-45.2015.8.12.0001) Des. Marcelo Câmara Rasslan 249

Caixa do município. Disponibilidade. Instituições financeiras não oficiais. Impossibilidade. Afronta ao artigo 164, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Exceção. Edição de Lei Federal. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. (0801672-74.2014.8.12.0045) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.....218

Código florestal. Meio ambiente. Aplicação imediata do novo Código. Constitucionalidade. Prazos e condições mais favoráveis. Cadastro ambiental rural. Inscrição regularizada. (0800190-98.2011.8.12.0012) Des. Eduardo Machado Rocha.....132

Combustível adulterado. Produto impróprio para consumo. Danos morais coletivos in re ipsa. Publicação da sentença. Caráter informativo aos consumidores. (0056308-34.2009.8.12.0001) Des. Vilson Bertelli ...527

Execução da Fazenda Pública Municipal. Acordo. Pagamento de débito. Prazo superior a quinhentos anos. Dolo genérico. Ato atentatório aos princípios da Administração Pública. Multa civil. Sanção de suspensão dos direitos políticos. (0802604-66.2016.8.12.0021) Des. Vilson Bertelli.....512

Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Dano moral coletivo Multa civil. Ressarcimento do dano causado ao erário. Vedado sobre bens absolutamente impenhoráveis. Artigo 833, do Código de Processo Civil. (1412443-95.2017.8.12.0000) Des. Marcos José de Brito Rodrigues.....300

Inversão do ônus da prova. Preclusão. Recomposição da área. Imóvel rural sem curso d' água. Inferior a quatro módulos fiscais. Código florestal. Constitucionalidade reconhecida (0001256-54.2008.8.12.0012) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.....378

Obrigação de fazer. Inversão do ônus da prova. Matéria ambiental. Princípios da precaução e do in dubio pro natura. Regra de instrução. Constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/2012. (0001423-71.2008.8.12.0012) Des. Vladimir Abreu da Silva.....552

Ação de Arbitramento de Honorários

Nulidade da sentença. Vício de adstrição. Prestação de serviço advocatício. Valor arbitrado. Razoabilidade. Indenização pelos atos ilícitos. Retenção indevida do processo. Reconvenção. Valor justo e adequado. (0812061-90.2013.8.12.0001) Des. Paulo Alberto de Oliveira 409

Ação de Cobrança

Plano de saúde. Internação de paciente segurado. Hospital não credenciado. Ausência de vaga na rede credenciada. Estado emergencial. Falecimento. Provas dos valores gastos. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça. (0003866-03.2010.8.12.0019) Des. João Maria Lós.....188

Indenização securitária. Prescrição anual. Pagamento administrativo. Ciência inequívoca da invalidez. Alta médica definitiva. Súmulas 278 e 229 do Superior Tribunal de Justiça. (1405565-23.2018.8.12.0000) Des. Nélio Stábile.....340

Ação de Exibição de Documentos

Medida cautelar satisfativa. Ausência de exercício regular de direito. Dever de informação ao consumidor. Exibição de contrato. (0829416-45.2015.8.12.0001) Des. Nélio Stábile 344

Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais

Acidente de consumo. Queimadura. Defeito do produto. Dano moral configurado. Restituição do valor do produto. Relação de consumo. Responsabilidade civil objetiva. (0824136-64.2013.8.12.0001) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.....365

Ato ilícito. Policial militar. Folga do serviço. Condição pessoal de agente público. Pensão por morte. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano material comprovado. (0001484-58.2010.8.12.0012) Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.....497

Criação de perfil falso. Rede social. Facebook. Divulgação de fotos e vídeos. Contexto sexual. Denúncia ao provedor da internet para remoção. Inércia. Responsabilidade civil objetiva. (0000445-68.2012.8.12.0040) Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges 484

Falha na prestação de serviço médico. Manobra de kristeller mal executada. Óbito do neonato. Responsabilidade civil dos médicos e do hospital. Súmula 313 do Superior Tribunal de Justiça. (0040562-97.2007.8.12.0001) Des. Sideni Soncini Pimentel 474

Energia elétrica. Interrupção. Falha do gerador. Granja. Morte de aves. Responsabilidade civil objetiva. Empresa concessionária de serviço público. Excludente de ilicitude. Ausência de prova. (0800010-75.2013.8.12.0024) Des. João Maria Lós 194

Incêndio em veículo. Vítima fatal. Ônus da prova. Defeito de fabricação. Teoria do risco. Responsabilidade objetiva. Dano moral configurado. Artigo 12, § 3º do Código de Defesa do Consumidor. (0010801-87.2009.8.12.0021) Des. Amaury da Silva Kuklinski 034

Vereador. Imunidade material. Inviolabilidade no exercício do mandato. Artigo 29, VIII, Constituição Federal. Sessão da câmara municipal. Dano moral. Improcedente. (0827613-61.2014.8.12.0001) Des. Marcelo Câmara Rasslan 242

Ação de Reintegração

Posse de bem público. Ocupação irregular. Posse ilícita e clandestina. Imóvel público. Mera detenção. Não convalidação. (0805097-50.2015.8.12.0021) Des. Nélio Stábile 348

Ação de Tutela Cautelar Antecedente

Proteção aos direitos: urbanísticos, ambientais e consumeristas. Indisponibilidade de bens. Reparação de bens. Aposentadoria. Natureza alimentícia. (.1406508-40.2018.8.12.0000) Des. Marcos José de Brito Rodrigues 333

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Município de Dourados. UBER Proibição. Inconstitucionalidade formal reconhecida. Inconstitucionalidade material. Lei Municipal nº 4.084/2017. Violação ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. (2000756-72.2017.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte 078

Servidora pública municipal. Prorrogação da licença maternidade. Direito fundamental à maternidade e a infância. Alegação de inconstitucionalidade formal. Direito constitucional. Independe de lei específica. Auto aplicabilidade da norma Constitucional Estadual. (1412686-39.2017.8.12.0000) Des. Paschoal Carmello Leandro 394

Ação Monitória

Petição inicial. Indeferimento. Credor da parte autora. Ausência de comprovação. Empresas com nomes diversos. Portam o mesmo CNPJ. Continuidade da relação processual. Carta de belerofonte Artigos 338 e 339 do Código de processo civil. (0836137-13.2015.8.12.0001) Des. Alexandre Bastos.....009

Reforma do julgamento. Julgamento do processo sem resolução de mérito. Convenção de arbitragem. Cláusula de arbitragem. Renúncia tácita. Afronta ao princípio da correspondência ou da correção (0804346-05.2015.8.12.0008) Des. Alexandre Bastos 012

Ação Regressiva

Irregularidade na citação. Inocorrência. Certidão emitida por Oficial de Justiça. Fé pública. Presunção iuris tantum. Ausência de intimação pessoal. Produção de provas. Evicção sobre bem arrematado em hasta pública. Ressarcimento devido. Responsabilidade do exequente. (0800106-19.2015.8.12.0025) Des. Marco André Nogueira Hanson 287

Ação Reivindicatória

Admissibilidade. Requisitos. Prova da titularidade. Domínio pelo autor. Individualização da coisa e a posse injusta do réu. Posse de boa-fé. Colisão de direitos. Possuidor de boa-fé. (1407157-05.2018.8.12.0000) Des. Dorival Renato Pavan 108

Ação Rescisória

Coisa julgada. Violação literal. Decisão fundada em prova falsa. Documento novo. Erro de fato. Interpretação controvertida. Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal. (0016492-43.2012.8.12.0000) Des. Marcelo Câmara Rasslan.....263

Competência da Justiça Federal. Violação à súmula 150 do Supremo Tribunal Federal. Defesa de direitos individuais homogêneos. Fornecimento de energia elétrica. Suspensão. Débito. Defeito do medidor. Violação às Leis 8.987/96 e 9.427/96. (1410735-10.2017.8.12.0000) Des. Vladimir Abreu da Silva.....543

Erro de fato Violação da norma jurídica. Execução de título extrajudicial. Declaração de prescrição intercorrente. Inércia do credor. Incidente de uniformização de jurisprudência. Incidente de assunção de competência. Ofensa ao art. 485, V, Código de Processo Civil de 1973 (art. 966, V, CPC/2015) (1408468-65.2017.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.....065

Agravo de Instrumento

Imissão na posse. Reintegração. Companheiro com a guarda dos filhos. Melhor interesse das crianças e adolescentes. Competência territorial. (1413747-32.2017.8.12.0000) Des. Alexandre Bastos.....024

Inventário. Isenção de ITCD. Requisitos. Imóvel urbano. Padrão popular. Habitação como residência. Não ocorrência. Artigo 126 da Lei 1.810/97. (1405938-54.2018.8.12.0000) Des. Marcos José de Brito Rodrigues ... 327

Nepotismo. Secretário municipal. Vínculo conjugal com o prefeito. Cargo político. Verificar inaptidão técnica e violação aos princípios da Administração pública. Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal. (1408942-36.2017.8.12.0000) Des. Paulo Alberto de Oliveira 422

Agravo Interno

Ação de adjudicação compulsória. Honorários advocatícios. Defensoria pública. Mesmo ente público. Autonomia funcional. Possibilidade. (0801717-82.2016.8.12.0021/50000) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.....353

Apelação Cível

Anulatória. Subsídio dos vereadores. Inobservância do artigo 29, VI da Constituição Federal. Dever de restituição. Vedação ao Enriquecimento ilícito. (0801675-06.2012.8.12.0043) Des. Vilson Bertelli 505

Compensação. Danos morais in re ipsa. Cadastro indevido. Ficha criminal Crimes praticados por terceira pessoa. Responsabilidade objetiva do Estado. Recursos com repercussão geral. Tema 810 do Supremo Tribunal Federal. (0801771-67.2014.8.12.0005) Des. Amaury da Silva Kuklinski 053

Exoneração arbitrária. Servidor público estadual. Devido processo legal. Esquizofrenia paranoide. Ato revisor. Abalo moral. Ausência de prova. (0023131-45.2010.8.12.0001) Des. Luiz Tadeu Barbosa 229

Pensão por morte. Servidor público estadual. União estável desfeita. Restabelecimento. Affectio maritalis. Não comprovado. (0820859-06.2014.8.12.0001) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva 235

Responsabilidade civil objetiva. Administração pública. Teoria do risco administrativo. Assédio Moral. Artigo 37, § 6° da Constituição Federal. (0800337-31.2015.8.12.0030) Des. Eduardo Machado Rocha 141

Arrolamento Sumário

Formal de partilha. Expedição. Recolhimento de tributo. Independe de quitação. Trânsito em julgado. Lançamento administrativo. Intimação da Fazenda pública. Cobrança do imposto de transmissão causa mortis. Prequestionamento (0801976-94.2017.8.12.0004) Des. Sérgio Fernandes Martins 449

Homologação de partilha amigável. Comprovação prévia. Pagamento dos tributos. Bens do espólio. Desnecessidade. Lançamento. ITCMD. Artigo 659, § 2º, do Código de Processo Civil. (0800875-56.2016.8.12.0004) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.....213

Partilha amigável de bens. Sentença homologatória. Dispensa prova de quitação. Imposto de transmissão causa mortis e doação. Artigo 659, § 2º do Código de Processo Civil. Constitucionalidade do dispositivo. Matéria processual não reservada à Lei Complementar. (0801610-89.2016.8.12.0004) Des. Dorival Renato Pavan.....116

Compra e venda

Imóvel Contrato de compra e venda. Saldo devedor decorrente de diferença de financiamento. Legitimidade da cobrança. Atraso na entrega da obra. Teoria da exceção do contrato não cumprido. Teoria do adimplemento substancial. Princípios da boa-fé. Equilíbrio contratual. Função social do contrato. (0826985-72.2014.8.12.0001) Des. Dorival Renato Pavan.....095

Embargos à Execução

Empresa em recuperação judicial. Execução em face do fiador. Garantia fidejussória. Coobrigados. Prosseguimento. Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça. (0809127-57.2016.8.12.0001) Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.....492

Execução Fiscal

Exceção de pré-executividade. Imunidade tributária. IPTU. Templo religioso. Nulidade do título. Extinção da execução. Artigo 150, VI, "B", da Constituição Federal. (1403256-29.2018.8.12.0000) Des. Sérgio Fernandes Martins.....441

Improbidade Administrativa

Concessionária de serviço público. Admissibilidade. Indícios. Ato fraudulento à Licitação. Princípio do in dubio pro societate. Possibilidade do particular responder. Individualização da conduta. Diretores da concessionária. (1404270-48.2018.8.12.0000) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva 222

Informe publicitário. Promoção pessoal. Conduta expressamente vedada. Artigo 37, § 1º, da Constituição Federal. Art. 11, caput da Lei 8.429/92. Dolo genérico caracterizado. (0066771-35.2009.8.12.0001) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho 146

Nepotismo. Suspensão da nomeação. Secretário Municipal. Pessoas jurídicas distintas. Ausência de probabilidade. Súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. (1401006-23.2018.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte 059

Ofensa aos princípios da Administração pública. Promoção pessoal Utilização da imprensa oficial. Site. Facebook. Sanção. Majoração da multa civil. (0801688-46.2013.8.12.0018) Des. Paulo Alberto de Oliveira 399

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Contratos de alienação e cessão fiduciária. Recuperação judicial. Controle difuso. Princípio da preservação da empresa. Interpretação sistemática da norma. Exceção. Declaração de constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do artigo 49 da Lei 11.101/2005. (1411914-13.2016.8.12.0000/50001) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.....164

Caixa do Município. Movimentação. Instituições financeiras não oficiais. Impossibilidade. Afronta ao artigo 164, § 3º da Constituição Federal. Inconstitucionalidade parcial. (0801672-74.2014.8.12.0045/50000) Des. Sérgio Fernandes Martins 431

Mandado de Segurança

Instalação de posto revendedor de combustíveis. Medida liminar. Lei Complementar Municipal 186/2011. Afronta à sumula vinculante nº 49 do Supremo Tribunal Federal. Dano inverso. Afronta aos princípios da livre concorrência e da liberdade de iniciativa econômica privada. (1401917-35.2018.8.12.0000) Des. Sideni Soncini Pimentel.....455

Irregularidade fiscal. Cancelamento de inscrição estadual. Meio de coerção para recebimento de crédito tributário. Ausência de previsão legal. Ofensa aos princípios do livre exercício do trabalho e da atividade econômica. (0819274-74.2018.8.12.0001) Des. Vladimir Abreu da Silva.....557

Membro do Ministério público. Candidato a senador. Licença remunerada. Período de desincompatibilização. Pleito eleitoral. Previsão Princípio da Isonomia. Direito Líquido e certo. (1403614-91.2018.8.12.0000) Des. Eduardo Machado Rocha.....124

Retenção de mercadorias. Não pagamento de imposto. Condenação do Estado. Litigância de má-fé. Coação. Conduta reiterada. Ilegal. Impossibilidade. Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. (0810050-49.2017.8.12.0001) Des. João Maria Lós 202

Seguro de vida

Ação de cobrança. Indenização securitária. Indignidade de um dos beneficiários. Assassinato da segurada. Cônjuge responsável pelo ato doloso. Recusa Artigo 762 do Código Civil. (0801195-93.2014.8.12.0031) Des. Marco André Nogueira Hanson 274

Indenização securitária. Carência. Suicídio. Ônus da prova. Desconto na folha de pagamento. Omissão por parte da seguradora. Súmula 610 do Superior Tribunal de Justiça. (0003865-63.2010.8.12.0004) Des. Amaury da Silva Kuklinski.....029

Seguro Obrigatório

Ação de cobrança. Rito sumário. Alegação de ausência da cobertura por atraso no pagamento do prêmio do seguro obrigatório. Indenização devida. Súmula 257 do Superior Tribunal de Justiça. (0804010-51.2017.8.12.0001) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.....157

Testamento particular

Pedido de abertura e registro. Cerceamento de defesa. Confirmação do testamento por testemunhas. Jurisdição voluntária. Homologação. Manifestação de vontade. Procedimento próprio. Ação anulatória. (0803674-60.2016.8.12.0008) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso 207

Usucapião

Sobrepartilha. Alegação de abandono de lar. Preenchimento dos requisitos legais. Prescrição aquisitiva de bem imóvel. Animus domini demonstrado. (0823077-07.2014.8.12.0001) Des. Marco André Nogueira Hanson 281

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em Execução

Afastamento da causa de aumento. Artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Inconstitucionalidade formal. Tese não acolhida. Prequestionamento. (0005942-70.2018.8.12.0002) Des. Jairo Roberto de Quadros....616

Comutação de pena. Decreto nº 9.246/17. Apenado agraciado. Inviabilidade de nova concessão. Discricionariedade presidencial. (0027256-75.2018.8.12.0001) Des. Jairo Roberto de Quadros.....630

Pedido de reconhecimento. Continuidade delitiva. Ausência de nexo de causalidade entre as condutas. Habitualidade. Reiteração criminosa. Crime continuado. Teoria mista. (0004541-39.2018.8.12.0001) Des. Paschoal Carmello Leandro 762

Submissão do Reeducando a tratamento. Dever do Estado prestar assistência ao preso. Complexo penitenciário. Ala médica. Unidade penal. Artigos 10 e 41 da Lei de Execução Penal. (0007252-14.2018.8.12.0002) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.....704

Tráfico privilegiado. Preliminar de ofensa à coisa julgada. Caráter hediondo. Execução penal. Novo cálculo para os benefícios do cumprimento de pena. (0007774-41.2018.8.12.0002) Des. Jairo Roberto de Quadros 622

Agravo Regimental

Decisão monocrática. *Habeas Corpus*. Excesso de prazo. Audiência de instrução e julgamento. Perda do objeto. (1404609-07.2018.8.12.0000/50000) Des. Carlos Eduardo Contar 563

Apelação

Crime contra a ordem tributária. Artigo 3º, inciso II, da Lei n° 8.137/90. Preliminar. Nulidade da interceptação telefônica. Investigação conduzida pelo GAECO. Decisão devidamente motivada. Ausência de mácula. (0002127-88.2007.8.12.0022) Des. José Ale Ahmad Netto 634

Exercício arbitrário das próprias razões. Autoria admitida. Reembolso de dívida de jogo ou aposta quitada. Pretensão ilegítima. Fundamentação inidônea. Condenação devida. Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal (0009190-23.2013.8.12.0001) Des. Carlos Eduardo Contar 566

Inserção de dados em sistema de informações. Detran. Materialidade e autoria cabalmente comprovadas. Provas suficientes para o edito condenatório. (0077158-12.2009.8.12.0001) Juiz Emerson Cafure 782

Posse de arma de uso restrito. Artigo 16 da Lei nº 10.826/03 – Lei do Desarmamento. Absolvição por ausência de materialidade ou violação ao princípio da congruência. Impossibilidade. Redução da prestação pecuniária. Cabimento. (0202665-93.2009.8.12.0029) Juiz José Eduardo Neder Meneghelli 821

Recurso da defesa. Crime previsto no artigo 273, § 1° -B, do Código Penal: importar, vender, expor à venda e ter em depósito para vender suplementos alimentares e anabolizante sem registro no órgão de vigilância sanitária. Pedido de absolvição por atipicidade da conduta. Prova suficiente da materialidade e autoria delitiva. Manutenção da pena-base. Confissão espontânea. Aplicação da redutora. (0036510-19.2011.8.12.0001) Des. José Ale Ahmad Netto 660

Apropriação Indébita

Falsidade ideológica. Aplicação do princípio da consunção. Prescrição da pretensão punitiva. Extinta a punibilidade. (0033976-68.2012.8.12.0001) Juiz Emerson Cafure 803

Conflito Negativo de Competência

Dano qualificado. Supostamente praticado contra homem no mesmo contexto fático. Competência especializada. Vara de violência doméstica e familiar contra mulher. Conexão instrumental. Artigo 76, III, do Código de Processo Penal. (0002740-86.2017.8.12.0110) Juiz José Eduardo Neder Meneghelli 817

Crime de Desobediência

Insurgência ministerial. Negativa de parada. Infração administrativa. Aplicação do princípio da fragmentariedade. Atipicidade. Crime de desacato e resistência. Manutenção do princípio da consunção. (0000131-11.2015.8.12.0043) José Eduardo Neder Meneghelli 809

Tráfico ocasional. Requisitos do artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343.06. Ausência. Transporte de droga em veículo especialmente preparado. Circunstância indicativa de integração a organização criminosa. Elemento volitivo. Suficiência. (0002603-83.2017.8.12.0020) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva 692

Crime Militar

Concussão. Flagrante legal. Comprovação das autorias. Agravante do abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo. Crime único. Condenações mantidas. Continuidade delitiva não mantida. (0000833-43.2017.8.12.0800) Juiz Emerson Cafure.....791

Preliminar de nulidade processual. Inversão na ordem de interrogatório do réu. Divergência Jurisprudencial. Súmula 15 do Superior Tribunal Militar. Falta de prova de prejuízo à defesa. (0002861-24.2015.8.12.0001) Desª. Maria Isabel de Matos Rocha 746

Representação criminal. Perda de posto e patente. Indulto. Concessão que não afeta a pena acessória. Crime de extorsão mediante sequestro. Indignidade para o exercício do oficialato. Inconstitucionalidade Manutenção de proventos de aposentadoria. Inadequação da via eleita. (1412653-54.2014.8.12.0000) Des. Geraldo de Almeida Santiago 601

Revisão Criminal. Extravio de arma. Peculato culposo. Extinção da punibilidade pelo ressarcimento do dano ao erário. Princípio da especialidade. Comprovada negligência na conduta do réu. (1413686-11.2016.8.12.0000) Des. Paschoal Carmello Leandro.....757

Violação de segredo profissional. Tipo penal. Artigo 230 do Código Penal Militar. Pretensão à aplicação da Suspensão condicional do processo. Vedação expressa do artigo 90-A da Lei 9.099/95. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. (0011133-36.2017.8.12.0001) Des. Geraldo de Almeida Santiago 596

Desacato

Tráfico de drogas. Alegada atipicidade do crime de desacato por incompatibilidade com a Convenção Americana de direitos humanos. Descabimento. Traficância devidamente demonstrada. Conjunto probatório robusto. Condenação mantida. (0001632-69.2016.8.12.0041) Juiz Waldir Marques.....829

Embargos Infringentes

Desobediência. Ordem de prisão. Atipicidade da conduta. Absolvição. Artigo 330 do Código Penal. (0000191-96.2015.8.12.0038/50000) Des. Ruy Celso Barbosa Florence 778

Falsa identidade. Embargante que se internava para dar à luz. Temor de ser presa. Mandado de prisão em aberto. Intenção de atribuir filiação de seu filho a outra mulher. Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça. (0005959-44.2016.8.12.0110/50000) Desª. Maria Isabel de Matos Rocha 736

Roubo. Uso de arma. Barra de ferro. Arma imprópria. *Abolitio criminis*. Lei 13.654/2018. Concurso de agentes. Regime fechado. (0002894-46.2013.8.12.0013/50000) Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.....717

Estelionato

Crime de furto qualificado mediante fraude. Meio eletrônico que traduz o *modus operandi* do crime e não analogia in malan partem. Recapitulação jurídica. Ex offício redução da pena intermediária em parte ante a observância da proporcionalidade e razoabilidade. (0055825-33.2011.8.12.0001) Des. José Ale Ahmad Netto 651

Furto Qualificado

Sentença absolutória. Irresignação ministerial. Furto famélico. Conduta acobertada pela excludente de estado de necessidade. (0001577-58.2014.8.12.0019) Des. Ruy Celso Barbosa Florence 766

Latrocínio

Homicídio seguido de furto. Desclassificação. Intenção homicida e de apropriação de bens demonstradas. Confissão e depoimento testemunhais. Condenação mantida. (0006535-70.2016.8.12.0002) Juiz Waldir Marques.....848

Recurso em Sentido Estrito

Homicídio qualificado. Preliminar de prescrição. Materialidade do delito e existência de indícios suficientes da autoria. Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça. Pretensão de exclusão de qualificadora. Conselho de sentença. (0000481-62.2001.8.12.0019) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.....708

Revisão criminal

Tráfico de drogas. Rediscussão de matérias. Dosimetria penal. Ocorrência de *bis in idem*. Vício constatado. Redução do *quantum* de incidência da majorante da interestadualidade para o patamar mínimo de 1/6. Extensão aos corréus. (1411675-72.2017.8.12.0000) Juiz Waldir Marques.....836

Roubo

Desclassificação do crime de roubo. Consumado para tentado. Inversão da posse da *res*.Teoria da *amotio*. Não cabimento. Circunstâncias do crime. Premeditação e antecedentes criminais. Modulares desfavoráveis. Pena mantida. (0004390-59.2017.8.12.0017) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.....667

Grave ameaça com emprego de arma. Afastamento da majorante. Arma branca. *Novatio legis in melius*. Uma conduta contra vítimas diversas. Crime continuado. (0003960-95.2017.8.12.0021) Des. Geraldo de Almeida Santiago.....588

Tráfico de Drogas

Associação para o tráfico. Desobediência. Ordem de parada desrespeitada. Infração administrativa. Princípio da fragmentariedade. Coação moral irresistível. Interestadualidade. Quantidade de droga destinada ao comércio. Abrandamento indevido. (0000067-05.2017.8.12.0019) Des. Carlos Eduardo Contar.....573

Lesão ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Serendipidade. Prova emprestada. Validade. Absolvição por insuficiência de provas. Provas seguras da destinação comercial. Depoimento de policiais. Confirmação em juízo. Princípio constitucional da motivação na individualização. (0007245-77.2009.8.12.0021) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.....674

Tribunal do Júri

Duplo homicídio doloso qualificado. Decisão do conselho de sentença. Desclassificação para duplo homicídio culposo. Decisão contrária à prova dos autos. Anulação. Artigo 593, III, "d", e § 3°, do Código de Processo Penal. (0100489-83.2012.8.12.0044) Des. Ruy Celso Barbosa Florence.....770

Homicídio qualificado. Ocultação de cadáver. Pretendido causa de diminuição de pena da semi-imputabilidade. Impossibilidade. Não reconhecimento pelos jurados. Provas da autoria e materialidade. (0002061-22.2017.8.12.0002) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques 699