

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 40 - nº 213 - Julho a Setembro de 2019



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 40 - nº 213 - Julho a Setembro de 2019

Expediente

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

Ano 40, n. 213

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. 213(2019) - . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2019 -.

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. Titulo.

CDD 340.68171

Elaboração

Secretaria Judiciária
Departamento de Pesquisa e Documentação
Coordenadoria de Acervo, Jurisprudência, Legislação e Memória
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

Composição

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente – Des. Paschoal Carmello Leandro
Vice-Presidente – Des. Carlos Eduardo Contar
Corregedor-Geral de Justiça – Des. Sérgio Fernandes Martins

Tribunal Pleno (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. Marco André Nogueira Hanson
Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Des. Marcos José de Brito Rodrigues
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
Des. Emerson Cafure
Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Desª. Elizabete Anache
Des. Zaloar Murat Martins De Souza
José Eduardo Neder Meneghelli – Juiz designado
Lúcio Raimundo da Silveira – Juiz subst. em 2º grau
Luiz Antônio Cavassa de Almeida – Juiz subst. em 2º grau
Waldir Marques – Juiz subst. em 2º grau

Sumário

DOUTRINA

Acionamento do judiciário se necessário. Luciano Chacha de Rezende 005

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL 009

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL 487

NOTICIÁRIO 748

ÍNDICE ONOMÁSTICO 792

ÍNDICE DE ASSUNTOS 798

Doutrina



ACIONAMENTO DO JUDICIÁRIO SE NECESSÁRIO

Luciano Chacha de Rezende[1]

É sabido que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inspirada, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)[2] e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, mais conhecida como o Pacto San José da Costa Rica)[3], consagrou, como direito fundamental, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário[4] lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do artigo 5º).

No meio jurídico traduz-se na seguinte expressão: "livre acesso ao Judiciário".

Neste sentido tudo, em tese, pode ser levado para ser apreciado e julgado pelo Poder Judiciário.

Ainda mais que o Novo Código de Processo Civil excluiu a possibilidade jurídica do pedido como condição de admissibilidade de uma pretensão, mantendo apenas o interesse e a legitimidade[5].

Ora, qual a consequência disso em nosso País (ainda mais levando em consideração que onde há direito existe dever, como o verso e o reverso de uma moeda[6])? O problema está no direito em si ou no modo de exercê-lo?

Para responder, pontualmente, basta recorrer ao "Justiça em Números – 2017 (ano base 2016)"[7] e verificar alguns dados relevantes[8].

Total gasto com Recursos Humanos (89,5%) e outras despesas (10,5%): **84.846.934.555** (oitenta e quatro bilhões, oitocentos e quarenta e seis milhões, novecentos e trinta e quatro mil e quinhentos e cinquenta e cinco reais), representa 1,4% do PIB; o gasto médio do poder Judiciário com cada juiz no Brasil é de

1 Analista do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp (LFG); Especialista em Direito Público pela mesma Instituição e Especialista em Direito Tributário pelo IBET.

2 **8 -** Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

3 **Artigo 25** - Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

4 **Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. **Art. 92**. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

5 **Art. 17.** Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

6 Famosa expressão de Norberto Bobbio inserta no livro "A Era dos Direitos", Editora Campus, 4ª tiragem, 2004, p. 73.

7 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf. Acesso em: 31/10/2017. As notas de rodapé de nº 8 a 11 são informações extraídas deste documento.

8 **O relatório reúne informações de todos os órgãos do Judiciário brasileiro, excluídos o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça**. Assim, as 90 cortes de Justiça analisadas são: quatro Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral - TSE e Superior Tribunal Militar - STM); 27 Tribunais de Justiça Estaduais; cinco Tribunais Regionais Federais; 24 Tribunais Regionais do Trabalho; 27 Tribunais Regionais Eleitorais; e três Tribunais de Justiça Militar Estaduais. **O período analisado compreende os anos de 2009 a 2016.**

R$ 47,7 mil por mês[9]; **442.345 servidores** (18.011 Magistrados, 279.013 Servidores e 145.321 Auxiliares); **79,7 milhões de processos em tramitação**[10] (sendo que 38% são de execução fiscal); em média, **cada Juiz ficou responsável por solucionar 6.577 processos** e conseguiu baixar 7,3 por dia, 1.760 ao ano; se o Poder Judiciário fosse paralisado sem o ingresso de novas demandas e mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores**, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque;** apenas 11,9% foram resolvidos **por meio de conciliação**, bem como o tempo médio das sentenças de 1º grau proferidas em 2016, na fase de execução, foi de **quatro anos e seis meses**, já as sentenças na fase de conhecimento levaram uma média de **um ano e quatro meses** da autuação ao julgamento de mérito[11].

Tais dados demonstram, claramente, que o Poder Judiciário deveria ser acionado se necessário[12], sob pena da Justiça ser obtida a passos lentos, num custo alto e sem a qualidade desejada.

Para que este quadro alarmante se reverta, a solução é buscar, inicialmente, os métodos alternativos de prevenção e solução de litígios (em muitos casos o Judiciário não é a única e nem a melhor via).

No Código de Ética da OAB está previsto como dever do advogado estimular a conciliação entre os litigantes prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (inciso VI do artigo 2º)[13].

Segundo a Lei Complementar nº 80/94 uma das funções institucionais da Defensoria Pública é promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos (inciso II do artigo 4º).

O Ministério Público instituiu, por meio da Resolução nº 118/2014, a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição (como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos).[14]

Vale mencionar o advento da Lei nº 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração púbica.

Exemplo brilhante e recente são os 87 enunciados aprovados na "I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios" pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal[15]. Foram divididos em 3 partes: "Arbitragem" (1 a 13), "Mediação" (14 a 47) e "Outras formas de Solução de Conflitos" (48 a 87).

9 O cálculo representa também desembargadores e ministros dos tribunais do país, tanto na ativa como aposentados. **O valor não significa, necessariamente, que os juízes estejam recebendo acima do teto legal**, de R$ 33 mil, valor do salário de um ministro do STF (Supremo Tribunal Federal). Pagamentos indenizatórios e 13º e férias, por exemplo, são excluídos do teto salarial. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/09/04/cada-juiz-no-brasil-custa-r-47-mil-por-mes-ao-judiciario-aponta-cnj.htm. Acesso em 09/11/2017.

10 O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. **Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativoz cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes**, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. A demanda pelos serviços de justiça também cresceu esse ano, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% observada em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos - o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes.

11 No 2º grau o tempo médio da decisão terminativa foi de nove meses. Nos tribunais superiores o tempo médio até a sentença foi de 11 meses no STJ, um ano e dois meses no TST e oito meses no TSE.

12 Por mais qualificado, numeroso e produtivo seja o servidor e haja uma estrutura de excelência.

13 Disponível em: http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina. Acesso em: 02/11/2017.

14 Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 02/11/2017.

15 Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios. Acesso em 01/11/2017.

Merecem destaque os seguintes enunciados:16 possibilidade de arbitragem em alguns litígios que envolvam a Administração Pública (**5**); recomendação de órgãos do sistema da justiça firmar acordos de cooperação com Universidades e empresas geradoras de grande volume de demandas (**15**); dever dos entes federados de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (**25**); advocacia pública colaborativa resultando em celebração de pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes (**31**); recomendação que, na judicialização da saúde, previamente à propositura de ação versando sobre a concretização do direito à saúde, promova-se uma etapa de composição extrajudicial mediante interlocução com os órgãos estatais de saúde (**48**); estimular a transação como alternativa válida para tornar efetiva a justiça tributária no âmbito administrativo (**53**); a conciliação, arbitragem e mediação como vias adequadas à Administração Pública (**60**); educação para a cidadania como forma adequada de solução e prevenção de conflitos na via extrajudicial (**73**) e, por fim, possibilidade de criar outras formas de resolução de conflitos que decorram da autonomia privada, desde que o objeto seja lícito e as partes sejam capazes (**81**).

Foram baseados, em grande parte, nos dispositivos do Novo CPC17.

Restou demonstrado que há vários caminhos alternativos ao Judiciário para obter a justiça tão sonhada. Está ao alcance de todos. Mãos à obra.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Editora Campus, 4ª tiragem, 2004, p. 73.

Código de Ética da OAB. Disponível em: https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina. Acesso em: 02/11/2017.

Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31/10/2017.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31/10/2017.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 31/10/2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 31/10/2017.

I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). Disponível em http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios. Acesso em 01/11/2017.

Justiça em Números – 2017 (ano base 2016). Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf. Acesso em: 31/10/2017.

Lei Complementar nº 80/94. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 02/11/2017.

Resolução nº 118 de 2014 do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 02/11/2017.

16 Versão resumida e em cada parêntese há o enunciado correspondente.

17 Por exemplo: **Art. 3º** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. **Art. 174.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. **Art. 175.** As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

Jurisprudência Cível



4ª Câmara Cível
Des. Alexandre Bastos
Agravo de Instrumento nº 1412137-92.2018.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE PROCESSUAL DO ADVOGADO QUE PATROCINA A CAUSA DOS REQUERIDOS – AFASTADA, VEZ QUE NÃO ANALISADA PELO JUÍZO RECORRIDO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL – AFASTADO POR SER PROCESSO ELETRÔNICO – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO POR DANO AO ERÁRIO PÚBLICO POR AUSÊNCIA DE DOLO – AFASTADO – REJEIÇÃO DE PLANO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO COM O PARECER.

O pedido de irregularidade de representação do advogado dos requeridos, como não foi apreciada pelo juízo recorrido, então, há obstáculo processual de sua apreciação por saltos neste tribunal, por aplicação do efeito devolutivo por extensão do *caput* do art. 1012 do CPC, que veda a supressão de instância.

Por regra expressa do § 5º do art. 1017 do CPC, somente exige a juntada dos documentos essenciais no agravo de instrumento em se tratando de processo físico, portanto, não se aplica ao processo eletrônico, o que ocorre neste caso.

Em sistema de precedentes do STF, a prescrição das ações de ressarcimento ao erário em ato de improbidade é condicionada à existência de dolo. Em outros termos, se for conduta culposa, a pretensão se torna prescritível e aqui faz nascer o afastamento da apreciação da prejudicial neste momento processual, vez que impossível aferir o elemento volitivo quando do recebimento da inicial de ação civil pública, o que somente será possível quando da instrução probatória.

O cerne da ação funda-se em irregularidades quanto ao recolhimento de tributos referentes aos exercícios de 2004 a 2006, retidos de empresas contratadas para a prestação de serviços à EGRHP e desviados a terceiros, sendo que ambos os recorrentes estão presentes nestes fatos da causa de pedir e, portanto, se estão atrelados aos fatos, deve haver recebimento da ação civil pública por suposto ato de improbidade (já que a dúvida seve ser pelo recebimento e, não, pela rejeição da ação), a fim de que seja apurada a conduta de cada um no curso da instrução probatória, quando então, poderá ser haveria a existência ou não da ilegalidade qualificada, de forma que se houver ilegalidade sem a qualificação importará em eventual sentença de improcedência, o que não ocorrerá diante da ilegalidade qualificada somada ao elemento volitivo querido e desejado para tanto.

Recurso improvido. Com o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de julho de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marcelo Renato Alves, Elvis Rodrigo Sitta, em face da decisão (f. 2.608-2.621), dos Autos nº 0901010-51.2017.8.12.0001, que lhe move Ministério Público Estadual, mais precisamente, da decisão que rejeitou as preliminares arguidas na ação de improbidade administrativa movida pelo agravado.

Marcelo Renato Alves e outro suscita no agravo de instrumento de f. 01-16, em apertada síntese: provimento para acolher as preliminares suscitadas na defesa preliminar da ação civil pública (extinção sem resolução de mérito da ação por carência da ação) por suposto ato de improbidade e, de forma subsidiária, que seja julgado improcedente, nos termos do artigo 17, § 8º da Lei nº 8.429/92.

O recorrido, devidamente intimado, apresentou contrarrazões às f. 33-45 pelo não conhecimento do recurso por ausência de juntada de documentos essenciais no agravo de instrumento (art. 1017, I do CPC) e, quanto ao mérito, pelo improvimento.

A Procuradoria Geral de Justiça – PGJ ofertou parecer às f. 94-108 pelo afastamento da preliminar e, quanto ao mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marcelo Renato Alves, Elvis Rodrigo Sitta, em face da decisão (f. 2.608-2.621), dos Autos nº 0901010-51.2017.8.12.0001, que lhe move Ministério Público Estadual, mais precisamente, da decisão que rejeitou as preliminares arguidas na ação de improbidade administrativa movida pelo agravado.

Marcelo Renato Alves e outro suscita no agravo de instrumento de f. 01-16, em apertada síntese: provimento para acolher as preliminares suscitadas na defesa preliminar da ação civil pública por suposto ato de improbidade e, de forma subsidiária, que seja julgado improcedente, nos termos do artigo 17, § 8º da Lei nº 8.429/92.

O recorrido, devidamente intimado, apresentou contrarrazões às f. 33-45 pelo não conhecimento do recurso por ausência de juntada de documentos essenciais no agravo de instrumento (art. 1017, I do CPC) e, quanto ao mérito, pelo improvimento.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Preliminar de irregularidade de representação do advogado suscitada em contrarrazões.

O Ministério Público Estadual (agravado) informa que os agravantes estão sendo representados pelo Advogado Marcelo Ponce de Carvalho, o qual atua na Assessoria Jurídica do Banco do Brasil - Regional de Mato Grosso do Sul - AJURE. Argumenta, contudo, que o causídico não possui capacidade para postular em juízo a defesa dos agravantes, mas apenas nas demandas dos interesses primários do Banco do Brasil.

Afasto a apreciação desta preliminar.

Explica-se.

Certo que esta questão processual de irregularidade de representação foi suscita pelo agravado no juiz da ação civil pública (f. 2598-2607 dos Autos nº 0901010-51.2017.8.12.0001), contudo, o magistrado ainda não analisou este pedido, portanto, ausência de decisão a respeito desta questão trazida em grau recursal, o que impede a sua apreciação.

E impede a sua apreciação porque a inovação recursal não é permitida pelo efeito devolutivo por extensão do *caput* do art. 1012 do CPC, ao dispor que: "*A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada"*.

Até porque, se recurso tem etimologicamente o sentido de que se analisar que já foi julgado, então, impossível analisar o que não foi alvo de apreciação. Apreciar o que não foi apreciado é sujeitar alguém ao impossível, já que não há como devolver o que não foi levado para anterior apreciação. Em suma, o que se leva é o que está no *decisum* recorrido.

Na lição de Rodrigo Barioni:

> *"(...) O efeito devolutivo do recurso mantem relação intrínseca com o conteúdo da decisão impugnada (...) limita o recurso de apelação a mero instrumento de revisão da decisão de primeiro grau, sendo vedada a alegação de novas questões (...)* (Efeito devolutivo da apelação cível. Recursos no Processo Civil nº 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39 e 136 e 139)."

Por Alcides de Mendonça Lima:

> *"(...) o que o recorrente pretende é promover outro pronunciamento do poder judiciário da face da matéria decidida (...) o recorrente provoca novamente, a manifestação, ao poder judiciário a respeito da matéria controvertida* (Introdução aos recursos cíveis. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 289)."

No dizer de José Frederico Marques:

> *"(...) na apelação não se julga novo litígio. O objeto da atividade jurisdicional de segundo grau é a mesma da res judicanda do juízo a quo, agora delimitada pela extensão devolutiva do recurso."* (Instituições de direito processual civil. Vol. 4. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 154).

Essa proibição de inovação em segundo grau não é sem razão, uma vez que serve como efetividade ao princípio do contraditório e da ampla defesa do inciso LV do art. 5º da Constituição Brasileira, uma vez que somente permitiria que a parte contrária exercesse o contraditório e em mitigando a ampla defesa ao restringindo o direito de exercício da contraprova destes fatos inovadores, diante de sua limitação em grau recursal.

Veja-se pelo STJ:

> *"O efeito devolutivo do recurso (...) encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal."* (HC 300.658/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014).
>
> *"Este Superior Tribunal possui entendimento de que "Embora o recurso de apelação devolva ao Juízo ad quem toda a matéria objeto de controvérsia, o seu efeito devolutivo encontra limites nas razões aventadas pelo recorrente, em homenagem ao princípio da dialeticidade, que rege os recursos no âmbito do Processo Penal, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte adversa, garantindo-se, assim, o respeito ao cânone do devido processo legal."* (HC nº 185.775/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 1º/8/2013)" (REsp 1497041/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 09/12/2015).
>
> *"Concernente à ausência de defesa, a matéria não foi submetida ao Tribunal de Justiça e, tampouco, por ele enfrentada. Dessa forma, não cabe a este Superior Tribunal examinar a controvérsia, sob pena de supressão de instância. Vale lembrar que o efeito devolutivo da apelação, embora seja amplo, não tem a extensão que lhe busca atribuir a*

> *agravante, qual seja, a ponto de se entender como apreciadas questões sobre as quais não se manifestou o Tribunal."* (AgRg no HC 295.549/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 17/12/2014).

Assim, afasto a preliminar.

Preliminar de não conhecimento por ausência de documento essencial suscitada em contrarrazões.

O Ministério Público Estadual traz outra preliminar, mais precisamente, o não conhecimento do recurso por vício de regularidade formal, porquanto os agravantes instruíram o recurso sem os documentos obrigatórios listados no art. 1.017 do CPC.

Sem razão à preliminar.

Isso porque, a exigência da juntada dos documentos essenciais do agravo de instrumento não se aplica ao processo eletrônico, mais precisamente, o § 5º do art. 1017 do CPC, ao dispor que:

> *"(...) Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia".*

Assim, afasto a preliminar de não conhecimento do recurso.

Prejudicial de prescrição suscitada no recurso.

A parte recorrente, suscita a ocorrência da prescrição dos supostos atos de improbidade arrolados na inicial, aplicando-se o posicionamento do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 852475, haja vista que não foi atribuído ato doloso algum aos funcionários do Banco do Brasil.

Eis voto em sistema de precedentes do STF supracitado:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO ADMINISTRATIVO – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – IMPRESCRITIBILIDADE – SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento."*

Veja-se que em sistema de precedentes do STF, a prescrição das ações de ressarcimento ao erário em ato de improbidade é condicionada à existência de dolo. Em outros termos, se for conduta culposa, a pretensão se torna prescritível e aqui faz nascer o afastamento da apreciação da prejudicial neste momento processual, vez que impossível aferir o elemento volitivo quando do recebimento da inicial de ação civil pública, o que somente será possível quando da instrução probatória.

Assim, afasto a apreciação neste recurso da prescrição, o que deve ser feito após a fase probatória.

Mérito recursal

O recorrente pede seja julgado improcedente, de plano (artigo 17, § 8º da Lei nº 8.429, de 1992.), a presente ação civil pública, pois não há qualquer indício de conluio com servidores da EGRHP para que os boletos de pagamento fossem fraudados. Argumentam, ainda, a ausência de culpa grave para configuração da improbidade administrativa.

De outro lado, o autor da ação, sustenta que o primeiro recorrente (Marcelo Renato Alves,) tem responsabilidade diante do fato de não ter conferido os documentos remetidos para pagamento pela EGRHP ou por ter efetuado seu pagamento, mesmo havendo divergência na documentação, quando deveria ter devolvido os valores para conta C, o que pode indicar tanto conluio com servidores da EGRHP para a prática dos atos ímprobos, como o descumprimento das normas aplicáveis ao caso, fornecendo indício ao menos de atuação imprudente ou negligente.

Em relação ao segundo recorrido (Elvis Rodrigo Sitta), na qualidade de representante da instituição financeira no contrato firmado entre a EGRHP e o Estado de Mato Grosso do Sul, teria atuado ao menos com imprudência ou negligência, ao deixar de fiscalizar seu subalterno Marcelo e o correto cumprimento do contrato.

Pois bem, tenho por manter o recebimento da presente ação civil pública.

Explica-se.

Tenho sustentado 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).

E esta 'qualificação' da ilegalidade como elemento essencial para condenação por ato de improbidade segue a toada da interpretação histórica, ao alinharmos o espírito norteador que inspirou a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal em 2.000, as alterações que culminaram com a Lei da Ficha Limpa em 2.010, e a Lei da Transparência (Lei nº 12.527/11), conclui-se que o foco é um só: a intolerância social com a desonestidade, com a corrupção e com o manuseio das coisas públicas para benefício privado/próprio!

E mais ainda, além se seguir a toada da interpretação histórica acima anotada, esta qualificação da ilegalidade não é sem razão perante o sistema jurídico, e vem como mecanismo de não tratar igualmente o inábil e o corrupto/desonesto, sob pena de tratar igualmente os desiguais e, portanto, com afronta ao princípio da igualdade do *caput* do art. 5º da CF/88.

> *"(...) o que se deve verificar é se o tratamento diferenciado é justificável, levando-se em análise o fato da desegualação" (Celso Antônio Bandeira de Melo. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. São Paulo: Malheiros. Revista de direito público, vol. I; p. 81)*[1] *"o princípio da igualdade é violado quando não se possa apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou materialmente informado cação legal ou para quando a disposição possa ser caracterizada como arbitrária."* (Claus Wilheml Canaris. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução da 2. ed. Alemã. Lisboa: Fundação Caliouste, 1996; p. 227).

Claro que não estou a dizer que o inábil não terá consequência diante de prática de ato puramente ilegal, contudo, não será por ato de 'improbidade propriamente dito', mas sim, fundado na teoria da responsabilidade civil (reparação do dano, proibição de contratação com o poder público, etc), mas não, na esfera dos direitos políticos (por ato de improbidade).

E neste ponto que me parece que a decisão que recebeu a inicial deve ser mantida, porque há indícios de autoria e materialidade em atos de improbidade, ainda que com certas dúvidas desta ilegalidade qualificada, contudo, dúvida esta que deve considerara como recebimento da ação e, não, a sua rejeição de plano. Isso porque vige o princípio *in dubio pro societate*, ou seja, em caso de dúvida consistente, o juiz deve receber a inicial para buscar a verdade do decorrer da instrução da ação civil pública.

Até porque, o cerne da ação funda-se em irregularidades quanto ao recolhimento de tributos referentes aos exercícios de 2004 a 2006 no valor de R$ 1.198.050,65, retidos de empresas contratadas para a prestação de serviços à EGRHP e desviados a terceiros (empresas Dosolina Grotto Crestani ME; Microhouse Ltda; SMA Comércio e Representações Ltda; L. Bergamaschi ME; Bestcomp Computadores Ltda e Orion Computadores Ltda), sendo que ambos os recorrentes estão presentes nestes fatos da causa de pedir e, portanto, se estão atrelados aos fatos, deve haver recebimento da ação civil pública por suposto ato de improbidade (já que a dúvida seve ser pelo recebimento e, não, rejeição da ação), a fim de que seja apurada a conduta de cada uma no curso da instrução probatória, quando então, poderá ser haveria a existência ou não da ilegalidade qualificada, de forma a ilegalidade sem a qualificação importará em eventual sentença de improcedência, o que não ocorrerá diante da ilegalidade qualificada e elemento volitivo querido e desejado a tanto.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso interposto para a manter a decisão que recebeu a ação civil pública por suposto ato de improbidade administrativa.

1 Esse critério diferencial é tratado, também, por Robert Alexy (Teoria de lós derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2001; p. 384).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e a prejudicial e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 16 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Alexandre Bastos
Apelação Cível nº 0801541-48.2016.8.12.0007 - Cassilândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE – AFASTADO – SEJA AFASTADA A PENA DE PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA – ACOLHIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – EM PARTE COM PARECER.

Há dolo direto na incidência de atos do art 10 da LIA, vez que o apelante por não ter mais margem para contratação com o poder público por ter ultrapassado o limite máximo cogitou, preparou e consumou a elaboração de fato e documento falso, a fim de "burlar" essa proibição, ou seja, prestou o serviço utilizando o nome de outra empresa para tanto sendo sabedor da reprovabilidade de sua conduta, o que revela que não estamos diante de simples ilegalidade, mas sim, qualificada como ato de desonestidade. Então, não há como afastar esta conduta como ato de desonestidade que se visa evitar pela Lei nº 8.529, vez que esta ilegalidade vem potencializada como qualificada (ato de desonestidade).

O fato de ter devolvido os valores ao poder público não tem o efeito de inverter o resultado de julgamento, vez que este fato como atenuante (arrependimento posterior do art. 16 do Código Penal e desistência voluntária e o arrependimento eficaz do art. 15 do Código Penal) ou excludente de ilicitude existente em alguns crimes (art. 9° da Lei 10.684/2003 – crimes tributários), o que não ocorre com a lei de improbidade, contudo, a reparação do dano e o fato da efetiva prestação do serviço público sem desvio ou superfaturamento não pode ser indiferente na dosimetria da pena por aplicação da proporcionalidade do art. 8º do CPC, mais precisamente, para afastar a pena de perda de função pública que deve ser aplicada em situações gravíssimas (*ultima ratio*), vez que é pena que ocupa o ápice das penas do art. 12 da LIA.

Recurso parcialmente provido. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de agosto de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação cível interposta por Cloves Lima Silva em face da sentença de f. 439-446 proferida na ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

O magistrado singular julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar Eduardo José de Castro Antônio, Hamilton Barbosa Silva, Clóvis Lima Silva e José Flávio da Silva por ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 10, inciso XI, a Lei 8.429/92, via de consequência, aplicando-lhes as sanções

do art. 12, II, da mesma Lei: a) ressarcimento integral do dano, qual seja, R$ 3.083,34 (três mil e oitenta e três reais e trinta e quatro centavos), acrescido de correção pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês, a partir da restituição em setembro/2015; b) perda da função pública, caso qualquer dos requeridos ainda a exerça; c) suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos; d) 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 5 (cinco) anos.

Cloves Lima Silva requer, em síntese, que o recurso seja conhecimento e o provimento para o fim de que seja julgado improcedente os pedidos iniciais ou, alternativamente, que seja afastada a sanção de perda da função pública (f. 454-462).

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões pelo não provimento do recurso interposto pelo requerido (f. 468-485).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f. 499-512).

VOTO (EM 30/07/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Cloves Lima Silva em face da sentença de f. 439-446 proferida na ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

O magistrado singular julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar Eduardo José de Castro Antônio, Hamilton Barbosa Silva, Clóvis Lima Silva e José Flávio da Silva por ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 10, inciso XI, a Lei 8.429/92, via de consequência, aplicando-lhes as sanções do art. 12, II, da mesma Lei: a) ressarcimento integral do dano, qual seja, R$ 3.083,34 (três mil e oitenta e três reais e trinta e quatro centavos), acrescido de correção pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês, a partir da restituição em setembro/2015; b) perda da função pública, caso qualquer dos requeridos ainda a exerça; c) suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos; d) 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 5 (cinco) anos.

Cloves Lima Silva requer, em síntese, que o recurso seja conhecimento e o provimento para o fim de que seja julgado improcedente os pedidos iniciais ou, alternativamente, que seja afastada a sanção de perda da função pública (f. 454-462).

Tenha que a sentença deve ser mantida.

Explica-se.

O que se infere do caso posto à apreciação é que Município de Cassilândia recebeu verba da Fundação de Desporto e Lazer de Mato Grosso do Sul para realizar a Copa Amigão de Futsal, no ano de 2013.

Entretanto, na prestação de contas foi constatada que a nota fiscal (nº 000013) apresentada pelo município para comprovar os gastos com o serviço de arbitragem era falsa, uma vez que fora emitida por José Flávio Silva MEI (Citycred), inscrição municipal nº 5343, CNPJ nº 17.612.445/0001-25, no valor de R$ 2.700,00, empresa que não presta serviços de arbitragem.

Em decorrência, o Município fora condenado ao ressarcimento da verba, arcando com um prejuízo de R$ 3.083,34, em setembro/2015. Assim foi feito, porque havia atingido o limite de contratações sem licitação com a administração pública, razão pela qual, em conluio com José Flávio da Silva e a ciência de Eduardo e Hamilton, forjaram a nota fiscal de p. 37, emitida como se a empresa José Flávio Silva ME tivesse prestado os serviços de arbitragem.

Pois bem, o pedido está fundado no *caput*[1] do art. 10 da Lei nº 8.429/92, portanto, o dano ao erário não exige conduta dolosa (somente exige para a hipótese do art. 11), contentando-se com a mera culpa.

Veja-se pelo STJ:

> *"(...) Não se pode exigir a inequívoca comprovação do dano econômico causado pela conduta ímproba, pois nessas hipóteses específicas do artigo 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, o prejuízo é presumido (in re ipsa). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.499.706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 14/3/2017; RMS 54.262/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no REsp 1512393/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015. 6. A configuração da conduta do artigo 10 da LIA exige apenas a demonstração da culpa do agente, não sendo necessária a comprovação de dolo* (AgRg no REsp 1167958/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017)" (REsp 1786219/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019).

> *"A jurisprudência do STJ considera indispensável que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa, nas do artigo 10 (EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010)"* (AgRg no REsp 1167958/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 11/12/2017).

E para este caso, nem sequer se fala em culpa, mas sim, em dolo direto, ou seja, o apelante por não ter mais margem para contratação com o poder público por ter ultrapassado o limite máximo cogitou, preparou e consumou a elaboração de fato e documento falso, a fim de "burlar" essa proibição, ou seja, ele prestou o serviço utilizando o nome de outra empresa para tanto sendo sabedor da reprovabilidade de sua conduta, o que revela que não estamos diante de simples ilegalidade, mas sim, qualificada como ato de desonestidade, vez que esta conduta supostamente configura crime gravíssimo de falsidade ideológica do art. 299 do Código Penal.

Então, por interpretação *a fortiori*, não há como afastar esta conduta como ato de desonestidade configurador como de improbidade, vez que ilegalidade esta, potencialidade como qualificada (ato de desonestidade), o que justifica a condenação.

Veja-se pelo STJ:

> *"A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente."* (AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/08/2014, DJe 28/08/2014).

> *"(...) É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 11. Assim, 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.12. 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; e AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014."* (REsp 1602794/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 30/06/2017).

Por fim, o fato de ter devolvido os valores ao poder público não tem o efeito de inverter o resultado de julgamento e de transmutar a sentença de procedência na de improcedência, vez que este fato como atenuante ou excludente de ilicitude existe em alguns crimes perante o Código Penal, o que não ocorre com a lei de improbidade.

1 "Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei".

Contudo, o fato da devolução dos valores que correspondem ao dano causado ao erário (R$ 4.147,16 - f. 382-384), bem como, o fato de é incontroverso que o serviço contratado foi prestado sem que ocorresse desvios ou superfaturamento deve ser levados em consideração, não, para exclusão da condenação, repita-se, mas para a dosimetria da pena.

Veja-se:

> *"Tal entendimento está em consonância com a orientação da segunda turma do STJ no sentido de que eventual ressarcimento ao erário não afasta a prática de ato de improbidade administrativa, pois tal recomposição não implica anistia ou exclusão deste ato, mas deve ser levada em consideração no momento de dosimetria da sanção imposta."* (STJ; AgRg-REsp 1.495.790; Proc. 2014/0281341-9; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJE 03/05/2016)".

Neste caso, ponderando este dato da reparação do dano e da efetiva prestação do serviço é de se aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade[2] do art. 8º do CPC, vez que esta pena ocupa o ápice da pirâmide das penalidades do art. 12 da LIA e, portanto, reservada para casos de extrema gravidade como ato de improbidade, o que não ocorre com este caso, apesar do desvio de conduta aqui ocorrido.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento parcial ao recurso para afastar a pena de perda da função pública, mantendo as demais penas aplicada na sentença, em seus exatos termos. Em parte com o parecer.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 13/08/2019 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Luiz Tadeu), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 13/08/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º vogal)

Cloves Lima Silva apela da sentença proferida pelo juízo da 1ª vara da comarca de Cassilândia que, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar Eduardo José de Castro Antônio, Hamilton Barbosa Silva, Clóvis Lima Silva e José Flávio da Silva por ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 10, inciso XI, a Lei 8.429/92, via de consequência, aplicando-lhes as sanções do art. 12, II, da mesma Lei: a) ressarcimento integral do dano, qual seja, R$ 3.083,34 (três mil e oitenta e três reais e trinta e quatro centavos), acrescido de correção pelo IGPM e juros de mora de 1% ao mês, a partir da restituição em setembro/2015; b) perda da função pública, caso qualquer dos requeridos ainda a exerça; c) suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos; d) 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 5 (cinco) anos.

O apelante, em suas razões (452-462), alega que a ação deve ser julgada improcedente, ao argumento de que não houve prejuízo ao erário, porquanto ressarciu ao município o valor de R$ 3.083,34, que acrescido dos juros e correção monetária, somou a importância de R$ 4.147,16, demonstrando sua boa-fé, bem como a ausência de dolo.

Sustenta que a nota fiscal nº 000013, no valor de R$ 2.700,00, não deve ser considerada "fria" apenas pelo fato da empresa José Flávio Silva ME não atuar no ramo de arbitragem, e ter sido contratada para fornecer os árbitros para realização da "Copa Amigão de Futsal".

2 "Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração. 2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido. (REsp 513.576/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03/11/2005, DJ 06/03/2006, p. 164)

Em caso de manutenção da condenação defende a exclusão da penalidade mais gravosa de perda da função pública, em observância ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Requer provimento do recurso para que seja julgada improcedente a pretensão do Ministério Público Estadual ou, alternativamente, que seja afastada a sanção de perda da função pública.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso às f. 499-512.

O relator, Des. Alexandre Bastos, deu parcial provimento ao recurso para acolher o pedido alternativo e afastar a pena de perda da função pública.

Após ouvir atentamente o voto do relator, pedi vista apenas para analisar a redução da pena aplicada pelo juízo singular, já que em relação à pratica do ato de improbidade administrativa não tenho dúvidas em acompanhar o voto condutor.

Em casos como este, comprovada a prática de atos pelo réu, há de se aferir qual a penalidade cabível no caso concreto.

O artigo 12 da LIA dispõe que:

> *"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:*
>
> *I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;*
>
> *II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*
>
> *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.*
>
> *IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido."* (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016).

No que tange às sanções previstas na lei de improbidade administrativa, cabe observar que não são necessariamente cumulativas, cabendo ao juízo levar em conta a gravidade de cada caso, a extensão do dano que foi causado – se houver – o proveito econômico obtido indevidamente pelo agente e, ainda, observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No caso versando, deve ser levado em consideração para a dosimetria da pena o fato de ter havido a devolução do valor que corresponde ao dano causado ao erário (R$ 4.147,16 - f. 382-384), além de ser incontroverso que o serviço contratado foi prestado sem desvios de valores ou superfaturamento. Assim, em que pese a conduta reprovável do apelante, entendo que não é razoável e nem proporcional a aplicação cumulativa da perda de função pública exercida pelo réu.

Posto isso, em parte com o parecer, acompanho o voto do relator para conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para afastar a pena de perda da função pública, mantendo as demais penas aplicadas na sentença.

Des. Sideni Soncini Pimentel (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 13 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível nº 0835840-06.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – MÁ CONSERVAÇÃO DE LOTE DE TERRRENO URBANO, ENSEJANDO ACÚMULO DE ÁGUA E PROLIFERAÇÃO DE INSETOS VETORES DE ZOONOSE – IMPOSIÇÃO, NA SENTENÇA, DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER, PENA DE MULTA, BEM ASSIM COMO DE DANOS MORAIS COLETIVOS – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS COLETIVOS, COM O PARECER – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA REDUZIR O VALOR DA CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA.

Se os réus mantinham terrenos em más condições sanitárias e ambientais, com pátio ocupado com grande quantidade de materiais como pneus, carroceria, tanques metálicos, contêineres vazios, etc., altamente propícios ao acúmulo de água e à proliferação de fauna sinantrópica e insetos vetores de zoonoses, como dengue e febre chikungunya, é de se reconhecer que, diante do risco de dano à saúde pública local, tem cabimento a imposição de obrigação de fazer e não fazer, destinada aos proprietários, sob pena de pagamento de astreintes, objetivando comportamento dos réus na conservação permanente dos imóveis.

No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Precedentes: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015 e REsp 1410698, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, Julgado em 23.06.2015.

O dano moral coletivo ocorre sempre que o prejuízo ambiental atinge esfera moral da coletividade específica. Comprovada a ocorrência de dano moral coletivo, deve o responsável ser condenado, também, ao pagamento de indenização, que deve ser fixada levando-se em consideração à gravidade do dano e às circunstâncias específicas do infrator.

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 1º vogal. O relator retificou seu voto.

Campo Grande, 3 de julho de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação interposta por Jaime Valler e Maria Lídia Valler às f. 914-926, insurgindo-se contra a sentença de f. 868-880, proferida pelo juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, Dr. Marcel Henry Batista de Arruda, que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial da ação civil pública que lhes move o Ministério Público Estadual.

Alegam que os documentos instrutórios são incapazes de demonstrar que ainda possa estar ocorrendo qualquer prática lesiva nos imóveis, tendo em vista que são datados do ano de 2012 e 2014; que mesmo o Relatório de Vistoria Zoosanitário e Ambiental nº 10/2015/SFVZ (f. 228 a 237), realizado pelo Centro de Controle de Zoonozes, não deveria servir como prova, vez que se refere a visitas realizadas nos imóveis nos dias 22/04/2015 e 08/06/2015, ou seja, há mais de 05 meses da data do ingresso da ação.

Na sequência, afirmam que desde o início do processo restou comprovado nos autos que atenderam, ainda na fase administrativa, a todas as exigências do órgão; que o relatório fotográfico apresentado mostra que não existia, na data da propositura da demanda, qualquer potencialidade de dano na referida área; que, para comprovar o cumprimento das medidas, foi pleiteada a realização de perícia, mas o juiz *a quo* deixou de analisar o pedido (f. 863), o que configura cerceamento de defesa.

Discorrem sobre a inexistência de dano moral coletivo, pois, além do cumprimento das exigências ainda na fase administrativa, não restou comprovado efetivo dano em face do meio ambiente ou da comunidade local, até porque não se trata de área residencial; que o resultado da sentença não tem suporte probatório e que ainda se fixou um montante altamente expressivo a título de indenização, R$ 100.000,00 (cem mil reais), o qual deve ser reduzido no caso de manutenção da condenação.

Pedem, ao final, a cassação da sentença por cerceamento de defesa, com retorno dos autos para produção de perícia; ou a reforma da sentença para que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos iniciais, eis que todos os documentos apresentados não condizem com a realidade do imóvel na época da propositura da ação; ou, então, que seja excluída a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo ou, sucessivamente, a minoração do valor arbitrado.

Contrarrazões às f. 991-1009.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 1019-1024 opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO (26/06/2019)

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

Trata-se de apelação interposta por Jaime Valler e Maria Lídia Valler às f. 914-926, insurgindo-se contra a sentença de f. 868-880, proferida pelo juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, Dr. Marcel Henry Batista de Arruda, que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial da ação civil pública que lhes move o Ministério Público Estadual.

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

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o preparo foi devidamente recolhido.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação nos seus efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Em 13/10/2015, o Ministério Público Estadual ajuizou esta ação civil pública diante das condições higiênico-sanitárias dos terrenos matriculados sob os nºs 36.229 e 36.230 da 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis desta Capital, por haver neles disposição inadequada e não autorizada de aterro de entulhos, tais como pneus, estrados de madeira, equipamentos abandonados, contêineres e demais resíduos, fomentando o aumento da fauna sinantrópica.

Os pedidos iniciais foram listados às f. 46-48.

Às f. 279-290, foi concedida liminar para determinar aos réus o cumprimento, em trinta dias, dos itens a.1 e a.2 dos pedidos iniciais, bem como para determinar a averbação da presente ação às margens das matrículas dos imóveis e deferir a inversão do ônus da prova.

Interposto o Agravo de Instrumento nº 1413483-83.2015.8.12.0000, foi-lhe negado provimento[1].

Após saneamento e instrução processuais, sobreveio às f. 868-880 sentença de parcial procedência dos pedidos iniciais, cujo dispositivo reproduzo a seguir:

> *"(...) Isto posto, julgo parcialmente procedente a pretensão inicial para condenar os réus Jaime Valler, Maria Lídia Valler, Getúlio Flores e Sonia Maria da Silva Oliveira Flores, solidariamente, para, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia e/ou descumprimento, em relação aos imóveis de matrícula nº 36.229 e 36.230, da 2ª CRI:*
>
> *1. deixem de depositar ou permitir que sejam depositados resíduos e materiais inservíveis;*
>
> *2. não permitam que os imóveis apresentem condições higiênico-sanitárias inadequadas ou risco à saúde da população, notadamente para evitar a instalação e proliferação de animais da fauna sinantrópica e o acúmulo de água parada;*
>
> *3. adotem providências permanentes e periódicas para manter os imóveis em condições higiênico-sanitárias adequadas e sem risco à saúde, notadamente para evitar a instalação e proliferação de animais da fauna sinatrópica e o acúmulo de água parada.*
>
> *Por terem as obrigações supra natureza propter rem, isto é, que aderem à coisa, tornando responsáveis, portanto, inclusive os futuros proprietários dos imóveis, determino a averbação da presente sentença às margens das matrículas de nº 36.229 e 36.230 da 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis local, devendo ser expedido o necessário.*
>
> *Também condeno os réus ao pagamento da quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais coletivos, a ser revertida em favor do Fundo Municipal de Meio Ambiente - FMMA.*
>
> *Nesse passo, decreto a extinção do processo, com resolução de mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil."*

Interposta apelação pelos réus Jaime Valler e Maria Lídia Valler, passo ao exame.

Afere-se dos autos que os apelantes são proprietários de dois imóveis urbanos situados no núcleo industrial desta capital.

Em análise da alegações dos ora apelantes, verifica-se que eles não negam que os terrenos já estiveram na situação imprópria descrita na petição inicial, mas, segundo afirmam, executaram as medidas apontadas pelo *Parquet* ainda na fase administrativa; e que tendo a regularização sido providenciada anteriormente ao ajuizamento da ação, a pretensão dever ser julgada improcedente; que houve cerceamento de defesa, uma vez que se omitiu sobre o pedido de perícia para fins comprovação do cumprimento das medidas.

4. Preliminarmente, rejeito a arguição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa para realização da prova pericial, eis que esta é impraticável na atualidade dos fatos, porque não se torna possível para, através dela, aferir se o imóvel estava em condições de higiene e saúde ao tempo da propositura da ação.

1 "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - LIMINAR DEFERIDA - DECISÃO MANTIDA. Estando a decisão concessiva de antecipação de tutela plenamente fundamentada, com evidência clara dos requisitos encartados em lei, deve ser mantida. Não prospera, outrossim, a arguição de falta de interesse processual na propositura da ação civil pública, eis que o cumprimento, ou não, das condições especificadas na lei ambiental, em relação aos imóveis descritos na inicial, dependerá da aferição, na instrução probatória, de seu cumprimento integral pelos réus, em momento anterior ao da propositura da ação. Recurso conhecido, mas improvido." (TJMS. Agravo Regimental nº 1413483-83.2015.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/01/2016, p: 27/01/2016)

Ademais, os réus/apelantes poderiam ter desconstituído as alegações iniciais por meio de simples laudo técnico, mas nem isso fizeram. Assim, se, por um lado, o autor da ação trouxe laudos técnicos lavrados por funcionários públicos, dotados, portanto, de presunção de veracidade, por outro, os réus/apelantes nada apresentaram, limitando-se a meramente alegar que as providências já tinham sido tomadas.

Inclusive, a possibilidade de elaboração de laudo técnico para demonstrar as perfeitas condições sanitárias e ambientais dos imóveis na época do ingresso da ação restou consignada por este e. Tribunal no julgado[2] em que foi mantido o deferimento da liminar, porém, dos atos processuais subsequentes, não se infere que os réus/apelantes assim procederam.

Ademais, no que tange à alentada prova pericial, além de desnecessária para os fins almejados pelos apelantes, pois bastava apresentação de simples laudo técnico, observa-se que sequer foi por eles pleiteada. Da contestação (f. 659-667), não se infere pedido correspondente e, quando instados os litigantes para manifestação sobre maior instrução probatória (f. 711), os apelantes quedaram-se silentes (f. 730). Ou seja, além de dispensável, a prova pericial não foi postulada pelos apelantes.

Logo, se aos réus/apelantes era possível demonstrar, por meio de simples laudo, que tinham promovido a modificação do cenário antes do ajuizamento, mas não o fizeram, e que a prova pericial por meio da qual pretendiam provar tal fato não foi sequer postulada, é de se concluir que a conduta lesiva foi sim contemporânea à presente ação.

Consequência lógica de tal constatação é o afastamento da arguição de cerceamento de defesa, seja porque a perícia era dispensável, seja porque não foi pleiteada, bem como cai por terra o argumento de improcedência da pretensão inicial com base na inexistência de ato lesivo ao tempo do ingresso da ação.

Além disso, como precedentemente acima deduzido, a prova pericial no curso da lide era absolutamente impraticável, por ser impossível a verificação do ato, revelando-se esse meio de prova inócua aos fins colimados pelos apelantes, de tal sorte que rejeito a preliminar, o que faço com fundamento no art. 464, § 1º, III, do CPC.

Feita essa conclusão, passo a analisar a configuração de dano moral coletivo e do valor indenizatório.

Do dano moral coletivo. Configuração e valor.

Desde a contestação (f. 659-667), os apelantes alegam que os documentos juntados com a inicial são incapazes de demonstrar a atualidade da prática lesiva nos terrenos, eis que datam de 2012 e 2014, sendo os mais recentes de 22/04/2015 e 08/06/2015, de modo que não poderiam ser usados para justificar o ingresso da ação (13/10/2015).Os danos morais coletivos por infração ao meio ambiente são devidos em razão do disposto no artigo 1º, I, da Lei 7347/85, com a redação dada pela Lei 8.884/94, e disso não existem dúvidas.

A questão é aferir se, no caso concreto, os danos morais coletivos são ou não devidos.

Não existem dúvidas, também, de que o dano moral coletivo é consequência lógica da ofensa ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado bastando, para sua imposição, ter havido simples violação do bem jurídico tutelado.

Ocorre que, embora os imóveis pertencentes aos apelantes estivessem realmente em descompasso com o que estabelece a legislação ambiental aplicável à espécie, descrita na inicial do Ministério Público, é de se ver que à época da propositura da demanda já não mais subsistiam as más condições sanitárias e ambientais constatadas em 2012 e 2014 nesses imóveis, porque os réus, ao longo do curso do inquérito civil público, culminaram por cumprir a legislação ambiental.

Penso ser suficiente para reprimir os atos cometidos pelos réus e para fins de impedir para o futuro que voltem a ser reiterados, a imposição das demais medidas contidas na r. sentença, que fixou multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais) diários se depositarem ou permitir que seja depositado resíduos e materiais inservíveis, bem assim como pelo cumprimento da obrigação de fazer estampada na r. sentença de os réus:

2 Agravo de instrumento nº 1413483-83.2015.8.12.0000. j: 26/01/2016.

> *"(...) não permitirem que os imóveis apresentem condições higiênico-sanitárias inadequadas ou risco à saúde da população, notadamente para evitar a instalação e proliferação de animais[3] da fauna sinantrópica e o acúmulo de água parada."*

Multa de idêntico valor foi fixada na imposição da obrigação de fazer para que os réus:

> *"(...) adotem providências permanentes e periódicas para manter os imóveis em condições higiênico-sanitárias adequadas e sem risco à saúde, notadamente para evitar a instalação e proliferação de animais[4] da fauna sinantrópica e o acúmulo de água parada."*

Essas medidas, todas mantidas, tendo em vista o descumprimento da legislação ambiental que levou o douto magistrado a bem julgar procedentes tais pedidos, a meu modo de ver, são suficientes para que os réus cumpram as obrigações constantes da r. sentença, sujeitando-se às astreintes mediante a simples constatação, no futuro, de retorno à atividade poluidora ambiental por parte dos réus apelantes, de tal forma a que possam eles comportar-se de forma a não violar a legislação ambiental, tal como ocorrera em razão dos fatos que deram ensejo ao ajuizamento da presente ação.

O que os imóveis apresentavam, é certo, eram simples irregularidades, destas em que o proprietário vai promovendo diversos tipos de depósito de materiais em seu interior, deixando-o sujo e sujeito à causa de nascimento de vetores transmissores de doenças endêmicas.

Mas os apelantes mostraram com a contestação que ao tempo do ajuizamento da ação já estavam com os imóveis completamente regularizados. Basta ver as fotografias de f. 662-663, razão pela qual a procedência dos pedidos no tocante à imposição das obrigações de fazer e não fazer, para o futuro, pena de multa idônea e suficiente para evitar que os réus voltem a transgredir o meio ambiente, revela-se suficiente para os fins colimados pela atuação do zeloso Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

De outro tanto também, se na época da propositura da demanda já não mais subsistiam as más condições sanitárias e ambientais relatadas pelo Ministério Público, descritas com base em laudos que precederam ao ajuizamento da demanda, como se infere das fotografias anexadas com a contestação (f. 662-663), que mostram os lotes urbanos completamente livres de entulhos e outros objetos que poderiam produzir danos ambientais, penso ser improcedente esse pedido, ao contrário dos demais, em especial quando cumpriram as exigências do Ministério Público, feitas no inquérito civil público, no bojo do qual, ainda, efetuaram o pagamento da multa administrativa correspondente à prática do ato objeto de apuração.

No tocante à pretensão de inversão do ônus sucumbenciais, não têm razão os apelantes.

Os principais pedidos foram julgados procedentes. A reforma da r. sentença no tocante aos danos morais não leva à imposição de pagamento de honorários advocatícios, em decorrência da aplicação do princípio da simetria. E nesse sentido são fortes os precedentes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Com efeito, esta Corte Superior possui entendimento consolidado, ao interpretar o art. 18 da Lei nº 7.347/85, no sentido de que, por critério de simetria, não cabe a condenação do réu, em ação civil pública, ao pagamento de honorários advocatícios, salvo comprovada má-fé* (EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 21/08/2018). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.127.319/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/8/2017; AgInt no REsp 1.435.350/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/8/2016; REsp 1.374.541/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/8/2017; REsp 1556148/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/11/2015)." (EDcl nos EDcl no AgInt no REsp 1736894 / ES – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – DJe 01/03/2019).

3 Mais correto haveria ser insetos.
4 Idem.

Dispositivo

Ex positis, conheço do recurso de Jaime Valler e Maria Lídia Valler e lhe dou parcial provimento para o fim de reformar a r. sentença exclusivamente no que se refere aos danos morais coletivos, cujo pedido julgo improcedente, mantendo-se todos os seus demais termos.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury Kuklinski), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda. Sustentação oral: Dr. Arlindo Muniz.

VOTO (03/07/2019)

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

Jaime Valler e Maria Lídia Valler interpõe apelação cível, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial da ação civil pública que lhes move o Ministério Público Estadual.

A sentença condenou os apelantes ao pagamento do valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) à título de danos morais coletivos.

Peço vênia para divergir do voto do relator.

O julgador singular julgou parcialmente procedente a ação, nos seguintes termos:

> *"l - ao meio-ambiente;*
>
> *O dano moral ambiental resulta caracterizado, portanto, não apenas com a destruição de elementos naturais, mas sempre que houver um decréscimo para a saúde, a tranquilidade e a qualidade de vida de pessoas indeterminadas, como decorrência da agressão a bens ambientais, ou se verificar a perda da oportunidade de fruição pelas gerações atuais e futuras de bens de valor histórico-cultural ou paisagístico.*
>
> *Nessa visão, não se exige, necessariamente, sentimento de dor, sofrimento, indignação, repulsa ou aflição espiritual pela coletividade para a configuração do dano moral ambiental.*
>
> *O Superior Tribunal de Justiça, aliás, adotou a concepção ampla de dano moral ambiental, conforme se extrai do julgamento do STJ, REsp nº 1.269.494/MG, 2ª Turma, de relatoria da Min. Eliana Calmon, que consignou em seu voto que:*
>
> *'O dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo'.*
>
> *O Min. Humberto Martins, já decidiu, nesta esteira de entendimento, que em determinadas hipóteses 'o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado', como decorrência da 'simples violação do bem tutelado', prescindindo, portanto, da demonstração de dor ou padecimento, os quais derivam da própria violação*[5]*, autorizando inferir, portanto, que o dano moral ambiental ocorre in re ipsa, exigindo apenas a demonstração da violação do direito tutelado, ficando dispensada, contudo, a prova da dor, indignação ou repulsa social.*

5 STJ, REsp n. 1.410.698/MG, 2ª T., j. 23.06.2015, rel. Min. Humberto Martins.

No caso, restou fartamente demonstrado nos autos a violação pelos requeridos, proprietários dos imóveis em condições higiênico-sanitárias precárias, conforme apurado em diversas vistorias da SEMADUR, do direito difuso da comunidade local ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, acarretando riscos de proliferação de vetores de doenças como dengue, dentre outras.

Portanto, estando cabalmente demonstrada a responsabilidade dos réus pela ofensa ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cumpre arbitrar o valor da indenização devida, ato este que encontra enorme dificuldade, por não existirem critérios determinados e fixos para esta quantificação, tendo em vista a subjetividade que caracteriza o tema.

No entanto, é de se ter presente que o dano moral coletivo tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais.

No caso, foi sério e grave o risco imposto à coletividade, diante dos surtos de dengue já ocorridos nesta urbe, que registraram, inclusive, diversos casos fatais. Também merece consideração a resistência dos réus em resolver os problemas apontados nas diversas vistorias realizadas pela SEMADUR, desde 2012.

E, por fim, merece destaque o fato de não terem os réus se interessado sequer em cumprir a decisão liminar de f. 279-290, na parte em que determinou a confecção de laudo técnico, tornando evidente sua recalcitrância.

(...)"

Em que pese o entendimento do eminente relator e as razões apresentadas pelos apelantes se verifica a necessidade de reforma apenas parcial, da sentença singular, somente no que se refere ao valor arbitrado à título de condenação em danos morais. Explico.

In casu, como consignado na sentença recorrida, trata-se de dano moral ambiental que ocorre *in re ipsa*, exigindo apenas a demonstração da violação do direito tutelado, ficando dispensada, contudo, a prova da dor, indignação ou repulsa social. Constata-se que o dano exposto nos autos é daquele denominado dano moral puro, 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[6]:

"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."

No caso em análise, conforme se extrai do processado, os apelantes, proprietários da empresa "Qually Peles Ltda.", exploradora das atividades de curtimento de couro e outras atividades afins, permitiram o depósito de materiais, como madeira, equipamentos e embalagens vazias de produtos químicos, nos imóveis objeto dos autos, fomentando, assim, o aumento da fauna sinantrópica.

"Desse forma, o risco imposto à coletividade é sério, concreto e atual, devendo ser considerado na manutenção da condenação no pagamento em danos morais coletivos, principalmente diante dos inúmeros casos de dengue, febre chikungunya, etc., que tem afetado à saúde da população desta capital, inclusive com vítimas fatais; bem como, ressalto o fato de que o magistrado a quo, escorreitamente, também levou em consideração a recalcitrância dos recorrentes em promover a solução dos problemas apontadas nas várias vistorias realizadas pela SEMADUR, isso, desde o ano de 2012, bem como, também destacou o fato de não terem os réus se interessado sequer em cumprir a decisão liminar de f. 279-290, na parte em que determinou a confecção de laudo técnico, tornando evidente sa falta de cuidado com a saúde pública."

6 . CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civi**l. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 116.

Nesse sentido:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – QUEIMADA ILEGAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – AUTO DE INSPEÇÃO – NOTIFICAÇÃO E AUTO DE INFRAÇÃO – PROVA DO DANO – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – AUSÊNCIA DE ELEMENTO PROBANTE A DESACREDITAR OS DOCUMENTOS DO ÓRGÃO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE A NATUREZA DAS CONDENAÇÕES – DEVER DE REPARAR INTEGRAMENTE O DANO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS. A obrigação de recuperar a degradação ambiental recai sobre o titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza propter rem - Tese 09 do STJ e artigo 2º, parágrafo 2º, do Código Florestal em vigor (Lei 12.605/2012). Ao responsabilizar-se civilmente o infrator ambiental, não se deve confundir prioridade da recuperação in natura do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer). ***Nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar.*** *Aí se encontra típica obrigação cumulativa ou conjuntiva*. (Ap 170923/2016, Des. José Zuquim Nogueira, Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo, Julgado em 18/12/2018, Publicado no DJE 22/01/2019)." (TJMT - APL: 00071433220068110007170923 2016 MT, Relator: Des. José Zuquim Nogueira, Data de Julgamento: 18/12/2018, Segunda Câmara De Direito Público E Coletivo, Data de Publicação: 22/01/2019) grifei.

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA – PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA – AUSÊNCIA DE NULIDADE – DANO AMBIENTAL – DESMATAMENTO – ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO – REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA – DANO MORAL COLETIVO – CONFIGURADO – VALOR FIXADO CONDIZENTE COM A SITUAÇÃO DOS AUTOS – RECURSO DESPROVIDO. - Se a prova pericial produzida nos autos é conclusiva, não se justifica a realização de nova perícia, a teor do que dispõe o art. 480 do CPC - Age corretamente o julgador que indefere a prova testemunhal desnecessária ao deslinde de fatos já provados por outros meios de prova - Se a fundamentação utilizada pelo julgador para proferir sentença foi objeto de debate nos autos, ou, pelo menos, oportunizada a discussão, não há que se falar em violação ao princípio da não surpresa - Demonstrada a ilegalidade de desmatamento de área de vegetação nativa, objeto de proteção ambiental - APA Serra de Timóteo - correta a sentença que determinou a recuperação da vegetação - A obrigação de fazer - recuperação da área degradada não impede que o dano moral coletivo seja reconhecido, pois se tratam de esferas obrigacionais diferentes e independentes - ***O dano moral coletivo ocorre sempre que o prejuízo ambiental atinge esfera moral da coletividade específica - Comprovada a ocorrência de dano moral coletivo, deve o responsável pelo desmatamento ser condenado, também, ao pagamento de indenização, que deve ser fixada levando-se em consideração à gravidade do dano e às circunstâncias específicas do infrator - Recurso a que se nega provimento****."* (TJ-MG - AC: 10687140021258001 MG, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 08/11/2018, Data de Publicação: 14/11/2018) Grifei.

"APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO – AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – ECONOMIZADOR DE COMBUSTÍVEL – REDUÇÃO DA EMISSÃO DE POLUENTES – PUBLICIDADE ENGANOSA – CONDUTA ABUSIVA DA RÉ – DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO – No caso, o produto divulgado pela empresa ré não apresenta as qualidades e não produz efeitos anunciados, caracterizando-se como propaganda enganosa - Assim, cabia à demandada o ônus da prova da qualidade do produto, da veracidade e correção da informação, nos termos do art. 38 do CDC, prova da qual não se desincumbiu - Ainda que não individualmente quantificados os consumidores neste momento processual, restou consagrado no artigo 95 do CDC, a possibilidade de condenação genérica sem fixação do quantum, cabendo a cada consumidor, em sede de liquidação de sentença, comprovar os eventuais prejuízos para ressarcimento, motivo pelo qual deve ser mantida

> *a condenação a danos materiais individualmente considerados* - ***Para configurar o dano moral coletivo é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerância, devendo ser grave e suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, o que se configurou no caso dos autos. Portanto, vai... mantido o quantum indenizatório, assim como o valor fixado a título de multa por descumprimento***. *APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.* (Apelação Cível Nº 70077905719, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 27/09/2018).” (TJ-RS - AC: 70077905719 RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 27/09/2018, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/10/2018) destaquei.

Dessa forma, considerando o caráter sancionatório e inibitório da condenação em dano moral coletivo, a meu ver deve ser mantida a sentença na parte que condenou os recorrentes ao pagamento de danos morais coletivos.

No tocante ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, sempre atento ao caráter sancionatório e inibitório da medida.

O objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pelas vítimas, desestimulando os ofensores a reiterar a pratica, leva-se em conta para tanto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco[7]:

> *“Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de “binômio do equilíbrio”, cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido.”*

A quantia fixada à título de dano moral serve como fator educativo para que os apelantes reanalisem sua postura, evitando a reiteração de atos análogos.

No que toca ao valor a ser arbitrado, devem ser observados alguns critérios, dentre eles: as condições econômicas das partes; proporcionalidade, para evitar excesso ou insuficiência do valor e, no caso, o aspecto pedagógico e dissuasório.

Nessa trilha:

> *“DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO CONDOMÍNIO – REJEITADA – AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL – PERÍCIA – DEGRADAÇÃO AMBIENTAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS COLETIVOS – RESSARCIMENTO DEVIDO – QUANTUM – REDUÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. I - A Ação Civil Pública é o meio processual destinado a responsabilizar, seja por danos morais e patrimoniais, agentes que cometeram danos ao meio-ambiente. II - O dano ambiental é a lesão causada ao meio ambiente gerando desequilíbrio ecológico e prejudicando a qualidade de vida. De acordo com o artigo 3º, V da Lei 9.938/81, são considerados recursos ambientais, a atmosfera, águas interiores, superficiais, os estatutários, mar territorial, solo, subsolo, elementos da biosfera, fauna e a flora abrangendo também elementos artificiais e culturais. III - Conforme a abalizada doutrina e o repertório jurisprudencial, a natureza jurídica da responsabilidade civil ambiental é objetiva não sendo necessária a comprovação de culpa ou dolo do agente para ensejar a responsabilização, apenas exigindo a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo agente e a degradação ambiental. IV - In casu, restou evidenciado nos autos que o loteamento questionado se insere em área de preservação ambiental - APA e em área de manancial - APM, e que foram apurados inúmeros*

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

danos à natureza, decorrentes da ausência do prévio licenciamento ambiental. V - O ato de constituição do condomínio oficializa a reunião de vontades daqueles que exercem de forma coletiva e simultânea a copropriedade, de modo que a posse ou propriedade é antecedente aquele ato e, nesta linha de raciocínio, a representação do segundo réu em nome dos residentes naquele local, não é suficiente para isentá-lo da responsabilidade pela degradação inicial do meio ambiente com o objetivo de viabilizar o parcelamento e implantação do assentamento, nem o agravamento dos danos, decorrentes da atuação de cada morador na área específica em que edificadas suas residências. É o condomínio, portanto, legitimado, solidariamente, ao outro réu, para responder pelos danos ambientais apurados. VI- ***No caso concreto, procedeu-se à redução do valor dos danos materiais, amoldando-o ao quantum postulado na inicial que, atualizado monetariamente pelo apelante, corresponde ao valor por este pugnado.*** *VII - Dado parcial provimento ao apelo."* (TJ-DF 00018649120168070018 DF 0001864-91.2016.8.07.0018, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 30/01/2019, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/02/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.) destaquei.

Desta forma, a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais) arbitrada na sentença, reputa-se excessiva e exorbitante e deve ser reduzida para o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), importância adequada e em consonância com a situação narrada nos autos e que, por certo, servirá de desestimulo aos ofensores a reiterar a pratica, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em face do exposto, divergindo do eminente relator conheço e dou parcial provimento ao recurso interposto pelos apelantes, somente para o fim de reduzir o *quantum* indenizatório para a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

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

Acompanho o voto do 1º vogal.

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

Na sessão do dia 26/06/2019, proferi voto para prover o recurso quanto aos danos morais coletivos e julgar totalmente improcedente o pleito indenizatório.

No entanto, revendo as circunstâncias fáticas que permeiam o caso e convencido pela exposição contida no voto do Eminente Des. Amaury da Silva Kuklinski, retifico aquele voto para também dar parcial provimento ao recurso, a fim de manter a indenização por dano moral coletivo, mas reduzir o valor para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), mantida a sentença em seus demais termos.

Com efeito, concluindo-se pela veracidade da situação narrada na petição inicial e do conteúdo dos laudos técnicos, reconhece-se que, anteriormente à limpeza dos terrenos por força da atuação do *Parquet,* a comunidade local foi afetada em seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ficando sujeita aos riscos de proliferação de doenças.

Dos relatórios que acompanham a exordial, verifica-se que, nas reiteradas vistorias entre os anos de 2013 a 2015, foi constatada situação irregular no que se refere à manutenção e limpeza dos lotes, estando o pátio ocupado por grande quantidade de matéria orgânica (folhas e galhos de árvores) e materiais como pneus, estrados de madeira, carroceria, tanques metálicos, contêineres vazios, etc. – altamente propícios ao acúmulo de água e à proliferação de fauna sinantrópica e insetos vetores de zoonoses, como dengue e febre chikungunya.

Ficou, assim, cabalmente demonstrado o fato de que os réus/apelantes, durante determinado tempo, colocaram em risco a população local ao provocarem, com a displicência na limpeza e manutenção dos terrenos, o surgimento de focos propiciadores de doenças, privando-a de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito este fundamental, de natureza difusa (artigo 225, *caput*, da CF[8]).

8 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

Sobre a transmutação da irregularidade ambiental em dano extrapatrimonial (moral) coletivo, cumpre destacar que este:

> *"(...) atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado."* (STJ, REsp nº 1.269.494, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.09.2013).

Noutro vértice, pode-se afirmar que*:*

> *"(...) o dano moral ambiental resulta caracterizado sempre que houver um decréscimo para a saúde, a tranquilidade e a qualidade de vida em geral de pessoas indeterminadas, como decorrência da agressão a bens ambientais, ou se verificar a perda da oportunidade de fruição pelas gerações atuais e futuras de bens de valor histórico-cultural ou paisagístico. Nessa visão, como se pode perceber, não se exige, necessariamente, sentimento de dor, sofrimento, indignação, repulsa ou aflição espiritual pela coletividade para a configuração do dano moral ambiental".*[9]

Logo, quando se fala em dano moral coletivo, a análise não envolve aqueles atributos tradicionais da pessoa humana (dor, sofrimento, abalo psíquico), mas sim um ato antijurídico que atinja alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais (STJ. 3ª Turma. REsp nº 1473846/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/02/2017).

Ainda, é possível dizer, em comparação com os danos extrapatrimoniais individuais, que os propósitos visados na indenização por danos morais coletivos são, primordialmente, os de punir o responsável pela lesão e de inibir novas práticas ofensivas, destacando-se esse binômio: punir e inibir. Por fim a reparação, aqui, não é pessoal, mas indireta, considerando que o ganho obtido é revertido a fundo de reconstituição de bens coletivos10.

Posto isso, é de se ver, no caso, que a coletividade foi lesionada em sua esfera moral, na medida em que, por cometimento de dano ambiental pelos requeridos, ficou exposta a perigo de contágio de doenças, ou seja, privada de um meio ambiente sadio e seguro, o que é suficiente para a configuração do dano extrapatrimonial coletivo, sendo desnecessária a demonstração de dano individualmente isolado.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi emitido nesse sentido:

> *"(...)*
>
> *Destarte, compulsando detidamente o processado, vislumbra-se que os Apelantes não se desincumbiram em comprovar uma modificação desse cenário, ou seja, não foram capazes de demonstrar que os imóveis se encontram em boas condições higiênico sanitárias, e sem oferecer riscos à saúde pública, ônus que a eles competia.*
>
> *Nesta senda, resta evidente que os Recorrentes não deram a devida destinação social à propriedade, no exercício da atividade econômica que desempenhavam, pois agiram com menoscabo às normas ambientais e sanitárias.*
>
> *(...)*
>
> *Destarte, o comportamento omissivo dos Apelantes, em dar a devida destinação aos resíduos e materiais inservíveis, implicou violação de relevante valor social e moral da coletividade, em especial daqueles que residem no entorno do local, pois possibilitou a proliferação de fauna sinantrópica e de vetores transmissores de zoonoses.*
>
> *Logo, inarredável a condenação em danos morais coletivos."*

9 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental:* do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 139 e ss. *In*: https://www.conjur.com.br/2018-jul-28/ambiente-juridico-reparabilidade-dano-moral-ambiental-brasil#_edn9

10 In: https://www.dizerodireito.com.br/2019/02/e-cabivel-indenizacao-por-danos-morais.html

Em contrapartida, o *quantum* de R$ 100.000,00 (cem mil reais) fixado na sentença revela-se excessivo frente ao dano causado, que, embora punível, não é grave o bastante para justificar imposição de indenização nesse patamar.

Considerando, pois, a situação fática em que se deu a agressão ao meio ambiente no caso, bem como os critérios norteadores para o arbitramento da indenização, como a situação pessoal do ofendido, sua condição econômica e grau de culpabilidade, bem como a extensão e gravidade da intensidade da lesão, é de se modificar o importe estabelecido na sentença, a título de dano moral coletivo, minorando-o, tal como constou no voto do ilustre 1º vogal, para R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O montante arbitrado na douta sentença, de R$ 100.000,00 (cem mil reais), é mesmo claramente desproporcional e desarrazoado em relação à intensidade do dano aqui verificado, formação de focos de dengue devido à má manutenção de terreno, que, embora reprovável e passível de indenização, não justifica tão elevada condenação.

Posto isso, retifico o voto proferido na sessão do dia 26/06/2019 para, em consonância com o 1º vogal, dar parcial provimento ao recurso para fins de redução do valor da indenização para R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal. O relator retificou seu voto.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

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, 3 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível nº 0800342-49.2017.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL PARA LEVANTAMENTO DE FGTS, PIS/PASEP DE NO MÁXIMO NOVE ANOS – IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD) – RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – RECOLHIMENTO POSTERIORMENTE – POSSÍVEL – CASO DEVIDO – PREVISÃO EXPRESSA DO CPC/15 – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º, DO ART. 659, DO CPC/15 – INOCORRÊNCIA REJEITADA – RECURSO DESPROVIDO.

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, sendo possível a expedição de formal de partilha sem o prévio recolhimento de imposto de sua competência (ITCD), constitucionalmente previsto no art. 155, I, da Constituição.

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, 31 de julho de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 58-59, proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo, neste autos de alvará judicial para levantamento de valores de FGTS e PIS/PASEP do *de cujus*, filho dos apelados/autores, cujos pedidos foram julgados procedentes.

Em razões recursais (f. 81-88), o Estado de MS alega que antes da expedição de alvará, é necessário o recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, não tendo aplicação no rito de arrolamento sumário o parágrafo segundo do artigo 659 do Código de Processo Civil de 2015, cuja inconstitucionalidade incidental deve ser declarada.

Requer a reforma da sentença, a fim de que seja determinado o recolhimento do ITCMD antes da expedição do alvará, nos termos do art. 192 do CTN e art. 31 da Lei nº 6.830/80.

Prequestiona os artigos 186 e 192, do CTN, 146, III, "b" e 150, II, da Constituição e 659, § 2º e 664, § 5º, do novo CPC.

Os herdeiros/apelados apresentaram contrarrazões (f. 91-97), pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Defensoria Pública de segunda instância manifestou sua ciência da tramitação do recurso (f. 104).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença que deferiu a expedição de alvará judicial para levantamento de valores de FGTS e PIS/PASEP do *de cujus*, filho dos apelados/autores.

Em razões recursais (f. 81-88), o Estado de MS alega que antes da expedição de alvará, é necessário o recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, não tendo aplicação no rito de arrolamento sumário o parágrafo segundo do artigo 659 do Código de Processo Civil de 2015, cuja inconstitucionalidade incidental deve ser declarada.

Requer a reforma da sentença, a fim de que seja determinado o recolhimento do ITCMD antes da expedição do alvará, nos termos do art. 192 do CTN e art. 31 da Lei nº 6.830/80.

Prequestiona os artigos 186 e 192, do CTN, 146, III, "b" e 150, II, da Constituição e 659, § 2º e 664, § 5º, do novo CPC.

Os herdeiros/apelados apresentaram contrarrazões (f. 91-97), pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Defensoria Pública de Segunda Instância manifestou sua ciência da tramitação do recurso (f. 104).

A sentença foi assim proferida:

> *"Vistos etc.*
>
> *Osvanilda Queluz Leite e Delson Pedro Ferreira Leite, qualificadas nos autos, requerem a expedição de alvará judicial para levantamento de valores de FGTS e PIS/PASEP existentes em favor de Leandro Amaro Ferreira, falecido em 05/02/2015, ao argumento de que são ascendentes do de cujus. Ao final, postulam pela expedição de alvará judicial, pedem pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, dão valor à causa, protestam por provas e juntam documentos (f. 01-15).*
>
> *Manifestações das Fazendas Públicas da União, do Estado e do Município às f. 32-33, 39, 42-46 e 50.*
>
> *O Ministério Público Estadual manifestou o desinteresse de intervir no feito como fiscal da ordem jurídica (f. 57).*
>
> *A seguir sobrevieram-me os autos conclusos.*
>
> *É o relatório.*
>
> *Decido:*
>
> *O pedido há de ser deferido. Com efeito, o pleito é admitido pela Lei nº 6.858/80, regulamentada pelo disposto no Decreto nº 85.845/81, que autoriza o levantamento de valores depositados em contas individuais do FGTS e do PIS, pelos ascendentes do de cujus.*
>
> *Anoto ainda que a ausência de dependentes habilitados não representa óbice ao levantamento dos valores pelos sucessores do falecido, independentemente da abertura de inventário, nos termos do disposto no art. 5º do referido decreto.*
>
> *Em relação ao recolhimento ou declaração de ITCD, consigno que não se justifica a exigência da Fazenda Pública Estadual em condicionar a expedição do alvará ao prévio recolhimento do aludido imposto (f. 50), na medida em que tal condicionamento não encontra supedâneo legal.*

Contrario sensu, a dicção do art. 666 do Código de Processo Civil é justamente no sentido de celerizar o pagamento de valores de tal ordem, descabendo ao Poder Judiciário atuar como fiscal tributário.

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido inaugural e, por conseguinte, autorizo a expedição de alvará em relação à integralidade dos valores relativos ao FGTS e PIS/PASEP registrados em nome de Leandro Amaro Ferreira.

Sem custas, porque beneficiários da justiça gratuita (f. 17).

Intimem-se, em especial a Fazenda Estadual para, querendo, adotar as providências pertinentes quanto ao ITCMD na seara própria.

Transitada em julgado, expeça-se o respectivo alvará.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Oportunamente arquivem-se."

A insurgência do apelante é quanto à previsão do art. 659, § 2º, do NCPC, pois defende que esta norma é inconstitucional ao determinar que os recolhimentos dos impostos devidos sobre a partilha deverão ser analisados em procedimento administrativo, por ofender o art. 146, III, CF, no qual preceitua que questão tributária somente poderá ser tratada por lei complementar.

O art. 659, § 2º, do NCPC possui a seguinte redação:

"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.)*

Ao que se vê, a ação foi de mero alvará judicial em razão do falecimento do *de cujus* Leandro Amaro Ferreira, nascido aos 18/08/1988 e falecido em 05/02/2015, aos 26 anos de idade, desnecessário o inventário ou arrolamento.

A carteira de trabalho do *de cujus* foi emitida em 2006, ano em que completou 18 anos, de maneira em que terá no máximo nove anos de recolhimento de valores nos programas cujo alvará buscará levantar.

Pois bem. Consoante artigos 659 do Novo Código de Processo Civil, *"A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663"*, cuja hipótese se amolda ao caso concreto, e portanto, o rito aplicável.

E assim sendo, não há óbice ao levantamento do alvará independe de comprovação da quitação do ITCD, podendo ser feito posteriormente nos termos do art. 659, § 2º do NCPC, se devido, haja vista a possibilidade de isenções previstas em lei, a exemplo da Lei Estadual nº 1.810/97:

"Artigo 126. São isentas do ITCD: (Art. 126: nova redação dada pela Lei n° 4.759/2015. Efeitos a partir de 15.02.2016 até 31.12.2019.)

(...)

III - as transmissões causa mortis de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)"

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves ensina[1]:

> *"No arrolamento sumário não se admite a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio (art. 1.034, caput, do CPC). A discussão a respeito dessas matérias se desenvolve em outro processo, administrativo ou judicial, que suspende o arrolamento sumário enquanto não for decidido. A doutrina majoritária entende que a Fazenda Pública não é intimada para falar sobre as declarações contidas na petição inicial."*

A irresignação não prospera, pois a Constituição Federal determina no art. 146, III, que cabe à lei complementar tratar sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, todavia, o § 2º do art. 659 do CPC não possui natureza tributária, mas sim processual.

A propósito, sobre esta questão há diversos julgados desta Corte no sentido da ausência de inconstitucionalidade, vejamos:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – CONVERSÃO DE INVENTÁRIO EM ARROLAMENTO – POSSIBILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 2º DO ART. 659 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REJEITADA. 01. É possível a conversão do inventário em arrolamento quando se trata de partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei. 02.* ***Por não se referir a conteúdo material de norma tributária, mas apenas disciplinar a legislação processual em relação à partilha, a redação do § 2º do art. 659 do Código de Processo Civil, posterior ao art. 192 do Código Tributário Nacional, prevalece por ser mais recente e não infringe o art. 146 da Constituição Federal.*** *Recurso conhecido e não provido."* (TJMS, Apelação Cível nº 0800642-72.2016.8.12.0032, Des. Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, julgado em 28.6.2017) (g.n.)

> *"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."* (TJMS. Apelação nº 0801440-41.2017.8.12.0018, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j: 11/07/2018, p: 12/07/2018)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA DE BENS – ITCMD – RECOLHIMENTO POSTERIOR – ART. 659, § 2º, DO CPC/2015 – INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO. O art. 659, § 2º, do Código de Processo Civil/2015, autoriza expressamente o recolhimento do Imposto sobre a Transmissão Causa mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) após a sentença de partilha, no procedimento de Arrolamento Sumário. "Por não se referir a conteúdo material de norma tributária, mas apenas disciplinar a legislação processual em relação à partilha, a redação do § 2º do art. 659 do Código de Processo Civil, posterior ao art. 192 do Código Tributário Nacional, prevalece por ser mais recente e não infringe o art. 146 da Constituição Federal."* (TJMS. Apelação nº 0808283-10.2016.8.12.0001, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j: 22/11/2017, p: 22/11/2017)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – PRELIMINAR DE FALTA DE ILEGITIMIDADE/INTERESSE – AFASTADA – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º, DO ART. 659, DO CPC/15 – INOCORRÊNCIA – IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCD) – RECOLHIMENTO POSTERIOR À SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA DE BENS – PREVISÃO EXPRESSA DO CPC/15 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 01. Não há falar em falta de legitimidade ou de interesse uma vez que o ITCD é um tributo de competência estadual,*

1 **Manual de Direito Processual Civil.** 5 ed. São Paulo: Método. 2013.P. 1415.

> *cabendo ao Estado exigir e fiscalizar seu recolhimento. 02.* ***O Código de Processo Civil/2015, ao excepcionar a regra do art. 192 do Código Tributário Nacional, não tratou de norma geral de Direito Tributário, ao contrário, o dispositivo do CTN é que versou, excepcionalmente, 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. Logo, poderia o CPC/15, como norma geral, excepcionar regra de natureza processual prevista em legislação esparsa, sem incorrer em qualquer vício formal de constitucionalidade. 03. Ademais, o art. 22, I, da CF/88, estabelece ser competência privativa da União legislar sobre direito processual, não havendo, no corpo do texto constitucional, dispositivo que imponha a necessidade de se editar Lei Complementar para tratar da referida matéria.*** *04. O art. 659, § 2º, e o art. 662, ambos do Código de Processo Civil/2015, autorizaram expressamente o recolhimento do Imposto sobre a Transmissão Causa mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD) após a sentença de partilha, no procedimento de arrolamento sumário. 05. Recurso de apelação conhecido e desprovido."* (TJMS. Apelação nº 0839831-87.2015.8.12.0001, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017, j: 07/12/2017, p: 11/12/2017) (g.n.)

Assim, como se denota do entendimento deste sodalício, apesar do parágrafo citado do CPC excepcionar a regra do art. 192[2] do CTN, não tratou de norma geral de matéria tributária, longe disso, na realidade é o dispositivo do CTN que 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*.

Portanto, não há se cogitar qualquer vício formal de inconstitucionalidade no § 2º do art. 659 do CPC/15, porquanto o conteúdo do art. 659, § 2º, do NCPC é de natureza processual e não tributária, não sendo, por esse modo, reservado à lei complementar.

Ademais, note-se que os valores do FGTS, PIS/PASEP, objeto do alvará pode ser solicitado pela própria Fazenda Pública interessada, não havendo qualquer impedimento para o exercício do seu direito creditório, tendo em vista os mecanismos próprios para seu recebimento.

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

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto, e nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença invectivada.

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. Amaury da Silva Kuklinski.

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. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vítor Luiz de Oliveira Guibo – Em subsituição legal).

Campo Grande, 31 de julho de 2019.

***

2 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.

3ª Câmara Cível
Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível nº 0801162-21.2013.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA GP FRANCHISING LTDA ACOLHIDA – EMPRESA FRANQUEADORA QUE NÃO POSSUI RELAÇÃO COM O PRODUTO OFERECIDO – CLÁUSULA QUE VEDA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SIMILARES PELO FRANQUEADO – INEXISTE PROVAS DO VÍNCULO DE SOLIDARIEDADE ENTRE A EMPRESA FRANQUEADORA E A OUTRA EMPRESA QUE PRESTAVA SERVIÇO DIVERSO – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – REJEITADA – MÉRITO – CURSO DE ENFERMAGEM À DISTÂNCIA SEM RECONHECIMENTO PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES (MEC E CEE/MS) – IRREGULARIDADE QUE OBSTA A INSCRIÇÃO PERANTE O COREN/MS O QUE IMPEDE O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE TÉCNICO EM ENFERMAGEM – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MAJORADO – SUCUMBÊNCIA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO DE APELAÇÃO DA EMPRESA TEIXEIRA & ARAÚJO EVENTOS E CURSOS LTDA. (RESIDÊNCIA SAÚDE) CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSOS DE APELAÇÃO DA PARTE AUTORA E GP FRANCHISING LTDA (FRANQUEADORA), CONHECIDOS E PROVIDOS.

Para se responsabilizar solidariamente a cadeia de fornecedores/prestadores de serviços pelos vícios produtos/serviços deve existir entre eles uma ligação. Assim, entendo que a empresa GP Franchising Ltda. não é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, pois inexiste o nexo de causalidade entre qualquer conduta desta e o dano ocorrido.

Aplica-se ao caso o prazo prescricional de 5 anos, segundo art. 27 do CDC, por se tratar de ação com pretensão de reparação pela falha na prestação do serviço.

O fornecimento de curso que não está devidamente regularizado junto aos órgãos competentes e que frustra a pretensão de exercer a profissão é considerado ato ilícito, em razão do descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança, logo, deve haver a reparação do dano pelas empresas responsáveis.

O *quantum* a ser arbitrado para a respectiva indenização por danos morais deve ter em vista os transtornos gerados e a capacidade econômica do ofensor, de modo a compensar a autora do dano de não ter concluído o curso técnico de enfermagem e servir de desestímulo da prática lesiva, com caráter pedagógico para inibir tais condutas. Valor majorado para R$ 20.000,00 (vinte mil reais), tendo em vista os parâmetros jurisprudenciais em casos análogos.

Em consonância com o princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da ação deve arcar com o pagamento das custas processuais e com os honorários de sucumbência.

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 de Dejanira Dornelles dos Santos Andrade e de GP Franchising Ltda e negaram provimento ao apelo de Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda-MS, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de agosto de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Dejanira Dornelles dos Santos Andrade (autora), GP Franchising Ltda. E Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda.-ME (requeridas) interpõem recurso de apelação contra a sentença de f. 535-546, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, nestes autos de ação de rescisão de contrato c/c restituição de valores e indenização por danos materiais e morais, cujos pedidos foram julgados parcialmente procedentes, declarando a rescisão do contrato e condenando solidariamente as requeridas à devolução simples dos valores recebidos, indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e aos ônus sucumbenciais.

Em suas razões de apelação (f. 550-556), insurge-se a autora, Dejanira Dornelles dos Santos Andrade, contra o valor fixado a título de indenização por danos morais, alegando ter sido aquém do usualmente fixado para tais casos em que a recorrente pagou e frequentou o curso técnico de enfermagem por quase dois anos, embora não reconhecido pela Secretaria de Educação Estadual e COREN/MS.

Requer que o recurso seja conhecido e provido, sugerindo a majoração dos danos morais para 100 vezes o salário mínimo.

Em contrarrazões (f. 624-627 e 669-676), GP Franchising Ltda. E Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. pugnam pelo desprovimento do recurso da autora.

A requerida GP Franchising Ltda., em suas razões recursais de f. 562-576, sustenta, preliminarmente, que deve ser excluída do polo passivo da lide e, por conseguinte, afastada a obrigação indenizatória, em razão de não possuir qualquer ligação, parceria ou contrato com a empresa responsável pelo curso técnico de enfermagem, desconhecendo na totalidade o conteúdo, legislação, e modalidade deste curso, e que atua no ramo de franquia, tanto que possui franqueados e não filiais.

No mérito, aduz que não restou comprovado nos autos o dano moral e que o mero descumprimento contratual não gera o dever de indenizar.

Por fim, requer o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva e, caso rejeitada, pelo afastamento da condenação por danos morais.

Em contrarrazões (f. 581-593, repetidas as f. 596-608), a autora pugna pelo desprovimento do recurso da requerida.

Por sua vez, Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. - Residência Saúde, em suas razões recursais de f. 647-664, alega, em sede preliminar, a decadência do direito da autora de reclamar vício do produto ou serviço, com base no art. 26 do CDC, já que o prazo decadencial de 30 dias já transcorreu desde a data do término do curso.

No mérito, argumenta que o impedimento da autora em realizar os estágios supervisionados não foi pela ausência de reconhecimento e registro do curso, mas sim a proficiência necessária de toda a parte teórica por esta.

Defende que em razão da inexistência de qualquer impedimento legal à atuação da apelante em ofertar curso técnico à distância, não há o que se falar em desrespeito às cláusulas do código de defesa do consumidor e muito menos na ocorrência de qualquer espécie de dano causado a autora.

Afirma inexistir qualquer ato ilícito de sua parte, motivo pelo qual deve ser afastada a condenação pelos danos morais ou, ao menos, que a indenização seja minorada.

Aponta que em razão da autora ter apenas parte de seus pedidos acolhidos, deve ser a sucumbência distribuída proporcionalmente.

Por fim, requer o acolhimento dos pleitos recursais.

Em contrarrazões (f. 681-688), pugna a autora pelo desprovimento do recurso da requerida.

VOTO

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

Trata-se de recursos de apelações interpostos por Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. - Residência Saúde, GP Franchising Ltda. (requeridas) e Dejanira Dornelles dos Santos Andrade (autora) contra sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais formulados na presente ação de rescisão contratual c/c indenização por danos morais e materiais c/c repetição do indébito para declarar rescindido o contrato de prestação de serviços educacionais e condenar os apelantes e também a requerida Sandra Altaíde Ferreira Tiyoda - ME ao pagamento por danos morais no valor de R$ 10.000,00 em favor da parte autora.

Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. - Residência Saúde, em suas razões recursais (f. 647-664), alega preliminarmente, a decadência do direito da autora de reclamar vício do produto ou serviço, com base no art. 26 do CDC, já que o prazo decadencial de 30 dias já transcorreu desde a data do término do curso.

No mérito, argumenta que o impedimento da autora em realizar os estágios supervisionados não foi pela ausência de reconhecimento e registro do curso, mas sim a proficiência necessária de toda a parte teórica por esta.

Defende que em razão da inexistência de qualquer impedimento legal à atuação da apelante em ofertar curso técnico à distância, não há o que se falar em desrespeito às cláusulas do código de defesa do consumidor e muito menos na ocorrência de qualquer espécie de dano causado a autora.

Afirma inexistir qualquer ato ilícito de sua parte, motivo pelo qual deve ser afastada a condenação pelos danos morais ou, ao menos, que a indenização seja minorada.

Aponta que em razão da autora ter apenas parte de seus pedidos acolhidos, deve ser a sucumbência distribuída proporcionalmente.

Por fim, requer o acolhimento dos pleitos recursais.

Em contrarrazões (f. 681-688), pugna a apelada/autora pelo desprovimento do recurso.

Por sua vez, a recorrente GP Franchising Ltda. (f. 562-576) sustenta, preliminarmente, que deve ser excluída do polo passivo da lide e, por conseguinte, afastada a obrigação indenizatória, em razão de não possuir qualquer ligação, parceria ou contrato com a empresa responsável pelo curso técnico de enfermagem, desconhecendo na totalidade o conteúdo, legislação, e modalidade deste curso, e que atua no ramo de franquia, tanto que possui franqueados e não filiais.

No mérito, aduz que não restou comprovado nos autos o dano moral e que o mero descumprimento contratual não gera o dever de indenizar.

Por fim, requer o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva e, caso rejeitada, pelo afastamento da condenação por danos morais.

Em contrarrazões (f. 581-593, repetidos f. 596-608), pugna a apelada/autora pelo desprovimento do recurso.

Igualmente irresignada, Dejanira Dornelles dos Santos Andrade também recorre da sentença pugnando às f. 550-556 pela majoração dos danos morais para 100 vezes o salário mínimo, pois a quantia fixada em R$ 10.000,00 encontra-se aquém de outros casos semelhantes julgados por esta Corte Estadual.

Em contrarrazões (f. 624-627 e 669-676), pugnam as requeridas GP Franchising Ltda. e Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. pelo desprovimento do recurso da autora.

O dispositivo da sentença contra a qual se insurgem os apelantes foi proferido nos seguintes termos:

> *"Posto isso, julgo parcialmente procedentes os pedidos para declarar rescindido o contrato de prestação de serviços educacionais entabulado entre as partes, bem como inexistente qualquer débito a ele relativo;*
>
> *Condeno as requeridas, solidariamente, a devolverem à autora os valores que dela receberam, de forma simples e segundo o que vier a ser apurado e provado em liquidação de sentença, considerando-se a matricula e as mensalidades pagas desde a assinatura do contrato de f.20-23, atualizados pelo IGPM-FGV e acrescidos de juros de 1% ao mês, a partir da citação.*
>
> *Condeno as requeridas a pagarem solidariamente à autora indenização a título de danos morais no valor de R$ 10.000,00. O valor da condenação pelos danos morais deverão ser acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, assim como de correção monetária pelo IGPM-FGV desde a data da prolação da presente sentença, até o efetivo pagamento.*
>
> *Julgo improcedentes os pedidos de condenação em danos materiais e lucros cessantes.*
>
> *Como a requerente sucumbiu de parte mínima de seus pedidos, condeno as requeridas ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como de honorários advocatícios em favor do patrono da requerente, fixando esta verba em 15% do valor da condenação ora imposta, o que faço com base no art. 85, § 2º do CPC.*
>
> *O mérito foi resolvido nos termos do art. 487, I do CPC.*
>
> *P.R.I. Arquivem-se. Cumpra-se."*

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu duplo efeito.

Recurso de GP Franchising Ltda.

Com relação a ilegitimidade passiva, a empresa aduz que não ser responsável solidariamente pelas irregularidades pois como franqueadora só autoriza os franqueados a usarem a marca "Prepara Cursos Profissionalizantes" e a distribuírem os seus produtos, não tendo nenhuma ingerência no curso de enfermagem oferecido pelas demais rés.

Analisando os autos e o entendimento adotado por este Tribunal, entendo que a preliminar merece ser acolhida, uma vez que para responsabilizar solidariamente a cadeia de fornecedores/prestadores de serviços pelos vícios produtos/serviços deve existir entre eles uma ligação.

E, *in casu*, após analisar o conjunto probatório existente nos autos, nota-se que não existem provas de que a empresa GP Franchising Ltda. faz parte da cadeia de prestação de serviços relacionado ao objeto da presente demanda, uma vez que no contrato realizado entre as partes (f. 16-179) existe cláusula que veda a prestação de serviços similares, *in verbis*:

> *"1.1 O método Prepara Cursos Profissionalizantes, os serviços e os produtos estão descritos na relação de produtos e serviços que, rubricado pelas partes, passa a fazer parte integrante do presente instrumento sob a denominação Anexo I.*
>
> *1.2 O estabelecimento do franqueado será identificado com a marca Prepara Cursos Profissionalizantes, cujo uso a título precário é autorizado enquanto perdurar o presente contrato; período em que nenhuma outra marca poderá ser utilizada pelo franqueado para sinalizar seu negócio. De igual forma, não poderá o franqueado comercializar qualquer outro tipo de serviços ou de produtos que não os autorizados e distribuídos pela franqueadora."* (f. 161)

Além disso, nos documentos apresentados pela parte autora e pelas outras empresas demandadas não existe nenhuma menção do nome da empresa recorrente (GP Franchising Ltda) ao curso de enfermagem.

Não há dúvida que a corré Sandra Altaide Ferreira Tyoda-ME serviu-se das instalações físicas e dos recursos humanos que montou para prestar serviços da franqueadora, do *know-how* adquirido com o treinamento ao tempo da aquisição da marca Prepara Cursos Profissionalizantes, embora tal conduta esteja contratualmente vedada, para ampliar e dinamizar sua atividade profissional, firmando assim com a corré Residência Saúde o contrato de parceria para dispor no mercado local de cursos de propriedade da Escola Técnica Residência Saúde.

Em sendo o curso contratado pela autora-apelada de propriedade da Teixeira e Araújo - Escola Técnica Residência Saúde, evidente que não pode a apelante GP Franchising ser responsabilizada pela irregularidade daquela, em razão do defeito apontado pela atora-apelada na inicial estar atrelado especificamente ao curso em si e não às instalações montadas pela corré Sandra Altaide Ferreira Tyoda-ME, adquiridas da franqueadora.

O fato da corré Sandra Altaide Ferreira Tyoda-ME servir-se (indevidamente) das instalações que montou para, durante a vigência do contrato de franquia, utilizar a marca *Prepara Cursos Profissionalizantes*, na cidade de Aquidauana-MS, e aí implementar cursos alheios ao da franqueadora, não possibilita atribuir responsabilidade à apelante GP pelo defeito do curso de outrem, por não fazer parte da cadeia.

O art. 34 do CDC estabelece a solidariedade entre o fornecedor de produtos ou serviços pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, desde que seja aquele o fornecedor do produto. Esta vinculação é patenteada no art. 12 do CDC:

> *"(..)*
>
> *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 (...)"*

Pontuo, por oportuno, que o contrato de parceria firmado pela corré Sandra Altaide Ferreira Tyoda-ME e Teixeira & Araújo deixa bem definido a quem pertence o curso ofertado à autora (f. 20):

> *"Pelo presente instrumento particular de prestação de serviços, de um lado: Teixeira e Araújo Eventos e Cursos Ltda., (Residência Saúde) inscrita no CNPJ sob o número 08.018.817/0001-07, com endereço à Rua Antônio Procópio, 501, Farol, Maceió-AL, CEP 57057-460, seu Parceiro: Sandra Altaide Ferreira Tyoda-ME, inscrita no CNPJ sob o número 10.604.058/0001-06, com endereço à Estevão Alves Correa, 1056 Alto Aquidauana MS, doravante simplesmente denominados de contratados e de outro lado: Dejanira Dornelles dos Santos Andrade, portador do CPF 500.583.121-53, residente e domiciliado à Rua Quintino Bocaiuva, 1366 Serraria Aquidauana MS, devidamente matriculado no curso Técnico de Enfermagem, horário de 18:30h às 22:30h (...)"*
>
> *"Constitui objeto do presente contrato a prestação de serviços educacionais na modalidade a distância pelo contratado, dos blocos temáticos, bimestrais dos cursos ofertados a partir da assinatura do presente instrumento a favor do contratante devidamente matriculado. Parágrafo 1º - A forma e as condições anunciadas em material publicitário e no espaço cibernético da Residência Saúde (http://www. residenciasaúde.com.br) constituem oferta e integram o presente contrato, ressalvadas as características próprias do curso no qual o aluno foi matriculado, principalmente no tocante às unidades de ensino em que não há, por razões mercadológicas, oferta dos cursos. Parágrafo 2º - O curso será transmitido por meio televisivo via satélite e/ou via web, preferencialmente ao vivo, pela Residência Saúde ao parceiro e consequentemente ao aluno, em tempo real se transmitido ao vivo, sempre observado e seguido o horário oficial de Brasília-DF. Parágrafo 3º - Constituem obrigação do parceiro a preparação do ambiente necessário à prestação do serviço para o aluno/a de forma eficiente, em sala de aula, ressalvados os eventos imponderáveis e inevitáveis. Parágrafo 4º - As salas de aula poderão ser monitoradas por sistema de câmeras ligadas à rede mundial de computadores (webcam), cujas imagens serão recebidas pelos contratados. Parágrafo 5º - As imagens poderão ser transmitidas durante as aulas para todo o sistema,*

com o que concorda o contratante por intermédio da assinatura do presente instrumento, preservando-se a privacidade das imagens nos termos da legislação vigente. Parágrafo 6º - O aluno somente poderá inscrever-se no módulo seguinte, caso esteja com suas mensalidades devidamente quitadas mediante termo aditivo (...)"

Nesse sentido este Tribunal já decidiu:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA – (...)* ***ILEGITIMIDADE PASSIVA DA FRANQUEADORA – CURSO QUE NÃO FAZIA PARTE DE SEUS PRODUTOS, MAS SIM DE PROPRIEDADE DE OUTRA EMPRESA – INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE SOLIDARIEDADE – PRELIMINAR ACOLHIDA****. I) Constatado o curso em questão não tem qualquer relação com a franquia, mas se originou, na verdade, de uma quebra da cláusula de exclusividade pela empresa franqueada, sendo de propriedade de uma outra empresa, é induvidoso que a franqueadora, que não autorizou ou participou dessa oferta ao mercado, não deve responder solidariamente pelos danos causados. A solidariedade só existiria se o defeito tivesse ocorrido na prestação dos serviços da franquia, sobre os quais a franqueadora tem o dever de controle e fiscalização – o que não se aplica para a hipótese de produto ou serviço que não seja de sua propriedade. Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida. (...)."* (TJMS. Apelação nº 0801224-61.2013.8.12.0005, Aquidauana, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 08/02/2017, p: 15/02/2017) – destacamos

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – DECURSO DE PRAZO SEM O RECOLHIMENTO DO PREPARO – DESERÇÃO – PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA – PRAZO QUINQUENAL PARA O CONSUMIDOR – APLICAÇÃO DO ART. 27 C/C ART. 14 DO CDC – PREJUDICIAL AFASTADA – MÉRITO – INCLUSÃO NA LIDE DA EMPRESA FRANQUEADORA – ILEGITIMIDADE – CURSO INDICADO DE PROPRIEDADE DE OUTRA EMPRESA – USO PELA FRANQUEADA, EMBORA COM IMPEDIMENTO CONTRATUAL, DO ESPAÇO FÍSICO – CURSO DE ENFERMAGEM À DISTÂNCIA – CREDENCIAMENTO PELO SISTEMA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DA BASE – EXTENSÃO EM UNIDADE DA FEDERAÇÃO DIVERSA DA BASE – AUTORIZAÇÃO PELO SISTEMA DE ENSINO DO ESTADO ONDE O POLO É CRIADO – AUSÊNCIA – IRREGULARIDADE QUE IMPOSSIBILITA O RECONHECIMENTO DO ENSINO PROFISSIONALIZANTE – DEFEITO NO SERVIÇO – REPETIÇÃO DO VALOR PAGO PELA ALUNA – DANO MORAL INEXISTENTE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO DA CORRÉ SANDRA ALTAIDE F. TYODA-ME NÃO CONHECIDO – RECURSO DE GP FRANCHISING PROVIDO – RECURSO DE TEIXEIRA && AMP ARAÚJO EVENTOS E CURSOS LTDA. PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO. (...). 3.* ***O CDC prescreve a solidariedade entre prestadores de serviços, desde que entre eles haja elo de ligação. A franqueadora não tem legitimidade para figurar no polo passivo da ação ordinária quando o curso cujo defeito lhe é atribuído não está dentre os de sua responsabilidade. Não pode a franqueadora responder pelo incremento da atividade da franqueada, que o faz em total desarmonia com o contrato de franchising dada a falta de nexo causal entre o dano alegado e o serviço por aquela prestado****. (...)."* (TJMS. Apelação nº 0801226-31.2013.8.12.0005, Aquidauana, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 22/11/2016, p: 23/11/2016) – destacamos

Assim, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da empresa GP Franchising Ltda. e julgo extinto o processo sem resolução do mérito em relação à tal franqueadora, condenando a autora ao pagamento de honorários sucumbenciais no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), cujo pagamento ficará sob condição suspensiva, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC[1].

1 § 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.

Recurso de Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. - Residência Saúde e Dejanira Dornelles dos Santos Andrade

Decadência

A apelante/requerida Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. – Residência Saúde suscita preliminar de decadência da pretensão inicial, tendo em vista o decurso do prazo de 90 (noventa) dias do art. 26, inciso II e § 1º, do CDC:

> *"Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:*
>
> *(...)*
>
> *II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.*
>
> *§ 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços."*

Ocorre que a situação exposta nos autos não se amolda aos casos sujeitos à decadência, uma vez que não se deduziu a reclamação de um direito potestativo, mas sim a pretensão de reparação dos danos causados pela prestação defeituosa dos serviços contratados, o que leva à incidência da prescrição.

O prazo estabelecido pelo artigo supracitado refere-se ao prazo que o consumidor tem perante o fornecedor para exercer o direito de reclamar, visando que o fornecedor corrija os vícios do produto ou serviço. Enquanto o prazo estabelecido pelo artigo 27 do CDC, refere-se ao decurso de prazo para que o consumidor exerça o direito de pleitear a reparação pelos danos causados em razão dos vícios apresentados no produto/serviço:

> *"Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria."*

Com isso, conforme disposto no artigo 27 do CDC, se aplica ao caso o prazo prescricional de 05 anos.

Dessa forma, considerando que a parte autora alega que teve conhecimento do vício em abril/2013, e a ação foi proposta em 08.07.2013, é evidente que não houve o transcurso superior a 05 anos.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. I)* ***No Direito do Consumidor, a decadência atinge o direito de reclamar, enquanto a prescrição afeta a pretensão à reparação por danos gerados. No primeiro caso, regido pelo art. 26, trata-se de decurso de prazo para que o consumidor exerça o direito potestativo (de reclamar), visando que o fornecedor corrija os vícios do produto ou serviço. No segundo caso, regido pelo art. 27, trata-se do decurso de prazo para que o consumidor exerça uma pretensão em decorrência da lesão sofrida. Assim, se não se deduziu a reclamação de um direito, mas sim uma pretensão de reparação dos danos causados pela prestação defeituosa do serviço, há sujeição ao prazo prescricional e não decadencial. E, não tendo transcorrido, mais de 05 (cinco) anos entre a ciência do ato lesivo e o ajuizamento da ação, não se encontra operada a prescrição****. (...)."* (TJMS. Apelação nº 0801224-61.2013.8.12.0005, Aquidauana, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 08/02/2017, p: 15/02/2017) – destacamos

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – DECURSO DE PRAZO SEM O RECOLHIMENTO DO PREPARO – DESERÇÃO –* ***PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA – PRAZO QUINQUENAL PARA O CONSUMIDOR – APLICAÇÃO DO ART. 27 C/C ART. 14 DO CDC – PREJUDICIAL AFASTADA*** *– (...) 2.* ***O prazo para o consumidor vindicar reparação de danos pela prestação***

> ***de serviços defeituosos é de 5 anos, nos termos do art. 27 c/c art. 14 do CDC**. (...).”* (TJMS. Apelação nº 0801226-31.2013.8.12.0005, Aquidauana, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 22/11/2016, p: 23/11/2016) – destacamos

Assim, rejeito a preliminar de decadência arguida.

Mérito

Longa é a digressão da apelante sobre a idoneidade da empresa e do curso à distância que oferece. No entanto, a questão que o feito encerra é a (ir)regularidade do curso junto a Secretaria de Educação deste Estado.

Ao analisar detidamente a prova documental produzida, não encontrei o ato administrativo emanado do órgão estatal dando-lhe tal suporte.

É incontestável a regularização da Escola Residência Saúde junto a Secretaria de Estado de Alagoas (por ser esta a base do credenciamento inicial, exigência, nos termos do art. 11 do Decreto nº 5.622/05, o que já não ocorre em relação a ampliação das atividades para outras unidades da federação, pois segundo o § 1º do mesmo artigo, necessário é que o Ministério da Educação interceda no procedimento de credenciamento, veja-se:

> *“Art. 11. Compete às autoridades dos sistemas de ensino estadual e do Distrito Federal promover os atos de credenciamento de instituições para oferta de cursos a distância no nível básico e, no âmbito da respectiva unidade da Federação, nas modalidades de:*
>
> *I - educação de jovens e adultos;*
>
> *II - educação especial; e*
>
> *III - educação profissional.*
>
> *§ 1º Para atuar fora da unidade da Federação em que estiver sediada, a instituição deverá solicitar credenciamento junto ao Ministério da Educação.*
>
> *§ 2º O credenciamento institucional previsto no § 1º será realizado em regime de colaboração e cooperação com os órgãos normativos dos sistemas de ensino envolvidos.*
>
> *§ 3º Caberá ao órgão responsável pela educação a distância no Ministério da Educação, no prazo de cento e oitenta dias, contados da publicação deste Decreto, coordenar os demais órgãos do Ministério e dos sistemas de ensino para editar as normas complementares a este Decreto, para a implementação do disposto nos §§ 1º e 2º.”*

Devido a ausência do credenciamento a qual alude o § 1º é que a Secretaria de Educação deste estado negou o reconhecimento para o funcionamento do polo presencial em Aquidauana.

O fato da apelante discordar do entendimento do órgão deste Estado não tem o condão de regularizar o polo presencial de Aquidauana e fazer com que o curso seja aqui reconhecido.

Se entende a apelante ser desarrazoada a exigência do órgão de ensino deste Estado, caberia sob alegação de estar superado pelo sistema federal de ensino o posicionamento por aquele adotado, caberia a ela procurar os meios próprios para solucionar a questão.

Discute-se aqui a regularidade do curso no Estado e como a apelante reconhece, embora dele discorde, razão é de ser dada à autora-apelada.

O parecer técnico do Conselho Regional de Enfermagem não tem o condão de dar regularidade no curso em questão, mesmo porque os órgãos de classe aceitam as inscrições dos profissionais desde que o diploma esteja reconhecido pelos órgãos integrantes do sistema de ensino.

Em busca na internet do Parecer 12 do Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Básica (CNE/CEB) e Fórum Nacional dos Conselhos Estaduais de Educação (FNCEE), para reexaminar o Parecer CNE/CEB nº 2/2015, deparei-me com o de nº 13, Reexame do Parecer CNE/CEB nº 2/2015, que reexaminou o Parecer CNE/CEB nº 12/2012, que define Diretrizes Operacionais Nacionais para a oferta de Educação a Distância (EAD), no âmbito da Educação Básica, em regime de colaboração entre os Sistemas de Ensino e no qual tem como anexo o "*Projeto de Resolução Define Diretrizes Operacionais Nacionais para o credenciamento institucional e a oferta de cursos e programas de ensino médio, de educação profissional técnica de nível médio e de educação de jovens e adultos, nas etapas do ensino fundamental e do ensino médio, na modalidade educação a distância, em regime de colaboração entre os sistemas de ensino*", com o propósito de uniformizar o procedimento para credenciamento de cursos na espécie oferecida pela apelante e objeto deste feito, sem, contudo, obter resultado de que as resolução em questão já esteja sido homologada e esteja em vigor.

Aliás, no *site* http://portal.mec.gov.br/escola-de-gestores-da-educacao-basica/30000-uncategorised/21103-ceb-2015, observa-se que o parecer indicado em novembro de 2012 foi aprovado pela Câmara de Educação Básica, sem, contudo, ter sido editada a Resolução proposta, que tem os seguintes períodos para serem observados:

> *"Art. 12 O cumprimento destas Diretrizes Operacionais para a oferta de cursos e programas de Ensino Médio, de Educação Profissional Técnica de Nível Médio e de Educação de Jovens e Adultos (EJA), na modalidade de Educação a Distância (EAD), em regime de colaboração entre as diferentes Unidades da Federação, será obrigatório a partir de 90 (noventa) dias contados da data de homologação deste Parecer.*
>
> *Art. 13 Considera-se o período de 120 (cento e vinte) dias contados da data de homologação deste Parecer como período de transição, para regularizar eventuais casos pendentes que se fizerem necessários para fins de adequação às normas da presente Resolução e implantar efetivamente o regime de colaboração em relação à oferta e supervisão de programas de educação a distância no âmbito da educação básica, em especial no ensino médio, na educação de jovens e adultos e na educação profissional técnica de nível médio."*

E, sem descurar, de lado outro, o conteúdo do art. *14: Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.*[2]

Assim, enquanto não for editada a resolução proposta, até os dias atuais sem que tal tenha ocorrido, não há razão para reformar os termos da sentença, dada a falta de regularidade do curso no âmbito deste Estado para tornar legítima a formação da autora-apelada.

A parte autora solicitou a rescisão de contrato c/c restituição de valores e indenização por danos materiais e morais decorrentes de irregularidade no curso técnico prestado pelas demandadas, uma vez que o curso prestado não é reconhecido pelo MEC e pelo Conselho Estadual de Educação – CEE/MS, fato que impede a autora de realizar o estágio supervisionado, bem como de obter o registro junto ao COREN/MS.

É oportuno consignar que se cuida de relação de consumo. Assim, cabia à empresa requerida o dever de prestar as informações necessárias acerca dos serviços e produtos prestados, conforme dispõe o inciso III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, o parágrafo único do artigo 7º do CDC estabelece a regra geral sobre a solidariedade da cadeia de fornecedores de produtos e serviços, dispondo que *"tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo"*.

Diante da situação exposta, percebe-se a existência de defeitos/vícios na prestação de serviços educacionais, o qual torna legítima a restituição dos valores pagos conforme disposto no artigo 14 c/c 18 do CDC, *in verbis*:

2 http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=27581-pareceres-da-camara-de-educacao-basica-13-2015-pdf&category_slug=novembro-2015-pdf&Itemid=30192

"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.

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.

(...)

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;"

A norma estabelece que a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança recai sobre qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que dela se beneficiou. Com isso, a responsabilidade das empresas requeridas por eventuais falhas que lhe forem imputáveis, ocorridas durante a relação, é de natureza objetiva, por defeito do serviço, o que lhe impõe a reparação dos danos eventualmente causados, independentemente de culpa.

No presente caso, a parte autora matriculou-se e frequentou curso, sendo ludibriada no momento em que as requeridas não lhe informaram que este curso não era reconhecido pelo MEC e pelo CEE/MS, violando, assim, os princípios da informação e da transparência, oriundos da boa-fé objetiva que deve nortear as relações consumeristas.

Destaco trecho dos fundamentos da sentença proferida às f. 535-546 que reconheceu a falha na prestação do serviço educacional prestado pelas empresas requeridas, *in verbis*:

"Consoante de depreende das contestações apresentadas em juízo, mais precisamente às f. 60 e 212 as duas primeiras requeridas confessam expressamente que o curso realmente não era credenciado junto ao Conselho de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, de forma que, quanto a este ponto, não há que se discutir, tornando-se incontroverso. A terceira requerida, por sua vez, deixou de contestar especificamente este ponto, de maneira que deve sofrer o ônus da ausência de contestação específica, sendo que, de igual forma, tal fato se mostra ponto pacificado nos autos.

Por outro lado, também não pairam dúvidas acerca da exigência feita pelo COREN/MS à autora, no sentido de que não iria inscrevê-la em seus quadros, pois o curso oferecido pelas requeridas não estava devidamente reconhecido pelo MEC, tampouco credenciado pelo Conselho Estadual de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul.

É o que se extrai das f. 60 e 209, das contestações apresentadas pelas duas primeiras demandadas. A terceira requerida, deixou de contestar especificamente este ponto, de maneira que deve sofrer mais uma vez as consequências da ausência de contestação específica, sendo que, de igual forma, tal fato se mostra ponto pacificado nos autos.

Assim, o que se tem até o presente momento é que as requeridas ofereceram à autora um curso que há época não era reconhecido pelo MEC e pelo CEE-MS, sendo que a requerente obteve informação junto ao COREN/MS, no sentido de que tal fato a impediria de realizar seu registro junto àquele órgão de classe.

[...]

Ao contrário, observa-se pelos depoimentos prestados pelas testemunhas, que as requeridas, agindo solidariamente e visando ao lucro, informaram à requerente que o curso se encontrava devidamente reconhecido e regular junto aos órgãos competentes, em total

descompasso com a verdade. Talvez assim tenham agido com a esperança de ver regularizado, logo adiante, o reconhecimento e credenciamento do curso.

[...]

A testemunha Arlei da Silva (f. 521), quando inquirida, disse que sua esposa frequentou o curso oferecido até a sua conclusão e que, de posse do diploma, tentou registro junto ao COREN/MS, tendo lhe sido negado, sob o argumento de que o referido diploma não era válido, vez que não havia credenciamento junto ao Conselho Estadual de Educação. Disse, ainda, que em momento algum houve qualquer informação sobre algum tipo de problema com relação ao curso.

A testemunha Daiana Maidana, em seu depoimento disse que realmente a autora iniciou o curso e que ao final não obteve o registro junto ao COREN/MS, ante a falta de reconhecimento do curso pelos órgãos oficiais. Disse que alguns alunos conseguiram realizar o estágio junto ao hospital da cidade, porém somente após realizarem provas em outro estado da federação, onde o curso era reconhecido.

Guaracyaba Nascimento dos Santos, inquirida, respondeu que a inscrição do curso era feito junto à prepara cursos, situado na rua Estevão Alves Corrêa, nesta cidade. Disse que a empresa Prepara afirmava que o exercício da profissão seria plenamente possível após a conclusão do curso.

Vê-se, portanto, que os referidos depoimentos deixam claro que as requeridas mantinham um curso que não autorizaria os alunos a se inscreverem junto ao COREN/MS. Ou seja, ofertava um curso profissionalizante, mas após a sua conclusão os alunos não iriam conseguir exercer qualquer profissão."

Logo, restou comprovado nos autos a ocorrência do ato ilícito praticados pelas requeridas em decorrência do defeito na prestação de serviços fornecidos a parte autora. Com isso, devem reparar os danos causados à autora.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CURSO TÉCNICO EM ENFERMAGEM À DISTÂNCIA SEM O DEVIDO RECONHECIMENTO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES – DANO MATERIAL E MORAL DEVIDOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – RAZOABILIDADE – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – ART. 405, DO CÓDIGO CIVIL – DATA DA CITAÇÃO – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DO ARBITRAMENTO NOS DANOS MORAIS – DATA DO PREJUÍZO NA REPARAÇÃO MATERIAL – SUCUMBÊNCIA RECIPROCA – AFASTADA – RECURSO DESPROVIDO. A irregularidade na prestação de serviços educacionais, consistente na ausência de reconhecimento do curso perante os órgãos competentes, enseja a rescisão contratual e, consequentemente, a devolução dos valores despendidos pelo autor. A criação de falsas expectativas no sentido de ter o reconhecimento do seu curso, bem como eventual possibilidade de ingresso no mercado de trabalho, com atuação na área de técnico de enfermagem, gera danos morais ao consumidor, passível de indenização. [...]." (TJMS. Apelação nº 0803161-63.2015.8.12.0029, Naviraí, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 08/11/2017, p: 09/11/2017)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL COMBINADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – HABILITAÇÃO DE CURSO DE EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA DEVE SER FEITA PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO LOCAL DE SUA REALIZAÇÃO TELEPRESENCIAL – DANOS MATERIAIS RESSARCIDOS NA MODALIDADE SIMPLES – DANOS MORAIS MANTIDOS. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA SEGUNDA APELANTE E DESPROVIMENTO DO RECURSO DA PRIMEIRA APELANTE. 1) A habilitação de curso na modalidade à distância é feita pelos Conselhos de Educação Estadual

do local em que o curso será ministrado telepresencialmente. A habilitação do curso em sua sede não supre a autorização dos CEE em local diverso. 2) Em havendo a configuração de ato ilícito, a devolução dos valores pagos a título de mensalidades e outros encargos, como reparação de danos materiais, é medida que se impõe. Entretanto, a devolução deve se dar na forma simples, pois a restituição em dobro configuraria "bis in idem" em relação aos danos morais arbitrados na Sentença. 3) São devidos danos morais por frustração ao registro do certificado de conclusão de curso juntamente ao COREN/MS, pois são evidentes os danos de tal jaez devido à referida frustação. A correção monetária se dá a partir da prolação da sentença, e os juros de mora fluem a partir da citação, por se tratar de relação contratual. 4) Em havendo nítido intuito protelatório na oposição de Embargos de Declaração contra a Sentença, é de rigor a manutenção da multa imposta pelo Juízo a quo. 5) Recursos conhecidos. Apelo da primeira recorrente, Teixeira &&amp&ampamp Araújo, improvido. Apelo da segunda recorrente, Maria José, parcialmente provido." (TJMS. Apelação nº 0801273-45.2012.8.12.0003, Bela Vista, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 01/08/2017, p: 01/08/2017).

Dos ônus sucumbenciais

Quanto à sucumbência, tenho que deve ser mantida a condenação das requeridas pela integralidade das custas e honorários advocatícios.

Em que pese a ação ter sido julgada parcialmente procedente, embora consignado na sentença a improcedência quanto aos pedidos de condenação em danos materiais e lucros cessantes, note-se que os danos materiais pleiteados na ação se referiam à restituição dos valores pagos a título de matrícula (R$ 150,00) e mensalidades (22 pagamentos no valor de R$ 150,00), a cujo pagamento as requeridas foram devidamente condenadas à devolução, mas de forma simples, enquanto a autora pedia a devolução em dobro.

E, não havia qualquer pedido de pagamento de lucros cessantes, como se vê na petição inicial (f. 10).

Igualmente, sabe-se que, conforme o teor da Súmula 326 do STJ: *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*.

Assim, ainda que não se saiba o porquê do julgamento pela procedência parcial, deve ser considerado, como consignado na sentença que *"a requerente sucumbiu de parte mínima de seus pedidos"*.

Ademais, impende ressaltar que pelo princípio da causalidade, previsto no art. 85 do Novo Código de Processo Civil, deve ser atribuída a sucumbência a quem der causa à propositura da ação.

Em sendo assim, pelo princípio da causalidade, tendo as empresas requeridas dado ensejo à propositura da ação, na qual foram condenadas ao pagamento dos danos materiais e morais, decaindo a autora de parte mínima do pedido, cabe a elas suportar as custas processuais e os honorários de advogado.

Recurso de apelação da autora

A autora pretende majorar o valor da compensação por danos morais, arbitrada na sentença em R$ 10.000,00 (dez mil reais). Por outro lado, a empresa Teixeira & Araújo e Cursos Ltda – Residência Saúde pretende reduzir esse valor.

Em se tratando de dano moral, o montante é arbitrado por equidade pelo magistrado, pois não há norma jurídica regulamentando a fixação do valor. O valor não pode ser irrisório, pois perderia seu caráter preventivo e didático. O ideal é quantia suficiente para inibir a reiteração da conduta ilícita, bem como para mitigar os efeitos negativos sofridos pela vítima, sem que caracterize, ao mesmo tempo, seu enriquecimento ilícito.

No caso concreto, a conduta das requeridas causaram grave dano à autora. Frustraram sua expectativa de se tornar técnico em enfermagem, ocupação passível de lhe dar maior estabilidade, por se tratar de emprego extremamente requisitado em nosso Estado, bem como melhora na sua renda mensal.

A configuração do dano moral no presente caso é *in re ipsa* e evidencia-se só pelo fato de que, em razão da má prestação do serviço, a demandante ficou impedida de obter o registro profissional, frustrando a sua legítima expectativa de ingressar no mercado de trabalho após a conclusão do curso.

O fato da autora ter frequentado mais de 1 (um) ano (faltando apenas dois meses para completar dois anos), o curso de técnico em enfermagem de forma enganada, por ter recebido informações das requeridas que não condiziam com a realidade, é outro dado relevante a ser considerado.

A presença nas aulas foi totalmente em vão, porque, caso pretenda o diploma de técnico em enfermagem, deverá se inscrever em outro curso e frequentar a aulas desde o início.

No que atine ao importe da indenização, quando em julgamento pela Quarta Câmara Cível, em caso idêntico, na Apelação Cível nº 0801372-72.2013.8.12.0005, julgada em 08/06/2016, de relatoria do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, os mesmos danos morais foram majorados de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Contudo, não se trata de mero atraso na entrega do diploma, o que justificaria a fixação do *quantum* indenizatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais), mas sim de impossibilidade de inscrição junto ao Conselho de Enfermagem e, por conseguinte, do próprio exercício da profissão – o que justifica, a meu ver, o valor maior daqueles concedido pelo STJ na hipótese de mera demora na entrega do diploma.

Em outro caso, no julgamento da Apelação Cível nº 0801224-61.2013.8.12.0005, em 08/02/2017, também da Quarta Câmara Cível, de relatoria do Des. Dorival Renato Pavan, foram majorados para R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A Segunda Câmara Cível, por sua vez, em outro caso análogo, na Apelação Cível nº 0801222-91.2013.8.12.0005 de relatoria do Des. Vilson Bertelli, julgada em 26/10/2016, majorou a indenização para R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Assim, entendo que o quantitativo adequado deva ser superior aos R$ 10.000,00 (dez mil reais) já aceitos por esta Quarta Câmara, menor, porém, do que os R$ 30.000,00 (trinta mil reais) arbitrados pela Segunda Câmara, devendo ficar em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), meio termo entre esses dois patamares.

Diante dessas peculiaridades, revela-se justo e coerente a fixação da compensação no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), suficiente para compensar o dano causado à autora e fazer com que as requeridas se atentem para a gravidade dos seus atos.

Mantém-se os consignatários legais fixados na r. sentença por não terem sido objeto de recurso.

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 de todos os recursos e:

Dou provimento ao recurso de apelação de GP Franchising Ltda. Acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva arguida, julgando consequentemente extinto contra si o presente processo, sem resolução do mérito, com fundamento no ar. 485, inciso VI, do CPC/15, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), sob condição suspensiva, nos termos do art. 95, § 3º, do CPC/2015.

Dou provimento ao recurso da autora Dejanira Dornelles dos Santos Andrade, a fim de majorar o valor fixado a título de indenização por danos morais para R$, mantidos os demais termos da sentença quanto aos demais consectários legais.

Nego provimento ao recurso de apelação de Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. – Residência Saúde.

Em razão do que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios arbitrados na sentença, a cargo da apelante Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda. - Residência Saúde, em mais 3%, que deverão ser somados aos já fixado na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Dejanira Dornelles dos Santos Andrade e de GP Franchising Ltda e negaram provimento ao apelo de Teixeira & Araújo Eventos e Cursos Ltda-MS, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

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. Paulo Alberto de Oliveira. (Vítor Luis de Oliveira Guibo em subst. legal).

Campo Grande, 14 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0807243-98.2014.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RECURSO INTERPOSTO PELOS AUTORES – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FUNDAMENTADA EM SUPOSTA FALTA DE PROVA DA AUTORIA DO ATO ILÍCITO – APELADO QUE PEDIU DESCULPAS EM REDE SOCIAL, EM RESPOSTA A UMA RECLAMAÇÃO DE TROTE A ELE ATRIBUÍDO, TROTE CONSISTENTE EM FALSA PROPAGAÇÃO DA MORTE DO FILHO DA AUTORA APELANTE – APELADO QUE, NA CONTESTAÇÃO, ATRIBUIU A AUTORIA DO TROTE A TERCEIRA PESSOA, SEM IDENTIFICÁ-LA E SEM SE INTERESSAR EM PROVAR TAL ALEGAÇÃO, ÔNUS QUE LHE CABIA, POR FORÇA DO DISPOSTO NO INCISO II, DO ARTIGO 373 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CIRCUNSTÂNCIA QUE AUTORIZA A IMPOSIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR AO RÉU APELADO – RECURSO PROVIDO.

Hipótese em que se discute dano moral consistente em trote atribuído ao réu que teria propagado a falsa morte do filho dos autores, tendo o pedido de dano moral sido julgado improcedente em primeiro grau ao fundamento de inexistência de prova de ter o apelado sido o autor do ato ilícito a ele atribuído.

Não há falar em falta de prova do ato ilícito, quando se verifica que o réu apelado, em rede social *facebook*, após veemente reclamação por trote a ele atribuído, pede desculpas pelos transtornos ocorridos e, além disso, na peça de contestação, atribuiu a autoria do ato ilícito, a terceira pessoa, sem, contudo, identificá-la, e sem preocupar em provar quem seria esta terceira pessoa que teve conhecimento que fez a brincadeira de mau gosto, prova cujo ônus lhe competia nos termos do que dispõe o inciso II, do artigo 373, do Código de Processo Civil.

Desse modo, comprovado o ato ilícito e, tendo ele gerado dano moral, já que que a falsa notícia da morte de um filho por certo abala o psicológico que ultrapassa, em muito, o mero aborrecimento, concede-se o dano moral pleiteado, cujo valor é fixado com moderação.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o Relator que negava provimento. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 26 de junho de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sonia Coura e Silso Garbin em face da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas, que na ação de indenização por danos morais proposta em desfavor de Glauber José da Silva julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 148-153):

> *"Pelo exposto e pelo que mais dos autos constam, julgo improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo-se o presente feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do NCPC. Em consequência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como, em honorários advocatícios, estes que fixo em 15% do valor atualizado da causa, o que faço com fundamento no art. 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, atento aos parâmetros indicados nos incisos I, II, III e IV do mesmo artigos, especialmente ao trabalho desenvolvido, à existência de instrução processual e ao tempo de tramitação do feito, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade das verbas de sucumbência, por serem os autores beneficiários da justiça gratuita, nos termos do art. 93, § 3º, do CPC."*.

Em razões recursais (f. 157-162), os apelantes alegam que sofreram abalo moral ao receber a ligação (trote) do apelado, que se passando por policial militar, acusou a morte de seu filho em um acidente de trânsito.

Asseveram que o fato ficou comprovado por meio de uma mensagem acostada aos autos em que o apelado se desculpa pela "brincadeira de mal gosto".

Afirmam que a sentença se equivocou ao entender não ficou comprovado que *"tal trote teria sido feito pelo requerido, tampouco pode ser entendido como reconhecimento de culpa por parte deste, em relação aos fatos deduzidos na inicial."*

Destacam que desempenharam adequadamente o *onus probandi* que lhes competia.

Pugnam pelo provimento recursal para que o feito seja julgado totalmente procedente, e o apelado seja condenado em R$ 100.000,00 (cem mil reais) por danos morais.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 166-172).

VOTO (EM 29/05/2019)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interpostos por Sonia Coura e Silso Garbin em face da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas, que na ação de indenização por danos morais proposta em desfavor de Glauber José da Silva julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 148-153):

> *"Pelo exposto e pelo que mais dos autos constam, julgo improcedente o pedido formulado na inicial, extinguindo-se o presente feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do NCPC. Em consequência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como, em honorários advocatícios, estes que fixo em 15% do valor atualizado da causa, o que faço com fundamento no art. 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, atento aos parâmetros indicados nos incisos I, II, III e IV do mesmo artigos, especialmente ao trabalho desenvolvido, à existência de instrução processual e ao tempo de tramitação do feito, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade das verbas de sucumbência, por serem os autores beneficiários da justiça gratuita, nos termos do art. 93, § 3º, do CPC."*.

Em razões recursais (f. 157-162), os apelantes alegam que sofreram abalo moral ao receber a ligação (trote) do apelado, que se passando por policial militar, acusou a morte de seu filho em um acidente de trânsito.

Asseveram que o fato ficou comprovado por meio de uma mensagem acostada aos autos em que o apelado se desculpa pela "brincadeira de mal gosto".

Afirmam que a sentença se equivocou ao entender não ficou comprovado que "*tal trote teria sido feito pelo requerido, tampouco pode ser entendido como reconhecimento de culpa por parte deste, em relação aos fatos deduzidos na inicial."*

Destacam que desempenharam adequadamente o *onus probandi* que lhes competia.

Pugnam pelo provimento recursal para que o feito seja julgado totalmente procedente, e o apelado seja condenado em R$ 100.000,00 (cem mil reais) por danos morais.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 166-172).

Breve relato dos fatos.

Os requerentes Sonia Coura e Silso Garbin ingressaram com ação indenizatória ao argumento de que experimentaram abalo moral ao serem vítimas de um trote no qual o requerido, se passando por policial militar, efetuou uma ligação do celular do filho dos requerentes noticiando que ele havia se envolvido em um grave acidente de trânsito, vindo a óbito.

Citado, o requerido apresentou contestação às f.43-51, argumentando não haver provas de que foi o interlocutor na ligação, e nem mesmo os supostos abalos psíquicos experimentados pelos requerentes. Requereu a produção de provas testemunhais.

Impugnação à contestação em f. 59-61.

Oitiva de testemunhas f. 114-126.

Apresentação de memoriais f. 140-142 e 145-147.

Sobreveio a sentença impugnada.

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].

A hipótese dos autos reflete responsabilidade civil de natureza subjetiva, de forma que se exige a comprovação da presença de todos os elementos para reconhece-la. Quais sejam: dano, dolo ou culpa e nexo de causalidade.

A solução da causa passa, necessariamente, pelo exame e valoração do material probatório produzido na instrução do feito, para que se possa concluir pela existência ou não de ato ilícito, dano e autoria.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, ônus que, no caso em tela incumbe ao requerente, quanto ao fato constitutivo do seu direito, consoante o disposto no art. 373, inciso I, do CPC/2015.

Confira-se:

> *"Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

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.

Daniel Amorim Assumpção Neves[2] a respeito do tema ensina que:

> *"O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus da prova e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova."*

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, a prova dos pressupostos da exceção).

Na hipótese, não restou comprovada a autoria sobre o suposto evento danoso.

Os apelantes juntaram à f. 13 uma mensagem compartilhada no *facebook* em que há um pedido de desculpas do apelado por "qualquer motivo de sofrimentos".

Esta mensagem, por si só, não identifica a ocorrência do fato ou a autoria da suposta ligação, posto que não traz informação nenhuma sobre o fato noticiado.

Não tendo o apelante constituído os autos com provas aptas a comprovar que o ato ilícito decorre de suposta conduta do apelado, não há que se falar em dever indenizatório.

> *"EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO – ARTIGO 333, I, CPC – AUSÊNCIA DE PROVAS – ATO ILÍCITO NÃO COMPROVADO – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – RECURSO NÃO PROVIDO. É dever do autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, a teor do disposto no artigo 333, I, do Código de Processo Civil. Não tendo o autor produzido provas suficientes que comprovem fato constitutivo de seu direito, impossível se faz comprovar a existência de conduta ilícita por parte do réu, sendo assim incabível a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso não provido."* (TJMS 08029161020138120001 MS 0802916-10.2013.8.12.0001, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 13/07/2017, Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017)

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE AUTORA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS – MÉRITO – ATO ILÍCITO NÃO COMPROVADO – AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – PARTE AUTORA NÃO COMPROVA O FATO MÍNIMO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO – ART. 373, I, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - As circunstâncias que entremeiam a lide não comprovam que a parte autora tenha sofrido ofensa a direito da personalidade que tenha excedido os limites do aborrecimento, não havendo, pois, nenhuma particularidade da qual se possa concluir pelo sofrimento inerente ao dano de ordem moral. II - Somente com a demonstração da parte autora de fato mínimo constitutivo de seu direito, seria possível aferir sobre a existência do ato ilícito praticado pelas demandadas, qual seja, a cobrança indevida, capaz de ensejar o dano moral. III – Dano moral indevido*." (TJMS - APL: 00086761220098120001 MS 0008676-12.2009.8.12.0001, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 07/03/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 08/03/2019)

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Sonia Coura e Silso Garbin e nego-lhe provimento.

2 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador, Podivm, 2016, P. 656.

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

VOTO (EM 05/06/2019)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (1° vogal)

Pedi vista dos autos para melhor exame do recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido de dano moral formulado por Sonia Coura e Silso Garbin, na ação que moveram em desfavor de Glauber José da Silva.

Os apelantes são genitores de Jaison Rodrigo da Cruz e o fato apontado como dano moral consiste no abalo emocional por eles sofridos, atribuído ao apelado Glauber José da Silva, que teria feito um "trote" por meio de ligação aos apelantes, noticiando a morte de Jaison.

Segundo a petição inicial, a brincadeira de mau gosto atribuída ao apelado teria ocorrido nos seguintes termos:

> *"No dia 17 de junho de 2014, por volta das 19h, a Sra. Sônia Coura recebeu uma ligação do telefone celular de seu filho Sr. Jaison Rodrigo da Cruz, porém o requerido Sr. Glauber que havia ligado.*
>
> *Na ocasião, o requerido se passando por Policial Militar solicitou que a requerente comparecesse na cidade de Piracicaba/SP, eis que o Sr. Jaison, filho da requerente, havia falecido, sendo necessário o reconhecimento do corpo, tendo a parte autora informado que havia acabado de conversar com o Sr. Jaison.*
>
> *Entretanto, o Sr. Glauber insistia em afirmar que o filho da requerente estava morto, inclusive na ocasião informava os dados do carro de Jaison e demais dados pessoais, tendo então a requerente Sra. Sônia entrado em total desespero.*
>
> *Não bastasse isso, o Sr. Glauber, que se passava por policial, solicitava a todo momento o comparecimento da requerente e o Sr. Silso Gargin, ora requerente, na cidade de Piracicaba/SP para reconhecerem o corpo.*
>
> *Diante de tal situação, a requerente começou a passar mal, bem como chorava sem parar, ocasião em que entregou o aparelho celular para o requerente Sr. Silso.*
>
> *O Sr. Silso, em conversa com o requerido perguntou o que havia aconteceu para Sra. Sônia chorar tanto, tendo o requerido informado que o Sr. Jaison havia sofrido um acidente de trânsito, sendo necessário o comparecimento das partes na cidade de Piracicaba para reconhecimento do corpo, face o óbito.*
>
> *Considerando as informações prestadas pelo requerido, o Sr. Silso, ora requerente, também começou a passar mal, face a idade avançada (68 anos de idade).*
>
> *Contudo, o requerido afirmava categoricamente o falecimento do filho da requerente, inclusive a necessidade de comparecimento das partes na cidade de Piracicaba.*
>
> *Ocorre Excelência, que as afirmações do requerido eram falsas, pois o mesmo havia aproveitado que o filho da Sra. Sônia estava no fundo de uma residência e fez tal brincadeira, sendo que o Sr. Jaison ao tomar conhecimento sobre os fatos desmentiu o ocorrido a partes.*
>
> *Acontece Excelência, que tais fatos prejudicaram significativamente os requerentes, pois passaram dias sem dormir, bem como tiveram que ir ao médico devido ao alto grau de estresse e abalo."* (Inicial f. 1-2)

Não obstante o dano moral narrado, o julgador de primeiro houve por bem em julgar improcedente o pedido por entender não existir prova de que o apelado foi a pessoa que propagou a falsa morte do filho dos apelantes.

Destaco o seguinte trecho da sentença:

> *"Então, no que toca aos autores, estes "precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ela descrito na inicial como ensejador de seu direito".*
>
> *Nesse viés, no caso concreto, acerca dos fatos narrados, finda a instrução processual, os autores não ministraram prova suficiente, no sentido de que o requerido teria sido o emissor ou propagador da falsa morte do seu filho, e este ônus, para os efeitos almejados, a eles competia.*
>
> ***Digo isto porque, a despeito dos autores terem acostado às fls.13 uma mensagem publicada na rede social onde o requerido se desculpava, logo após uma mensagem dos requerentes onde estes mostravam seu descontentamento com a "brincadeira de mal gosto", fato é que, tal elemento, por si só, não é capaz de comprovar que tal "trote" teria sido feito pelo requerido, tampouco pode ser entendido como reconhecimento de culpa por parte deste, em relação aos fatos deduzidos na inicial.***
>
> *Além disso, possibilitada a ampla instrução processual, os autores sequer manifestaram interesse na produção de prova oral, já que, intimados, não arrolaram qualquer testemunha (f. 88), sendo apenas oitivada uma única testemunha arrolada pela parte ré, a qual não trouxe aos autos qualquer elemento de prova acerca da culpa/dolo atribuído pelos autores ao réu. Veja-se:*
>
> *A testemunha Fábio Henrique Celso, devidamente compromissado em Juízo, relatou 'que no dia dos fatos teria sido contratado para montar um telão na sogra do Glauber; que eles iriam assistir um jogo da copa do mundo por isso foi montar o telão; que o Glauber se encontrava lá; que montou o telão e acabou o jogo desmontou o telão e levou embora; que foi embora depois do jogo; que este tempo todo o Glauber estava lá; que ficou lá durante o evento; que não tem conhecimento sobre os fatos relatados neste processo; que foi no jogo do Brasil e México'.*
>
> *Diante destes elementos, tenho por ausente a prova do dolo/culpa do requerido, em relação à conduta ilícita a ele atribuída na inicial."* (Sentença- f. 151-152).

O eminente relator, Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa mantém a sentença por entender que as provas produzidas nos autos não são suficientes para atribuir ao apelado a falsa propagação da morte do filho dos autores.

Divirjo do relator, pois o apelado não nega que efetuou pedido de desculpas em conversa publicada em rede social, qual seja, *facebook*, conforme comprova o documento anexado à p. 13.

Deveras, no mencionado documento, a genitora de Jaison Rodrigo da Cruz, por meio da rede social *facebook*, reclamou da conduta atribuído ao apelado, nos seguintes termos:

> *"Glauber, não te conheço e nem quero te conhecer, a brincadeira de muito mal gosto que vc vez comigo, foi muito ruim, talvez vc gostaria que fizessem com sua mãe, isto é se vc não for filho de chocadeira pois a educação que vc teve, nenhuma mãe daria a seu filho. Caso vc não saiba, e gostaria de saber, não tenho boa saúde. Esses dias estive aí em Piracicaba e passei muito mal. O Rodrigo chamou até o Samu, para me socorrer, amo demais o meu filho. vc não tem o direito de fazer uma brincadeira dessa com ninguém, sabe porque Glauber? As pessoas tem sentimento, amam seus filhos, para vim um como vc sem saber os problemas das pessoas e jogar uma merda dessa, moro muito longe do meu filho, vc pode imaginar a situação que eu e meu marido ficamos. Acho que a sua santa mãe não sabe o tamanho do estrago que o filho dela fez. Isso não é nada. Fica com Deus e tenha uma boa noite se a sua consciência deixar deixar ... Sonia mãe do Rodrigo, do meu filho amado."* (f.13)

E, o réu apelado, ao responder a mencionada reclamação feita em rede social, afirmou, *in verbis*: *"Desculpas por qualquer motivo de sofrimento".*

Pois bem, sustentou o apelado, na contestação, que referido pedido de desculpas não trata de confissão de culpa, mas sim de uma resposta automática que fez em sua página de *facebook* "usando da boa educação que seus pais lhe deram" (f. 45), inclusive afirmando que fez o pedido de desculpas "sem ao menos ter ciência do motivo da mensagem recebida" (f .45).

Por oportuno, transcrevo trecho da contestação:

> *"No dia dos fatos (17/06/2014), o requerido, foi assistir ao jogo do Brasil X México na casa de sua sogra e por volta das 20 horas, antes de retornar para sua casa, sua esposa Janaina, resolveu "falar um oi " para sua colega Iara, que mora vizinha a casa de sua mãe.*
>
> *Iara e seu esposo Mariano, estavam fazendo um churrasco e no local, haviam mais de 20 pessoas que foram assistir a jogo do Brasil contra o México naquela data.*
>
> *O requerido e sua esposa Janaina a convite de Iara, entraram na residência e sentaram-se na mesa juntamente com Iara, seu esposo Mariano e outras três pessoas, ocasião em que o requerido tomou conhecimento de que, um dos convidados que ali estava assistindo o jogo do Brasil, ligou para a mãe de um outro convidado que ali estava e fez uma brincadeira com ela.*
>
> *Até então o requerido sequer sabia o conteúdo da brincadeira.*
>
> *Quando da chegada do requerido no churrasco, por volta das 20 horas, a suposta ligação feita para a requerente Sonia já havia acontecido (segundo a autora a ligação ocorreu por volta das 19 horas), ou seja, o requerido, no momento da suposta ligação sequer se encontrava no local dos fatos.*
>
> *Frisa-se que no local, haviam outros grupos de pessoas confraternizando e conversando entre si, inclusive o filho da autora Sr. Jaison Rodrigo, quando o requerido chegou, ainda estava no local e não esboçava qualquer atitude de indignação ou mal-estar com o ocorrido.*
>
> *Aproximadamente uns 40 minutos após o ingresso do requerido na casa de Iara, este e vários outros convidados que ali se encontravam, receberam uma mensagem, feita através do facebook, na qual, uma pessoa que se identificava como Sonia mãe do Rodrigo (Jaison Rodrigo), se dizia muito abalada e constrangida em virtude da brincadeira de mal gosto que fizeram com ela.*
>
> *Sem saber do conteúdo da conversa (brincadeira de mal gosto), Glauber, de maneira automática e usando da boa educação que seus pais lhe deram, simplesmente respondeu a mensagem que recebera, com um pedido de desculpa, sem ao menos ter ciência do motivo da mensagem recebida.*
>
> *No intuito de compreender o que estava ocorrendo, os "donos da casa" Iara e Mariano, local onde estava sendo realizado o churrasco, chamaram Rodrigo e indagaram à ele o que estava ocorrendo e qual o motivo da mensagem encaminhada por Sonia que se dizia ser sua mãe e como ela obteve o endereço eletrônico das pessoas que haviam recebido a mensagem.*
>
> *Rodrigo na ocasião pediu desculpas pelo ocorrido e explicou que sua mãe, deveria ter obtidos os endereços nos quais encaminhou a mensagem, junto a seu facebook, afirmando que tudo já se havia resolvido e esclarecido, e que nada mais era do que um grande mal-entendido.*
>
> *Nenhuma outra mensagem foi enviada pelos requerentes ao requerido ou qualquer outro tipo de comunicação."* (Contestação f. 44-45).

Todavia, penso que o pedido de desculpas formulado pelo apelado de forma pública, já que o *facebook* é uma página de fácil acesso ao público, caracteriza confissão por parte do apelado de ser ele o responsável pela divulgação da falsa morte do filho dos apelantes.

Não tem sentido o apelado, uma pessoa que possui certa respeitabilidade e instrução, já que dono de um salão de beleza de nome Glauber Hairstyle, localizado no centro da cidade de Piracicaba, fato comprovado em sua página de *facebook*, pedir desculpas pelos transtornos causados, sem que tal pedido de desculpas seja interpretado como confissão da autoria pela divulgação da falsa morte do filho dos apelantes.

Uma acusação de tamanha gravidade, como a narrado na petição inicial e na rede social, não gera pedido de desculpas por mera educação, conforme alegado em contestação.

Caso o apelado não tivesse qualquer responsabilidade pela acusação narrada na inicial e desconhecimento do fato, simplesmente negaria ter efetuado a ligação comunicando a falsa morte e diria não saber nada sobre o assunto.

Todavia, não foi isso que aconteceu, pois, além de o apelado pedir desculpas, afirmou em sua contestação que ficou sabendo que foi uma terceira pessoa que teria efetuado a ligação, já que disse que tomou conhecimento de que, um dos convidados que ali estava assistindo o jogo do Brasil, ligou para a mãe de um outro convidado que ali estava e fez uma brincadeira com ela.

Isto significa dizer que o apelado buscou afastar a sua confissão feita por meio de pedido de desculpas atribuindo a pratica do trote a uma terceira pessoa cujo nome deixou de declinar, pessoa que seria um dos convidados que estava assistindo o jogo.

Ora, se é verdade que o apelado teve conhecimento que foi uma terceira pessoa a responsável pelo trote, negando a autoria a ele atribuída em razão do pedido de desculpas formulado publicamente em rede social, caberia a ele, apelado, o ônus de tal prova, haja vista a regra prevista no inciso II, do artigo 373, do Código de Processo Civil, que diz que o ônus da prova incumbe ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dito isto, tenho que o réu apelado é responsável pela falsa notícia da morte do filho da apelante Sônia Coura.

Quanto ao dano moral, ele ficou configurado, pois, o apelado invadiu a privacidade dos autores, comunicando uma falsa morte do filho, o que, por certo, causa transtorno psíquico, fato que autoriza o dever de indenizar, conforme já decidiu o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL – PRETENSÃO REPARATÓRIA COM FULCRO NA DIVULGAÇÃO JORNALÍSTICA INEXATA DA MORTE DO AUTOR PELA RÉ, VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO DE MASSA, EM REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES – COM EFEITO, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSAGROU COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO (ART. 5º, IV, IX, E ART. 2201), MAS, TAMBÉM, GARANTIU OS DIREITOS DA PERSONALIDADE RELATIVOS À PRIVACIDADE E A IMAGEM. Em casos de aparente conflito entre tais direitos faz-se necessário ponderá-los diante da análise do caso concreto. Neste ponto, sabe-se que a atividade jornalística deve ser livre para exercer, de fato, seu mister, é dizer, informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, ajudando a formar opiniões críticas, em observância ao princípio constitucional consagrador do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF/88); contudo, o direito de informação não é absoluto, devendo os profissionais da mídia se acautelar com vistas a impedir a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Neste contexto, devem os operadores de mídia prevenir-se para, a pretexto de narrar fatos ou expor críticas e opiniões, não incorrer em exagero, limitando-se, ao revés, à emissão de juízos axiológicos sobre os fatos noticiados, sob pena de resvalar ao campo da responsabilização civil, se extrapolar os seus limites, quer por sensacionalismo, quer por falta de cuidado. Na espécie, evidente que a ré faltou com o dever de cuidado ao propagar em seu sítio eletrônico notícia falsa, acerca do óbito do autor em acidente de trânsito, sem confirmar a veracidade da informação, apenas com base no relato de policiais rodoviários presentes ao local do evento. Inclusive, ao que se observa das informações extraídas diretamente de sua página eletrônica, a ré mostrou sucessivos descuidos, pois a cada momento disseminava um fato novo, o que demonstra relativa insegurança na ordem das publicações. Assim sendo,*

resta caracterizado o abuso no dever de informar pela ré, sem qualquer zelo, negligenciando a confirmação de evento tão delicado, em relação ao próprio autor e aos seus familiares, atingidos em sua honra, considerando, ainda, o transtorno psíquico causado pela situação infeliz. Devidamente caracterizado o dano moral, a conduta ilícita e o nexo causal, destacando-se que a ré atingiu a privacidade familiar dos autores, com sua infeliz atuação. Trata-se de verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, elencado em nossa Carta Magna, abalo que constrangeu todos os autores, em momento delicado e frágil para a vida de cada um deles. O valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), arbitrado na sentença, para o primeiro autor, e a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) aos demais, todos parentes, deve ser mantido, pois observou critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sendo compatível com a repercussão dos fatos em discussão, considerando-se as condições pessoais das partes envolvidas, as circunstâncias envolvidas, a extensão do dano causado, e o caráter punitivo-pedagógico da condenação, não carecendo de reforma. Majoração da verba honorária, em desfavor da ré, outrora em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, para fixá-los em 15% (quinze por cento), fulcro no art. 85, § 11, do CPC/2015. Desprovimento de ambos os recursos." (TJRJ; APL 0020581-08.2017.8.19.0205; Rio de Janeiro; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior; DORJ 01/11/2018; Pág. 266).

Caracterizado o dever de indenizar, passo a fixação do valor do dano moral.

A parte autora pleitou fosse fixado, a título de dano moral, a quantia de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Pois bem, o *quantum* indenizatório deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, nem em falta de punição ao ofensor, com condenação em valores irrisórios, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa e a extensão do dano causado.

Acerca do tema leciona Carlos Roberto Gonçalves:

"O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula 'danos emergentes - lucros cessantes', a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado". (Responsabilidade Civil, 8ª edição, Editora Saraiva, 2003, p.569).

E ainda:

"Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para a atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem". (Obra citada, p. 566-567).

Sendo assim, na fixação do valor do dano moral, há de ser observada a condição social e econômica das partes, sem dar azo ao enriquecimento indevido do ofendido, nem levar o ofensor à ruína, obedecendo, portanto, aos pressupostos essenciais da razoabilidade/proporcionalidade.

Atento a esses parâmetros, considerando as poucas posses do apelado, que foi qualificado na contestação como cabeleireiro, sendo possuidor de um estabelecimento comercial localizado no centro da cidade de Piracicaba, mas que, apesar disso, obteve os benefícios da Justiça Gratuita pelo despacho exarado à f. 77 destes autos, e também as poucas posses dos apelantes, que também são beneficiários da gratuidade judicial, atento, ainda, a gravidade do ato praticado pelo apelado, tenho como razoável a fixação do dano moral, para ambos os autores, no valor total de R$ 12.000,00 (doze mil reais).

Dispositivo

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto por Sonia Coura e Silso Garbin, e dou-lhe provimento para o fim de condenar o apelado Glauber José da Silva a lhes pagar indenização por dano moral que fixo em R$ 12.000,00 (doze mil reais), quantia acrescida de correção monetária a partir da publicação desse acórdão e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a pratica do ato ilícito - 17 de junho de 2014.

Fica o apelado condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

Considerando que o apelado é beneficiário da Justiça Gratuita, sua condenação fica suspensa nos termos do que dispõe o § 3º do artigo 98, do Código de Processo Civil[3].

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2° vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

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

VOTO (EM 26/06/2019)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (3° vogal)

Trata-se de apelação interposta por Silso Garbin e outro (f. 157-162) contra sentença do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas-MS que julgou improcedente o pedido para a condenação do réu Glauber José da Silva ao pagamento de indenização por danos morais por ter passado um "trote" pelo telefone celular se passando por policial militar e falando para os autores que seu filho Jailson Rodrigo da Cruz havia falecido e eles precisavam comparecer à Cidade de Piracicaba/SP para o reconhecimento do corpo.

Relatam que o filho Jailson, ao tomar conhecimento do fato, desmentiu o ocorrido, porém os autores, idosos, assustaram-se e ficaram dias sem dormir por conta do alto grau de estresse causado pela "brincadeira".

Apelação: interposta pelos autores Sônia Coura e Silso Garbin sustentando que: a) comprovaram que o requerido foi quem fez o trote devido ao pedido de desculpas feito no *facebook,* e b) o requerido não comprovou o fato alegado na contestação de que não estava no local do evento no momento da ligação (f. 157-162).

O Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa votou no sentido de que os autores-apelantes não apresentaram prova que identificasse a autoria do ato ilícito. Por isso, conheceu o recurso de apelação, porém negou-lhe provimento.

Já o 1º vogal, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte votou no sentido de que o ônus da prova incumbia ao réu, ora apelado, visto que negou a autoria a ele atribuída em razão do pedido de desculpas formulado na rede social, alegando que foi uma terceira pessoa o responsável pelo trote.

Concluiu por conhecer o recurso e dar-lhe provimento, para condenar o requerido ao pagamento de R$ 12.000,00 para aos autores a título de indenização por danos morais.

Ao meu ver, a razão acompanha o 1° vogal Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

3 Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.
§ 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.

Isso porque o réu não conseguiu comprovar o fato alegado em sua contestação no sentido de que não estava na festa no momento em que pegaram o celular de Jailson Rodrigo da Cruz e fizeram o trote para o seus pais, atribuindo a uma terceira pessoa – que não identificou – a autoria desse trote.

Ao contrário, Fábio Henrique Celso, a única testemunha ouvida em juízo, arrolada pelo próprio requerido Glauber José da Silva, afirma que "*no dia dos fatos teria sido contratado para montar um telão na sogra do Glauber; que eles iriam assistir um jogo da copa do mundo por isso foi montar o telão; que o Glauber se encontrava lá; que montou o telão e acabou o jogo desmontou o telão e levou embora; que foi embora depois do jogo; que este tempo todo o Glauber estava lá; que ficou lá durante o evento*", demonstrando, assim, que o fato alegado pelo réu para se defender, não restou confirmado ante as provas dos autos.

Ademais, não parece crível que o requerido teria pedido "*desculpas por qualquer motivo de sofrimento*" à mãe de Jailson Rodrigo da Cruz na rede social *facebook* sem saber o porquê da mensagem enviada por ela na rede social no dia do ocorrido, por meio da qual a mãe de Jailson reclamou da conduta atribuída ao apelado, sobre a falsa propagação da morte de seu filho (f. 13).

Assim, como já ressaltado pelo ilustre 1º vogal Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, também não encerra visos de verossimilhança a alegação do recorrido no sentido de que efetuou o pedido de desculpas na rede social "*sem ao menos ter ciência do motivo da mensagem recebida*", porquanto, não se afigura razoável e comum que alguém, sobretudo por meio de rede social, peça desculpas por algo que não fez. Ao contrário, emerge de tal pedido de desculpa caracterização de verdadeira confissão (f. 45).

Com efeito, se não foi o apelado que praticou o irresponsável ato, deveria ter tido a mesma conduta dos demais convidados que também estiveram no local e participaram do noticiado "churrasco", os quais não efetuaram nenhum pedido de desculpas aos recorrentes em rede social.

O certo é que, como muito bem restou ressaltado pelo 1º vogal, por força da regra contida no art. 373, inc. II, do CPC, ao rechaçar em sua contestação, o fato constitutivo em que se funda o pedido dos autores, negando a autoria e atribuindo a sua prática a outra pessoa, sob o argumento de que "*tomou conhecimento de que, um dos convidados que ali estava assistindo o jogo do Brasil, ligou para a mãe de um outro convidado que ali estava e fez uma brincadeira com ela*", incumbia ao réu-apelado o ônus de tal prova, relativa à existência de *fato impeditivo*, modificativo ou extintivo do direito dos autores.

Enfim, incumbia-lhe provar a alegação de que a absurda e inadmissível "brincadeira" efetivamente foi praticada por um dos convidados, conforme "tomou conhecimento". Como estava sendo acusado, deveria ter procurado tomar conhecimento da identificação do tal convidado.

Portanto, alegou, mas não provou, de modo que sua defesa não passou do campo das meras alegações, as quais, no contexto, prescindem de verossimilhança.

Portanto, não havendo o requerido comprovado os fatos alegados em sua Contestação, deve ser reconhecido que efetivamente foi ele quem cometeu o ato ilícito – o trote – que resultou no sofrimento causado aos autores que, por conta dessa "brincadeira", acreditaram na trágica e falsa afirmação de que o filho deles havia falecido.

No que tange ao montante da indenização, entendo como suficiente o valor de R$ 12.000,00 para os autores a título de indenização por danos morais, conforme fixado pelo 1º vogal.

Portanto, acompanho o 1° vogal Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e dou provimento ao recurso dos autores Sonia Coura e Silso Garbin, para condenar o requerido Glauber José da Silva ao pagamento de R$ 12.000,00 para os autores a título de indenização por danos morais.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4° vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que negava provimento. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

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, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 26 de junho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0803485-43.2016.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – TEORIA DA APARÊNCIA – NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO MULTIDISCIPLINAR PARA OS PORTADORES DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – CONDUTA ABUSIVA – VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO COM BASE NOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 85 E INCISOS, DO CPC/2015 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A Unimed Três Lagoas é parte legítima para figurar no polo passivo de ação que objetiva o fornecimento de tratamento médico e indenização por danos morais, ainda que o contrato tenha sido celebrado com a Unimed Vitória, considerando a teoria da aparência e em razão da responsabilidade solidária existente entre as cooperativas que integram o Sistema Unimed.

Ficando demonstrada a necessidade do tratamento da patologia que acomete a autora (portadora de "transtorno do espectro autista") e a prescrição do tratamento multidisciplinar pelos profissionais médicos que a acompanham, o plano de saúde deve promover o atendimento requerido, sendo abusiva a exclusão contratual de atendimento para a melhora da saúde e da vida da segurada, pois a empresa pode restringir as doenças cobertas, mas não o tipo de procedimento para a cura e indicado pelo responsável médico pelo atendimento.

Mostra-se abusiva a cláusula do contrato de prestação de serviços médicos que limita o número de sessões de atendimento, mormente considerando que o paciente é menor e portador de necessidades especiais. Possível a condenação do plano de saúde ao pagamento de indenização por danos morais quando demonstrada ser ilegal e abusiva a negativa de tratamento com especialistas em terapia comportamental ABA, fonoaudiologia, terapia ocupacional e musicoterapia, quando a prescrição médica indicar que essa metodologia é essencial para desenvolver com plenitude todas as capacidades de uma criança frente as dificuldades impostas pelo autismo.

Mantido o valor indenizatório se fixado com razoabilidade e proporcionalidade, em observância às peculiaridades do caso, ou seja, valor apurado guarda correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica das partes. Não há que se falar em redução do valor dos honorários advocatícios, se fixados conforme os parâmetros previstos no artigo 85, do CPC/2015, tomando em consideração o tempo da demanda e o trabalho desenvolvido pelo advogado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos recursos de apelação interpostos por Unimed Vitoria Cooperativa de Trabalho Médico e Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de julho de 2019

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Unimed Vitoria Cooperativa de Trabalho Medico e Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico interpõem recursos de apelação inconformadas com a sentença (f. 493-511) proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, movida por Luiza Alonso Kominami (representada por seus genitores, Pedro Galvão Kominami e Carolina Souza Alonso Kominami), que julgou procedentes os pedidos formulados pela autora e:

> *"(...) determinar às rés a autorização/custeio do tratamento multidisciplinar indicado pelos profissionais médicos que acompanham a requerente, consoante relatórios e laudos de f. 37-44, f. 56-58 e f. 91-95, na frequência e quantidade de sessões prescritas, sem limite, até a data em que os profissionais referidos entendam necessário, sob pena de incorrerem em multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), condenando-se as rés, ainda, a pagarem à autora, como indenização por danos morais, a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização por ato ilícito praticado, nos termos da fundamentação acima exposta, devidamente corrigida a partir da presente sentença e com juros de mora a da citação. Por fim, condeno as requeridas ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em 15% sobre o valor da condenação, devidamente atualizada, o que faço com fundamento no art. 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, atenta aos parâmetros indicados nos incisos I, II, III e IV do mesmo artigo, especialmente ao trabalho desenvolvido, a inexistência de instrução processual e ao tempo de tramitação do feito, ficando extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do NCPC."*

Unimed vitória cooperativa de trabalho médico, em suas razões recursais (f. 519-549), alega, em síntese, que os procedimentos pleiteados por meio da presente demanda não estão previstos no rol da Agência Nacional de Saúde, sendo certo que as operadoras de plano de saúde não fornecem cobertura universal para qualquer tratamento indicado pelo médico assistente.

Acrescenta que:

> *"(...) Os tratamentos requeridos na inicial, notadamente o de musicoterapia não se encontra previsto no rol da ANS e nem no contrato do qual a Apelada e beneficiária. E mais, não há possibilidade de interpretação extensiva da cláusula contratual que estabelece que as coberturas será aquelas definidas como obrigatórias pela Agência Reguladora, observado os critérios por ela estabelecidos."* (f. 530)

Aduz que deve ser respeitado o estabelecido no contrato firmado entre as partes segundo o qual a cobertura para prestação dos serviços de saúde será em conformidade com o rol da ANS, além de haver determinação expressa para exclusão de serviços não abarcados como sendo procedimentos mínimos obrigatórios.

Afirma que;

> *"(...) A partir do momento que o Judiciário interfere nas relações contratuais livremente celebradas por pessoas capazes, se coloca em xeque até mesmo a necessidade de existência do próprio contrato pois, se a operadora será obrigada a fornecer tratamento integral e sem qualquer restrição, qual seria então a razão de ser do próprio contrato? Não haveria necessidade do mesmo, já que suas cláusulas são completamente ignoradas."* (f. 539)

Pretende o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais sustentando que:

> *"(...) Não se deve confundir um leve aborrecimento, um dissabor, ou um incômodo momentâneo com um dano de ordem moral, mormente quando sequer houve ato ilícito praticado pela condenada, que se pautou exclusivamente pelo contido no contrato livremente aderido pela apelada e na legislação aplicável à espécie."* (f. 541)

Caso não seja esse o entendimento adotado, pleiteia a redução do valor estabelecido a título de indenização por danos morais:

> *"(...) Isso porque em que pese o respeito e acatamento da Apelante frente à sentença combatida, manter a indenização a título de danos morais no importe de R$15.000,00 (quinze mil reais), é configurar enriquecimento sem causa em favor da Apelada face à desproporcionalidade do dano e da medida posta - (afronta aos artigos 884 e 944 do Código Civil)."* (f. 546)

Requer, o provimento do presente recurso, com a reforma da sentença e, ao final, que todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do advogado Eugênio Guimarães Calazans (OAB/MG nº40.399).

Posteriormente, em razão do acolhimento dos aclaratórios opostos pela autora, pleiteia a redução do valor estabelecido a título de honorários advocatícios, em respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, assim como aos critérios estabelecidos no artigo 85, § 2º, do CPC/2015. (f. 576-580)

Unimed Três Lagoas – Cooperatica de Trabalho Médico, em suas razões recursais (f. 581-593), alega, inicialmente, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, não tendo sequer atuado como mediadora das partes, não sendo utilizado o chamado "sistema de intercâmbio".

Aduz que deve ser afastada a condenação ao fornecimento do tratamento pleiteado por meio da presente demanda ou, caso mantida, que haja limitação do número de sessões de atendimento.

Afirma que não deve ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais, pois:

> *"(...) A negativa, é dada pela empresa ré contratada, que não é a apelante; dentro das normas estabelecidas pela ANS. Assim, se a negativa não vem da apelante, não há como a mesma ser atribuída culpa; não havendo culpa, não há que se falar no nexo causal, provocado por esta para fins de evidenciar dano."* (f. 588)

E, ainda, requer a minoração do valor estabelecido a título de honorários advocatícios.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (f. 560-568 e 598-603), pugna pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 615-627), opina apelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada por Unimed Três Lagoas – Cooperativa de Trabalho Médico e, no mérito, pelo improvimento dos apelos.

VOTO

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

Unimed Vitoria Cooperativa de Trabalho Medico e Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico interpõem recursos de apelação inconformadas com a sentença (f. 493-511) proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, movida por Luiza Alonso Kominami (representada por seus genitores, Pedro Galvão Kominami e Carolina Souza Alonso Kominami), que julgou procedentes os pedidos formulados pela autora e:

> *"(...) determinar às rés a autorização/custeio do tratamento multidisciplinar indicado pelos profissionais médicos que acompanham a requerente, consoante relatórios e laudos de f. 37-44, f. 56-58 e f. 91-95, na frequência e quantidade de sessões prescritas, sem limite, até a data em que os profissionais referidos entendam necessário, sob pena de incorrerem em multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), condenando-se as rés, ainda, a pagarem à autora, como indenização por danos morais, a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização por ato ilícito praticado, nos termos da fundamentação acima exposta, devidamente corrigida a partir da presente sentença e com juros de mora a*

da citação. Por fim, condeno as requeridas ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em 15% sobre o valor da condenação, devidamente atualizada, o que faço com fundamento no art. 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, atenta aos parâmetros indicados nos incisos I, II, III e IV do mesmo artigo, especialmente ao trabalho desenvolvido, a inexistência de instrução processual e ao tempo de tramitação do feito, ficando extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do NCPC."

Unimed Vitória Cooperativa de Trabalho Médico, em suas razões recursais (f. 519-549), alega, em síntese, que os procedimentos pleiteados por meio da presente demanda não estão previstos no rol da Agência Nacional de Saúde, sendo certo que as operadoras de plano de saúde não fornecem cobertura universal para qualquer tratamento indicado pelo médico assistente.

Acrescenta que:

> *"(...) Os tratamentos requeridos na inicial, notadamente o de musicoterapia não se encontra previsto no rol da ANS e nem no contrato do qual a apelada e beneficiária. E mais, não há possibilidade de interpretação extensiva da cláusula contratual que estabelece que as coberturas será aquelas definidas como obrigatórias pela Agência Reguladora, observado os critérios por ela estabelecidos."* (f. 530)

Aduz que deve ser respeitado o estabelecido no contrato firmado entre as partes segundo o qual a cobertura para prestaçã4o dos serviços de saúde será em conformidade com o rol da ANS, além de haver determinação expressa para exclusão de serviços ão abarcados como sendo procedimentos mínimos obrigatórios.

Afirma que:

> *"(...) A partir do momento que o Judiciário interfere nas relações contratuais livremente celebradas por pessoas capazes, se coloca em xeque até mesmo a necessidade de existência do próprio contrato pois, se a operadora será obrigada a fornecer tratamento integral e sem qualquer restrição, qual seria então a razão de ser do próprio contrato? Não haveria necessidade do mesmo, já que suas cláusulas são completamente ignoradas."* (f. 539)

Pretende o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais sustentando que:

> *"(...) Não se deve confundir um leve aborrecimento, um dissabor, ou um incômodo momentâneo com um dano de ordem moral, mormente quando sequer houve ato ilícito praticado pela condenada, que se pautou exclusivamente pelo contido no contrato livremente aderido pela apelada e na legislação aplicável à espécie." (f. 541)*

Caso não seja esse o entendimento adotado, pleiteia a redução do valor estabelecido a título de indenização por danos morais:

> *"(...) Isso porque em que pese o respeito e acatamento da apelante frente à sentença combatida, manter a indenização a título de danos morais no importe de R$15.000,00 (quinze mil reais), é configurar enriquecimento sem causa em favor da Apelada face à desproporcionalidade do dano e da medida posta - (afronta aos artigos 884 e 944 do Código Civil)."* (f. 546)

Requer, o provimento do presente recurso, com a reforma da sentença e, ao final, que todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do advogado Eugênio Guimarães Calazans (OAB/MG nº40.399).

Posteriormente, em razão do acolhimento dos aclaratórios opostos pela autora, pleiteia a redução do valor estabelecido a título de honorários advocatícios, em respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, assim como aos critérios estabelecidos no artigo 85, § 2º, do CPC/2015. (f. 576-580)

Unimed Três Lagoas – Cooperatica de Trabalho Médico, em suas razões recursais (f. 581-593), alega, inicialmente, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, não tendo sequer atuado como mediadora das partes, não sendo utilizado o chamado "sistema de intercâmbio".

Aduz que deve ser afastada a condenação ao fornecimento do tratamento pleiteado por meio da presente demanda ou, caso mantida, que haja limitação do número de sessões de atendimento.

Afirma que não deve ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais, pois:

> *"(...) A negativa, é dada pela empresa ré contratada, que não é a apelante; dentro das normas estabelecidas pela ANS. Assim, se a negativa não vem da apelante, não há como a mesma ser atribuída culpa; não havendo culpa, não há que se falar no nexo causal, provocado por esta para fins de evidenciar dano."* (f. 588)

E, ainda, requer a minoração do valor estabelecido a título de honorários advocatícios.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (f. 560-568 e 598-603), pugna pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 615-627), opina apelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada por Unimed Três Lagoas – Cooperativa de Trabalho Médico e, no mérito, pelo improvimento dos apelos.

Consta dos autos que Luiza Alonso Kominami (representada por seus genitores, Pedro Galvão Kominami e Carolina Souza Alonso Kominami) ingressou com a presente demanda em face de Unimed Vitória - Cooperativa de Trabalho Médico e Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico sustentando em síntese, que

> *"(...) com 7 anos foi diagnosticado de transtorno do espectro do autismo (TEA), conforme laudo médico em anexo, tendo lhe sido prescritas as seguintes terapias: terapia comportamental ABA, fonoaudiologia, terapia ocupacional e musicoterapia; que a requerente possui plano de saúde junto à primeira requerida e, a sua representante solicitou administrativamente junto à primeira requerida, atendimento conforme prescrições médicas e dos demais profissionais de saúde, e fora informada que deveria dirigir-se à Unimed mais próxima, a saber, à Unimed de Três Lagoas; que a segunda requerida limitou-se a responder apenas sobre o tratamento ABA, ignorando os demais pedidos, pelo que podemos concluir que foram negados, vez que não apontou local para sua realização; que quanto ao ABA, a requerida expôs que não possui em sua rede credenciada, prestador credenciado para realização do referido procedimento; que a requerente iniciou o tratamento por conta própria, diante das dificuldades impostas pelas requeridas; que, entretanto, não consegue suportar os gastos advindos dos tratamentos, vez que os mesmos são de alto custo, e vê-se na iminência de suspendê-los por falta de capacidade financeira, que conforme negativa de cobertura, faz-se necessário socorrer-se à tutela jurisdicional, com o fim de ter acesso ao tratamento prescrito. Reivindicou tutela provisória de urgência, a fim de determinar às requeridas a autorização das terapias indicadas, sob pena de multa diária. (...)"* (f. 493-494)

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes nos seguintes termos:

> *"Pelo o exposto, e por tudo mais que dos autos constam, julgo procedente os pedidos iniciais, para o fim de, ratificando a tutela provisória de urgência deferida nos autos, determinar às rés a autorização/custeio do tratamento multidisciplinar indicado pelos profissionais médicos que acompanham a requerente, consoante relatórios e laudos de f. 37-44, f. 56-58 e f. 91-95, na frequência e quantidade de sessões prescritas, sem limite, até a data em que os profissionais referidos entendam necessário, sob pena de incorrerem em multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), condenando-se as rés, ainda, a pagarem à autora, como indenização por danos morais, a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização por ato ilícito praticado, nos termos da fundamentação acima exposta, devidamente corrigida a partir da presente sentença e com juros de mora a da citação."* (f. 511)

Após a oposição de embargos de declaração, foram fixados honorários sucumbenciais em 20% sobre o valor da condenação, nos termos da sentença de f. 572-573.

Unimed Vitoria Cooperativa de Trabalho Medico e Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico interpuseram recursos de apelação e, em razão da identidade da maior parte das matérias devolvidas, serão analisados conjuntamente.

Da alegação de ilegitimidade passiva suscitada por Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico.

Inicialmente, a Unimed Três Lagoas sustenta não ser parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, pois não atuou como mediadora das partes, não sendo utilizado o chamado "sistema de intercâmbio".

Razão não lhe assiste.

Importante destacar que a apelada firmou contrato para prestação dos serviços médicos com a Unimed Vitória (f. 35), entretanto, todas as solicitações para atendimento foram formuladas diretamente à Unimed Três Lagoas e por ela respondidas, conforme demonstram os documentos de f. 46-47.

Vale frisar que a própria Unimed Vitória ressaltou que "*Toda solicitação de rede credenciada deve ser verificada com Unimed mais próxima a sua residência, Unimed Três Lagoas. (...)*." (f. 46)

Observa-se, assim, que a Unimed se constitui em uma única entidade, subdividida em diversas outras, devendo atender seus associados em todo o País, por intermédio de sistema de intercâmbio, sendo necessário tão somente a apresentação do cartão do associado perante à Unimed local para a prestação dos serviços contratados, como inclusive, afirmado pelo próprio plano de saúde, na forma acima destacada.

Nesse sentido, o entendimento deste Tribunal:

> *"(...) A publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de uma entidade única com atuação em âmbito nacional, não sendo informado ao filiado sobre a autonomia e a independência de suas unidades, o que só faz reforçar nele a ideia de que esse sistema lhe oferece uma maior gama de serviços e facilidades (cfe REsp 1377899/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 11/02/2015), de tal forma que, embora tendo contratado os serviços médico hospitalares com uma das unidades gestoras da Unimed, o contratante pode exigir de qualquer delas o atendimento das coberturas contratadas, muito em especial a realização de procedimentos médicos, cirúrgicos e hospitalares, principalmente quando se trata de cirurgia de urgência, como é a cardíaca. Trata-se, aí, da obrigação de fazer, que pode ser exigido de outra unidade conveniada que não a contratada.(...). Agravo retido conhecido e provido."* (TJMS. Apelação nº 0803462-62.2013.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 27/03/2019, p: 29/03/2019)

> *"(...) É firme o entendimento jurisprudencial de que a Unimed Campo Grande/MS é parte legítima para figurar no polo passivo de ação que objetiva a autorização de realização de procedimento cirúrgico e indenização por danos morais, ainda que o contrato tenha sido celebrado com a cooperativa de outro estado. Em razão da responsabilidade solidária existente entre as cooperativas que integram o Sistema Unimed, qualquer delas pode ser acionada pelo beneficiário, do qual não se pode exigir que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros deste conglomerado econômico, que, frente ao consumidor, faz-se crer que se trata de uma entidade una. A jurisprudência do STJ tem entendido que, 'tratando-se de relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, descabe a denunciação da lide, a teor do art. 88 do CDC'."* (Relator(a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 21/09/2015; Data de registro: 23/09/2015)

A propósito, já se manifestou o STJ. Vejamos:

> *"(...) Com efeito, "há responsabilidade solidária entre as cooperativas de trabalho médico que integram a mesma rede de intercâmbio, ainda que possuam personalidades jurídicas e bases geográficas distintas, sobretudo para aquelas que compuseram a cadeia de fornecimento de serviços que foram mal prestados (teoria da aparência). Precedente da Quarta Turma." (REsp 1.665.698/CE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 31/5/2017). (...)"* (AgInt no AREsp 1281976/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 20/09/2018)

Logo, acertadamente consignou o magistrado singular que:

> *"(...) as pessoas jurídicas ligadas à Unimed, pertencem a um mesmo conglomerado econômico, possuindo, portanto, legitimidade para representar umas as outras, em virtude da teoria da aparência, sendo irrelevante, portanto, que o contrato da autora tenha sido entabulado com a Unimed Vitória, mesmo porque, conforme reconhecido pela própria ré, a autorização para realização dos procedimentos médicos e terapêuticos em questão, fora realizada por esta, por meio do que chama de "sistema de intercâmbio."* (f. 498)

Afasta-se, portanto, a alegação de ilegitimidade passiva suscitada pela Unimed Três Lagoas.

Da obrigação em fornecer o atendimento requerido por meio da presente demanda.

Ambas as apelantes pretendem o afastamento da condenação ao fornecimento do atendimento multidisciplinar especializado (terapia comportamental ABA, fonoaudiologia, terapia ocupacional e musicoterapia) requerido pela parte autora para tratamento da enfermidade que a acomete (Transtorno do Espectro Autista – TEA).

Em que pesem os argumentos apresentados, a sentença deve ser mantida.

Inicialmente, cabe mencionar que, de acordo com o posicionamento deste Tribunal,

> *"**As relações entre as administradoras de planos de saúde e seus participantes estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, ainda que o plano seja operado por associação, na modalidade de autogestão**. A obrigação de cobrir tratamento ou procedimento solicitado pelo médico que trata a paciente deve prevalecer sobre a cláusula limitativa de direitos, sendo nulas de pleno direito as cláusulas contratuais de plano de saúde que excluam o atendimento ao consumidor em caso de necessidade. O STJ tem entendimento firmado no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que serão cobertas, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura." (*Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Cassilândia; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 13/07/2016; Data de registro: 15/07/2016) - grifei

Oportuno apontar que "*(...) a operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota*."[1] A teor, inclusive, do enunciado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "*Súmula 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

Também, impende consignar não haver dúvidas acerca da possibilidade de limitação, prevista na Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de saúde, sendo que tais exceções serão objeto de regulamentação pela Agência Nacional de Saúde[2], do mesmo modo que a amplitude das coberturas será definida por normas editadas por tal órgão[3].

Entretanto, ainda que as seguradoras possam dispor acerca das doenças, sujeitas à cobertura contratual, não podem ditar qual o tratamento mais apropriado à patologia apresentada pelo paciente. Este é um encargo do médico escolhido pelo doente ou por sua família, mas não da empresa seguradora. Assim, se a doença encontra cobertura no ajuste firmado, como ocorre neste caso, o tipo de tratamento a ser feito é aquele que for indicado pelo profissional da saúde eleito pelo paciente.

Ademais, mesmo que o tratamento requerido não esteja listado no rol de cobertura obrigatória da ANS, por ser de caráter exemplificativo, deve ser autorizado pelo plano de saúde.

Ou seja,

1 REsp 267530/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 14/12/2000, DJ 12/03/2001, p. 147.
2 Art. 10. § 1o As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS.
3 Art. 10. § 4o A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS.

> *"(...) O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. (...)"* (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)

No caso dos autos, ficou demonstrada a necessidade do tratamento multidisciplinar prescrito pelos profissionais médicos que acompanham a paciente, visando a melhora do seu estado de saúde.

Os laudos médicos acostados aos autos atestam a existência da patologia que acomete a autora (transtorno do espectro autista), bem como a necessidade do tratamento multidisciplinar indicado. (f. 37-44 e 58)

Outrossim, valem ser destacadas as observações da terapeuta ocupacional Stephanny Maria Rampazo. *Verbis*:

> *"Declaro para os devidos fins que a menor Luiza Alonso Kominami, foi avaliada em terapia ocupacional, no qual foram identificadas alterações do desenvolvimento em relação aos aspectos de regulação sensorial (visual, auditiva, tátil, proprioceptiva, vestibular, gustativa e olfativa), modulação sensorial (liminar neurológico) e praxia (ideação, planejamento e execução motora), que interferem no desenvolvimento das relações sociais, brincar, linguagem, aquisição de pré-requisitos comportamentais e acadêmicos e presença de comportamentos estereotipados e alterações sensoriais que são características presentes no transtorno do espectro autista (f. 84.0)*
>
> *Luiza necessita de atendimento de terapia ocupacional, com supervisão mensal de uma profissional especialista em distúrbios do desenvolvimento, certificada em integração sensorial e com acreditação em análise aplicada do comportamento, para orientação à escola, aos familiares e à terapeuta ocupacional regional, a fim de garantir a regulação do processamento sensorial de Luiza, bem como aplicação de repertórios comportamentais, minimização de comportamentos problemas, consciência corporal e aquisição de autonomia nas atividades de vida diária. (...)"* (f. 58)

Como asseverou o magistrado singular,

> *"(...) no que tange à alegação das rés no sentido que as terapias e técnicas solicitadas não possuem estudos de evidência científica atuais de segurança, eficácia, e por isso não estão incluídas no rol de procedimentos da ANS, fato é que, o tratamento multidisciplinar indicado à autora, especialmente no que toca à musicoterapia e ABA, são comumente indicadas à pacientes com tal patologia e, devem ser custeadas pelas rés, por clínicas especializadas, caso não possuam profissionais a elas credenciados."* (f. 503)

Em situações semelhantes, assim vem decidindo esta 3ª Câmara Cível:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – TRATAMENTO DE CRIANÇA COM ESPECTRO AUTISTA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 300 DO CPC/2015 – EXCLUSÃO DA COBERTURA NÃO VERIFICADA – CONTRATO DE ADESÃO – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – RECURSO IMPROVIDO, COM O PARECER. I. É sabido que por meio do instituto da antecipação da tutela jurisdicional obtém a parte a antecipação dos efeitos de um eventual julgamento favorável de mérito, tendo esse instituto fundamento no princípio da efetividade do processo e com seus requisitos delineados no atual artigo 300 do Código de Processo Civil. O dispositivo exige a presença cumulativa dos dois requisitos que devem estar presentes em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, sendo a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. II. Nos contratos de plano de saúde, não sendo demonstrada a existência de cláusula de exclusão de cobertura, com previsão destacada da limitação, deve o tratamento ser garantido ao segurado, posto que nos contratos desse jaez, as cláusulas contratuais devem ser*

interpretadas de forma favorável ao consumidor. III. Recurso conhecido e improvido, com o parecer." (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1409771-17.2017.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 28/11/2017, p: 30/11/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO – TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL – VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA – LIMINAR MANTIDA. 1. Controvérsia centrada na discussão sobre o acerto da decisão agravada que concedeu a tutela de urgência para determinar que a agravante custeie o tratamento solicitado pelo paciente. 2. Estando presente, simultaneamente, a verossimilhança das alegações (fumus boni iuris) e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte (periculum in mora), e não havendo, ainda, risco de irreversibilidade da medida, é de ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela. No caso, manutenção da liminar que determinou que a agravante providencie o tratamento solicitado pelo agravado. 3. Agravo de Instrumento conhecido e não provido." (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1403380-46.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 19/11/2017, p: 23/11/2017)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – UNIMED CAMPO GRANDE- MS – AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E TUTELA DE URGÊNCIA – INFANTE PORTADOR DE AUTISMO – TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR PARA CRIANÇAS AUTISTAS – MÉTODO ABA – NEGATIVA DO TRATAMENTO PELO CONVÊNIO CONTRATADO – ALEGA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DA ANS – TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA NA ORIGEM – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – FORNECIMENTO DO TRATAMENTO PELO CONVÊNIO – TUTELA MANTIDA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – RECURSO DESPROVIDO." (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1414320-36.2018.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 14/03/2019, p: 15/03/2019)

Portanto, como afirmado, na presente situação, incontroversa patologia de que padece a autora, assim como a necessidade do tratamento prescrito, na forma acima mencionada e, como bem destacou o d. Procurador de Justiça em seu parecer,

"(...) As operadoras de plano de saúde devem fornecer os tratamentos necessários aos pacientes, constituindo a função contratual, sob pena de afronta a boa-fé contratual. Inclusive no caso de cobertura para a patologia e procedimento previsto no contrato, não cabendo-lhe escolher a forma do procedimento melhor indicada ao paciente. É escorreito que o princípio da boa-fé, que deve trilhar toda a avença, implica a necessidade de compreender e interpretar o contrato segundo os ditames da lealdade, boa-fé e confiança recíprocas entre os contratantes." (f. 619)

Quanto à limitação do número de sessões de atendimento, a matéria já foi analisada no agravo de instrumento processado sob o nº 1414134-81.2016.8.12.0000 (f. 449-470), momento em que ficou decidido, que este Tribunal possui entendimento no sentido de que:

"(...) É abusiva a cláusula que limita o número de sessões de fonoaudiologia e terapia ocupacional, máxime considerando se tratar de consumidor menor de idade, portador de deficiência." (0828879-20.2013.8.12.0001. Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 26/02/2016)

Cabe consignar que nos termos da Súmula 302/STJ, *"É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado."*

Dessa forma, se não é possível limitar o tempo de internação, também não é possível, a partir de uma interpretação analógica da referida súmula, limitar a quantidade de sessões de fisioterapia e dos outros tratamentos ora requeridos.

Logo, inviável a limitação no atendimento multidisciplinar requerido por meio da presente ação.

Dos danos morais.

As apelantes também se insurgem quanto a condenação ao pagamento de indenização por danos morais aduzindo que não houve a prática de conduta ilícita e que a negativa de atendimento se pautou nas cláusulas do contrato livremente aderido pela apelada e na legislação aplicável à espécie.

Na situação em comento, a negativa do plano de saúde em autorizar o tratamento multidisciplinar para o atendimento das necessidades da autora, uma criança portadora de autismo, configura-se abusiva e não pode ser considerada como mero aborrecimento, daqueles passíveis de ocorrem no cotidiano das pessoas.

Ou seja, ilegal e abusiva a negativa de tratamento com especialistas em terapia comportamental ABA, fonoaudiologia, terapia ocupacional e musicoterapia, quando a prescrição médica indicar que essa metodologia é essencial para desenvolver com plenitude todas as capacidades de uma criança frente as dificuldades impostas pelo autismo.

Por tais razões, caracterizada a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado, ficam configurados os danos morais, pois, certamente, agravada a sua situação de aflição psicológica e de angústia.

A propósito, o entendimento deste Tribunal:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – EXCLUSÃO DE COBERTURA PARA HOME CARE – BENEFÍCIO OFERTADO POR MERA LIBERALIDADE – NECESSIDADE DE CUIDADOS EXTENSIVOS POR 24 HORAS DIÁRIAS – "SURRECTIO" – MANUTENÇÃO DO TRATAMENTO CONFORME ORIENTAÇÃO MÉDICA – REAVALIAÇÃO MÉDICA SEMANAL NECESSÁRIA – RECURSO DO CONSUMIDOR PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS PARCIALMENTE PROVIDO. Se houve deliberado compromisso por parte do plano de saúde de estender o benefício de internação domiciliar, é inegável que ao menos semanalmente haja acompanhamento do tratamento por médico assistente que também fará parte da equipe multiprofissional oferecida.* ***Segundo a jurisprudência do STJ, os danos morais vindicados somente comportam cabimento se houve ilegítima recusa e negativa do plano de saúde, o que sim seria inerente à conduta e má-prestação do serviço, nos moldes dispostos pelo CDC, ultrapassando, pois, o limite do mero aborrecimento sustentado pelo apelado****. Sentença reformada. Recursos parcialmente providos."* (TJMS. Apelação nº 0800809-22.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 28/03/2017, p: 29/03/2017) - grifei

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ASSISTÊNCIA MÉDICA – RECUSA INJUSTIFICADA OU MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CARACTERIZAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Aplicam-se às relações contratuais estabelecidas entre cooperativas e prestadoras de serviços médicos e consumidores o CDC. As cláusulas contratuais limitativas de direito, a exemplo daquelas que excluem ou limitam a cobertura do plano de saúde, devem ser redigidas em destaque, permitindo fácil e correta compreensão (art. 54, § 4º, CDC). Não obriga, ademais, o consumidor, a cláusula contratual restritiva de direitos que alude a normas extracontratuais das quais não se demonstrou ciência do consumidor (art. 46, CDC). 2. Demonstrados os fatos constitutivos do direito alegado na inicial, qual seja, a recusa injustificada ou má-prestação do serviço de assistência médica, aliada aos prejuízos de ordem material e moral, tem-se por caracterizada a responsabilidade civil do prestador de serviço.* ***O simples inadimplemento contratual, por si só, não caracteriza dano moral, que exsurge, entretanto, das circunstâncias do inadimplemento, como da ausência ou falha na prestação do serviço de assistência médica contratada em momento de extrema fragilidade psicológica da vítima****."* (TJMS. Apelação nº 0800435-39.2012.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 04/04/2013, p: 15/04/2013) - grifei

No mesmo sentido se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE.NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA TRATAMENTO DE EMERGÊNCIA DE DOENÇA GRAVE – PERÍODO DE CARÊNCIA – CLÁUSULA ABUSIVA – DANO MORAL CONFIGURADO – AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o mero descumprimento contratual não enseja indenização por dano moral. No entanto, nas hipóteses em que há recusa de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento emergencial, como ocorrido no presente caso, em que a autora buscava realizar procedimento para tratamento de câncer, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento. 2. A cláusula contratual que prevê prazo de carência para utilização dos serviços prestados pelo plano de saúde não é considerada abusiva, desde que não obste a cobertura do segurado em casos de emergência ou urgência. 3. Agravo interno não provido."* (AgInt no AREsp 872.156/CE, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 20/03/2017)

> *"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE – RECUSA DE ATENDIMENTO DE URGÊNCIA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a recusa injustificada da seguradora em cobrir atendimento médico é capaz de gerar dano moral, sobretudo no caso em comento, no qual negou-se ao autor, que estava acometido por doença grave (câncer de pâncreas), a realização de procedimento cirúrgico de urgência solicitado pelos médicos. 2. Por sua vez, não se mostra exorbitante o valor fixado em R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), conforme demonstram os precedentes desta Corte que, em casos assemelhados, tiveram valores próximos a esse mantidos. 3. Agravo interno desprovido."* (AgInt no AREsp 955.562/BA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe de 02/02/2017)

Assim, mantida a condenação em danos morais, pois configurada a recusa indevida do plano de saúde em autorizar a cobertura ao atendimento médico, nos termos acima delineados.

No que concerne ao valor da indenização, do mesmo modo, a sentença não merece reparos.

O montante estabelecido em primeira instância, R$ 15.000,00 (quinze mil reais) mostra-se razoável e proporcional diante da situação delineada nos autos, mesmo porque o valor apurado guarda correspondência com a extensão do dano e a capacidade econômica da parte, não se podendo falar em redução do *quantum* arbitrado.

Dos honorários advocatícios.

Por fim, também não prospera a insurgência em relação ao valor estabelecido a título de honorários advocatícios, qual seja, 20% sobre o valor atualizado da condenação.

No caso dos autos os honorários advocatícios foram com razoabilidade e proporcionalidade, em 15% sobre o valor da condenação, na forma do que prevê o artigo 85, § 2º, do CPC4, em respeito ao grau de zelo do profissional e ao trabalho realizado pelo advogado, assim como aos demais critérios previstos no referido dispositivo.

Vale frisar que, em primeiro grau, Luiza Alonso Kominami interpôs embargos de declaração visando sanar obscuridade na sentença, justamente em relação à verba honorária, tendo o recurso sido provido para determinar que o cálculo deve ser efetuado tomando como parâmetro apenas o valor da condenação (indenização por danos morais) e não o proveito econômico.

Por tais razões, observa-se que os parâmetros legais foram respeitados, sendo inviável a redução na forma pretendida pelos apelantes.

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

Dispositivo.

Em face do exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos de apelação interpostos por Unimed Vitoria Cooperativa de Trabalho Medico e Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico, mantendo a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados pela autora e condenou as requeridas a fornecerem o tratamento multidisciplinar de que a conveniada necessita, na forma da prescrição médica, bem como ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Ainda que os apelos tenham sido improvidos, inviável o estabelecimento de honorários recursais, pois a verba já foi fixada em sua porcentagem máxima em primeira instância (artigo 85, § 11, do CPC/2015[5]).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos recursos de apelação interpostos por Unimed Vitória Cooperativa de Trabalho Medico e Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

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, 12 de julho de 2019.

***

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

1ª Seção Cível
Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Ação Rescisória nº 1402854-11.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTS. 8º E 34, § 1º, DO DECRETO ESTADUAL Nº 10.769/02 – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA EXAMINADA EM CONJUNTO COM O MÉRITO – REJEITADA – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – ACÓRDÃO QUE CONFIRMOU SENTENÇA DE PROMOÇÃO POR BRAVURA DOS AUTORES, ORA REQUERIDOS, COM BASE NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, PELO FATO DE TER SIDO CONCEDIDA PROMOÇÃO POR BRAVURA A OUTRO PM, QUE PARTICIPOU DA MESMA OPERAÇÃO – ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO JUDICIÁRIO, DO MÉRITO ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE QUE JUSTIFIQUE A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

Estando a preliminar de não cabimento da ação rescisória imbricada com o mérito, faculta-se ao órgão julgador examinar as matérias em conjunto.

Incorre em manifesta violação de norma jurídica o julgado que analisa o mérito de ato administrativo (promoção por bravura de militares), interferindo em ato discricionário da Administração.

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, 5 de agosto de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 966, inciso V, do CPC/2015 (manifesta violação de norma jurídica), ajuíza a presente ação rescisória, com pedido de tutela de urgência, em face dos policiais militares Wanderlei Moreira de Souza Junior e Sérgio Paulo Marques, objetivando rescindir acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0815749-89.2015.8.12.0001, transitado em julgado em 21.11.2017, que manteve sentença de procedência prolatada em ação anulatória de ato jurídico administrativo c/c obrigação de fazer (promoção por bravura).

Alega, inicialmente, que: 1) a ação de obrigação de fazer ajuizada pelos réus teve como pretensão a declaração do direito de *"serem promovidos, por ato de bravura, à graduação imediatamente superior a que estiverem, e determinando a promoção com efeitos retroativos à data do fato (06/10/2008)"*, com o consequente pagamento de todas as diferenças decorrentes da promoção; 2) o fundamento utilizado foi o de que, embora tivessem atuado contra o o mesmo evento (assalto ocorrido no Posto FIC), que culminou

na promoção por ato de bravura do Cb Marcos Antônio Pezzolante Júnior (conforme Decreto "P" nº 1.703, de 22 de abril de 2014), não teriam sido promovidos, o que violaria o princípio da isonomia; 3) logo após o trânsito em julgado do acórdão, o ora requerente deu efetivo cumprimento ao julgado, promovendo, por ato de bravura, o Cabo QPPM Sérgio Paulo Marques à graduação de 3º Sargento QPPM e o Soldado QPPM Wanderlei Moreira de Souza Júnior à graduação de Cabo QPPM, ambas as promoções com efeito retroativo a 6 de outubro de 2008; 4) embora a decisão judicial tenha sido cumprida integralmente, na fase de cumprimento de sentença, os réus pretendem ser *"promovidos por ato de bravura à graduação imediatamente superior à que estiverem atualmente, porém, com efeito retroativo à data do fato, qual seja, 06/10/2008, bem como o recebimento de todas as diferenças de seus subsídios decorrentes da promoção"* (pág. 4). Grifei; 5) o acórdão rescindendo contém graves vícios que o levarão à sua rescisão, nos termos do art. 966, V, do CPC, ante a manifesta violação de norma jurídica.

Acrescenta que, com a sistemática vigente do Novo Código de Processo Civil, a ação rescisória não se limita apenas à violação a texto literal de lei, mas também à norma jurídica (no sentido amplo), na qual se incluem precedentes judiciais, tanto que, nos termos do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, não se considera fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Enfatiza que, desde a peça de defesa inicial, o Estado de Mato Grosso do Sul realçou o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, bem como deste próprio Tribunal de Justiça, quanto à discricionariedade do ato administrativo de promoção por bravura, todavia a Corte, em ofensa ao disposto nos artigos 489, § 1º, VI, e 926, ambos do CPC,[1] simplesmente ignorou os precedentes invocados e concedeu promoção por ato de bravura com fulcro no princípio da isonomia em favor dos requeridos.

Aduz que a concessão de promoção por ato de bravura, sob o fundamento de isonomia, violou flagrantemente o art. 8º do Decreto Estadual nº 10.769/02, segundo o qual:

> *"(...) a promoção por ato de bravura é aquela que resulta de ato ou atos não-comuns de coragem e audácia que, ultrapassando os limites normais do cumprimento do dever, representem feitos indispensáveis ou úteis às corporações militares, pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados"* (pág. 10).

Informa que o acórdão rescindendo, ignorando a conduta pessoal do militar promovido, julgou procedente o pedido dos requeridos, com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia, promovendo-os, igualmente, pelo fato de que eles também participaram da mesma operação policial.

Esclarece que é a conduta individualizada do militar, que ultrapassa os limites normais do cumprimento do dever, que, segundo a norma, serve de critério para a promoção do militar, e não a participação na mesma operação, de modo que o Poder Judiciário não poderia adentrar no mérito do ato administrativo, objetivando tratar igualmente os desiguais, com fundamento na isonomia.

Assevera que o próprio acórdão deixou claro que a promoção pelo ato de bravura é ato administrativo, cujo mérito é verificado por uma Comissão Especial designada para avaliar a conduta de cada participante do fato, de sorte que tratar igualmente desiguais não é tratamento isonômico e sim tratamento discriminatório.

Alerta que, ao obrigar o Governador do Estado a efetivar as promoções dos requeridos por ato de bravura, que tem caráter subjetivo, sob o argumento de isonomia, sem se atentar que tal pretensão esbarra nos próprios limites da espécie do ato almejado (discricionário), houve ingerência do Judiciário na esfera da Administração Pública, o que violou o princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º, CF/88).

---

1 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
(...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
(...) Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Adiciona que, ao conceder efeitos retroativos à promoção por ato de bravura à graduação atual do militar, o acórdão também feriu o at. 34, §§ 2º e 3º, do Decreto nº 10.769/02, extrapolando os limites do que foi decidido, em nítida violação, inclusive, da coisa julgada.

Insiste que o cumprimento da sentença, nos termos pleiteados na ação rescindenda, tem como base trecho do dispositivo da sentença, a qual utilizou, equivocadamente, o verbo "pertencem", quando, na verdade, deveria constar "pertenciam", porém, referido dispositivo foi objeto de alteração por meio de embargos de declaração opostos pelos próprios requeridos, cuja fundamentação consistiu na alegação de omissão da sentença, no que tange aos efeitos retroativos decorrentes da promoção por ato de bravura, os quais seriam devidos desde a data do fato (06.10.2008).

Anota que os embargos de declaração foram providos para reconhecer efeito retroativo às promoções por ato de bravura, sem, contudo, alterar o verbo da classificação funcional para "pertenciam", à data dos fatos, alteração que deveria ter sido consequência lógica da própria modificação do julgado, visto que, de início, as promoções não foram concedidas com efeito retroativo.

Salienta que em nenhum momento a legislação possibilita a concessão de promoção por ato de bravura com data retroativa, tampouco com base no grau hierárquico ao qual pertencem os militares atualmente, com efeito retroativo à data dos fatos.

Reportando-se a inúmeros suprimentos jurídicos, culmina por requerer tutela de urgência para determinar o sobrestamento dos autos objeto de rescisão (Autos nº 0815749-89.2015.8.12.0001) e a suspensão do cumprimento da sentença pretendido pelos réus, até o julgamento definitivo da presente ação rescisória.

Requer, por fim, seja julgado procedente o pedido para rescindir o acórdão rescindendo, com a prolação de novo julgamento, nos termos do inciso I do art. 968 do CPC, com a condenação dos requeridos nas custas e honorários que forem arbitrados.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando os documentos de f. 21 a 65.

Pelo despacho de f. 68-71, foi deferido o pedido de liminar para sobrestar os Autos 0815749-89.2015.8.12.0001, com a suspensão do cumprimento da sentença, até o julgamento definitivo da ação rescisória.

Não comportando a causa auto composição (art. 334, § 4º, II, CPC), nos termos do art. 970 do CPC, foi expedida carta de ordem para citação dos requeridos para apresentar resposta, no prazo de 20 (vinte) dias.

Os requeridos apresentaram resposta, suscitando preliminar de não cabimento da ação rescisória; requereram a improcedência do pedido; e postularam os benefícios da gratuidade processual (f. 82-91).

Instado a se manifestar sobre a contestação, o Estado de Mato Grosso Sul rebateu a preliminar, reiterando o pedido inicial (f. 105-108).

À f. 116, foi proferido o despacho saneador, esclarecendo-se que: a) a causa não comporta a participação do Ministério Público; b) a preliminar de não cabimento da ação rescisória, com base na suposta ausência de preenchimento dos requisitos do art. 966 do CPC/2015, por dizer respeito ao interesse processual, confunde-se com o mérito, e com ele será examinada; c) o processo encontra-se maduro para julgamento; d) abriu-se vista às partes para apresentação das razões finais.

Desse despacho saneador não houve recurso.

Ambas as partes apresentaram razões finais (f. 121-123 e f. 126-133).

VOTO

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

Dos fatos

Trata-se de ação rescisória movida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 966, inciso V, do CPC/2015 (manifesta violação de norma jurídica), com pedido de tutela de urgência, em face dos policiais militares Wanderlei Moreira de Souza Junior e Sérgio Paulo Marques, objetivando rescindir acórdão proferido pela 5ª Câmara Cível, nos autos da Apelação Cível/Reexame Necessário nº 0815749-89.2015.8.12.0001, transitado em julgado em 21.11.2017, que manteve sentença de procedência prolatada em ação anulatória de ato jurídico administrativo c/c obrigação de fazer.

Alega, inicialmente, que: 1) a ação de obrigação de fazer ajuizada pelos réus teve como pretensão a declaração do direito de *"serem promovidos, por ato de bravura, à graduação imediatamente superior a que estiverem, e determinando a promoção com efeitos retroativos à data do fato (06/10/2008)",* com o consequente pagamento de todas as diferenças decorrentes da promoção; 2) o fundamento utilizado foi o de que, embora tivessem atuado contra o o mesmo evento (assalto ocorrido no Posto FIC), que culminou na promoção por ato de bravura do Cb Marcos Antônio Pezzolante Júnior (conforme Decreto "P" nº 1.703, de 22 de abril de 2014), não teriam sido promovidos, o que violaria o princípio da isonomia; 3) logo após o trânsito em julgado do acórdão, o ora requerente deu efetivo cumprimento ao julgado, promovendo, por ato de bravura, o Cabo QPPM Sérgio Paulo Marques à graduação de 3º Sargento QPPM e o Soldado QPPM Wanderlei Moreira de Souza Júnior à graduação de Cabo QPPM, ambas as promoções com efeito retroativo a 6 de outubro de 2008; 4) embora a decisão judicial tenha sido cumprida integralmente, na fase de cumprimento de sentença, os réus pretendem ser *"promovidos por ato de bravura à graduação imediatamente superior à que estiverem atualmente, porém, com efeito retroativo à data do fato, qual seja, 06/10/2008, bem como o recebimento de todas as diferenças de seus subsídios decorrentes da promoção"* (f. 4). Grifei; 5) o acórdão rescindendo contém graves vícios que o levarão à sua rescisão, nos termos do art. 966, V, do CPC, ante a manifesta violação de norma jurídica.

Acrescenta que, com a sistemática vigente do Novo Código de Processo Civil, a ação rescisória não se limita apenas à violação a texto literal de lei, mas também à norma jurídica (no sentido amplo), na qual se incluem precedentes judiciais, tanto que, nos termos do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, não se considera fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Enfatiza que, desde a peça de defesa inicial, o Estado de Mato Grosso do Sul realçou o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, bem como deste próprio Tribunal de Justiça, quanto à discricionariedade do ato administrativo de promoção por bravura, todavia a Corte, em ofensa ao disposto nos artigos 489, § 1º, VI, e 926, ambos do CPC,[2] simplesmente ignorou os precedentes invocados e concedeu promoção por ato de bravura com fulcro no princípio da isonomia em favor dos requeridos.

Aduz que a concessão de promoção por ato de bravura, sob o fundamento de isonomia, violou flagrantemente o art. 8º do Decreto Estadual nº 10.769/02, segundo o qual:

> *"(...) a promoção por ato de bravura é aquela que resulta de ato ou atos não-comuns de coragem e audácia que, ultrapassando os limites normais do cumprimento do dever, representem feitos indispensáveis ou úteis às corporações militares, pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados"* (f. 10).

2 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
(...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
(...) Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Informa que o acórdão rescindendo, ignorando a conduta pessoal do militar promovido, julgou procedente o pedido dos requeridos, com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia, promovendo-os, igualmente, pelo fato de que eles também participaram da mesma operação policial.

Esclarece que é a conduta individualizada do militar, que ultrapassa os limites normais do cumprimento do dever, que, segundo a norma, serve de critério para a promoção do militar, e não a participação na mesma operação, de modo que o Poder Judiciário não poderia adentrar no mérito do ato administrativo, objetivando tratar igualmente os desiguais, com fundamento na isonomia.

Assevera que o próprio acórdão deixou claro que a promoção pelo ato de bravura é ato administrativo, cujo mérito é verificado por uma Comissão Especial designada para avaliar a conduta de cada participante do fato, de sorte que tratar igualmente desiguais não é tratamento isonômico e sim tratamento discriminatório.

Alerta que, ao obrigar o Governador do Estado a efetivar as promoções dos requeridos por ato de bravura, que tem caráter subjetivo, sob o argumento de isonomia, sem se atentar que tal pretensão esbarra nos próprios limites da espécie do ato almejado (discricionário), houve ingerência do Judiciário na esfera da Administração Pública, o que violou o princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Estadual e art. 2º da Constituição Federal), extrapolando os limites do que foi decidido, em nítida violação, inclusive, da coisa julgada.

Adiciona que, ao conceder efeitos retroativos à promoção por ato de bravura à graduação atual do militar, o acórdão também feriu o at. 34, §§ 2º e 3º, do Decreto nº 10.769/02, extrapolando os limites do que foi decidido, em nítida violação, inclusive, da coisa julgada.

Insiste que o cumprimento da sentença, nos termos pleiteados na ação rescindenda, tem como base trecho do dispositivo da sentença, a qual utilizou, equivocadamente, o verbo "pertencem", quando, na verdade, deveria constar "pertenciam", porém, referido dispositivo foi objeto de alteração por meio de embargos de declaração opostos pelos próprios requeridos, cuja fundamentação consistiu na alegação de omissão da sentença, no que tange aos efeitos retroativos decorrentes da promoção por ato de bravura, os quais seriam devidos desde a data do fato (06.10.2008).

Anota que os embargos de declaração foram providos para reconhecer efeito retroativo às promoções por ato de bravura, sem, contudo, alterar o verbo da classificação funcional para "pertenciam", à data dos fatos, alteração que deveria ter sido consequência lógica da própria modificação do julgado, visto que, de início, as promoções não foram concedidas com efeito retroativo.

Salienta que em nenhum momento a legislação possibilita a concessão de promoção por ato de bravura com data retroativa, tampouco com base no grau hierárquico ao qual pertencem os militares atualmente, com efeito retroativo à data dos fatos.

Reportando-se a inúmeros suprimentos jurídicos, culmina por requerer tutela de urgência para determinar o sobrestamento dos autos objeto de rescisão (Autos nº 0815749-89.2015.8.12.0001) e a suspensão do cumprimento da sentença pretendido pelos réus, até o julgamento definitivo da presente ação rescisória.

Requer, por fim, seja julgado procedente o pedido para rescindir o acórdão invectivado, com a prolação de novo julgamento, nos termos do inciso I do art. 968 do CPC, com a condenação dos requeridos nas custas e honorários que forem arbitrados.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando os documentos de f. 21 a 65.

Pelo despacho de f. 68-71, foi deferido o pedido de liminar para sobrestar os Autos 0815749-89.2015.8.12.0001, com a suspensão do cumprimento da sentença, até o julgamento definitivo da ação rescisória.

Não comportando a causa auto composição (art. 334, § 4º, II, CPC), nos termos do art. 970 do CPC, foi expedida carta de ordem para citação dos requeridos para apresentar resposta, no prazo de 20 (vinte) dias.

Os requeridos apresentaram resposta, suscitando preliminar de não cabimento da ação rescisória; requereram a improcedência do pedido; e postularam os benefícios da gratuidade processual (f. 82-91).

Instado a se manifestar sobre a contestação, o Estado de Mato Grosso Sul rebateu a preliminar, reiterando o pedido inicial (f. 105-108).

À f. 116, foi proferido o despacho saneador, esclarecendo-se que: a) a causa não comporta a participação do Ministério Público; b) a preliminar de não cabimento da Ação Rescisória, com base na suposta ausência de preenchimento dos requisitos do art. 966 do CPC/2015, por dizer respeito ao interesse processual, confunde-se com o mérito, e com ele será examinada; c) o processo encontra-se maduro para julgamento; d) abriu-se vista às partes para apresentação das razões finais.

Desse despacho saneador não houve recurso.

Ambas as partes apresentaram razões finais (f. 121-123 e f. 126-133).

Do direito

Analiso a preliminar de não cabimento da ação rescisória, que diz respeito ao interesse processual, em conjunto com o mérito, em vista do entrelaçamento das matérias.

Da análise detida dos elementos dos autos, concluo que procede a pretensão do Estado de rescindir o acórdão que manteve a sentença de primeiro grau prolatada na ação anulatória de ato jurídico administrativo c/c obrigação de fazer (promoção por bravura).

Com efeito, a promoção por ato de bravura foi concedida com base no princípio da isonomia pelo fato de os ora requeridos terem atuado contra o mesmo evento (assalto ocorrido no Posto FIC), juntamente com outro policial, Cb Marcos Antônio Pezzolante Júnior, o qual foi o único agraciado com a promoção por bravura.

Ocorre, porém, que não é dado ao Judiciário interferir no critério discricionário da Administração Pública, que, avaliando a conduta pessoal dos 3 (três) militares envolvidos em operação policial, optou por promover apenas 1 (um) deles, em cumprimento à norma jurídica em vigor (art. 8º do Decreto Estadual nº 10.769/02).

A propósito, atuando como Relator na Apelação/Reexame Necessário nº 0840080-72.2014.8.12.0001, conduzi o voto pelo provimento ao mencionado recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, ocasião em que deixei assentado:

> *"(...) o fato de a Administração ter reconhecido a prática de ato de bravura por outro militar, que também participou da mesma ação em que atuaram os apelados, não implica, necessariamente, que tal ato de bravura deva ser estendido, automaticamente, aos autores, pois, repita-se, a valoração de tais atos não é meramente objetiva"* [f. 882 dos referidos autos] (4ª Câmara Cível, julgado em 20 de junho de 2018, votação unânime).

Segundo Hely Lopes Meirelles, os atos administrativos se submetem ao controle do Judiciário e,

> *"(...) Nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial, porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado. Já acentuamos que a discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade: o ato discricionário, quando permitido e emitido nos limites legais, é lícito e válido; ato arbitrário é sempre ilícito e inválido".*

E acrescenta,

> *"(...) A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda*

> *atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração."* (Direito Administrativo Brasileiro. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, pág. 674).

Assim, ao Poder Judiciário é permitido se imiscuir nos aspectos da legalidade e legitimidade do ato administrativo, não podendo haver manifestação acerca do mérito, quando relacionado à conveniência e à oportunidade.

Na presente situação, foi instaurado processo administrativo, tendo o julgamento proferido pelo Conselho Especial concluído que os atos praticados pelos recorridos não ultrapassaram a normalidade, não se configurando como ato de bravura, ainda que o Cb Marcos Antônio Pezzolante Júnior (conforme Decreto "P" nº 1.703, de 22 de abril de 2014) tenha sido promovido em decorrência da participação na mesma ação.

Assim, administrativamente, entendeu-se que a ação praticada pelos autores, ora requeridos, não transbordou a normalidade, de modo que a revisão de tal ato administrativo pelo Poder Judiciário não se mostra viável, porquanto o que se observa é que as partes, em realidade, não pretendem questionar a sua legalidade ou legitimidade, mas o mérito do ato, propriamente dito.

Ocorre que a apreciação do ato discricionário do administrador público, quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, é vedada ao Judiciário, que só pode analisá-lo sob o aspecto estrito da sua legalidade, da existência de abuso e da moralidade, o que não ocorreu na presente situação.

Frise-se, não pode o Judiciário reavaliar as conclusões obtidas no processo administrativo instaurado e os motivos pelos quais não foi configurado o ato de bravura, mormente quando não constatado qualquer vício de legalidade.

Sem embargo da vasta jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, por meio de seus órgãos fracionários, colacionadas com a inicial, mencionam-se, aleatoriamente, os seguintes arestos: AC-0045366-40.2009.8.12.0001; MS-1413653-89.2014.8.12.0000; AC- 0801523-28.2015.8.12.0018; e AC- 0800564-68.2016.8.12.0003.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se infere do seguinte aresto:

> *"O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento firmado no âmbito do STJ de que* ***a concessão da promoção por ato de bravura está adstrita à discricionariedade do administrador, estando o ato administrativo submetido exclusivamente à conveniência e à oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a valoração dos atos de bravura não ocorre por meio de elementos meramente objetivos****. Precedentes: AgRg no RMS 39.355/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.3.2013; RMS 19.829/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 30/10/2006; 4. Recurso Ordinário não provido."* (STJRMS 55.707/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017). G.n.

Ou seja, o ato administrativo que não reconheceu o ato de bravura dos autores, ora requeridos, é submetido, exclusivamente, à conveniência e à oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a sua valoração não ocorre por meio de elementos meramente objetivos.

Diante disso, o fato de a Administração ter reconhecido a prática de ato de bravura por outro militar, que também participou da mesma ação em que atuaram os autores, ora requeridos, não implica, necessariamente, que tais atos de bravura devem ser estendidos, automaticamente, a esses, pois, repita-se, a valoração de tais atos não é meramente objetiva.

Diante de tais circunstâncias, o acórdão rescindendo violou o art. 8º do Decreto Estadual nº 10.769/02, segundo o qual *"a promoção por ato de bravura é aquela que resulta de ato ou atos não-comuns de coragem e audácia que, ultrapassando os limites normais do cumprimento do dever, representem feitos indispensáveis*

ou úteis às corporações militares, pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados", bem como violou o art. 34, § 1º, do mesmo Decreto, que assim preceitua:

> *"Art. 34. A promoção por bravura é efetivada pelo* ***Governador do Estado:***
>
> *§ 1º O ato de bravura, considerado altamente meritório,* ***é apurado em investigação sumária procedida por Conselho Especial, para este fim designado pelo Comandante-Geral****."* (G.N.)

Isto é, a promoção por bravura é ato privativo do Governador do Estado, a qual depende de apuração em investigação sumária procedida por Conselho Especial, com base na conduta individualizada do militar, que ultrapassa os limites normais do cumprimento do dever, que, segundo a norma, serve de critério para a promoção do militar, e não a participação na mesma operação, de modo que o Poder Judiciário não poderia adentrar no mérito do ato administrativo, objetivando tratar igualmente os desiguais, com fundamento na isonomia.

Aliás, o próprio acórdão rescindendo deixou claro que a promoção pelo ato de bravura é ato administrativo, cujo mérito é verificado por uma Comissão Especial designada para avaliar a conduta de cada participante do fato, de sorte que tratar igualmente desiguais não é tratamento isonômico e sim tratamento discriminatório.

Parte dispositiva

Ante todo o exposto, julgo procedente o pedido formulado nesta rescisória, confirmando a liminar concedida e, nos termos do inciso I do art. 968 do CPC, julgo improcedentes os pedidos formulados na ação anulatória de ato jurídico administrativo c/c obrigação de fazer (promoção por bravura), movida pelos ora requeridos, restando afastada, por corolário lógico, a preliminar de não cabimento da ação rescisória.

Nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, condeno os requeridos no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade fica suspensa, em decorrência do disposto no art. 98, § 3º, do CPC, em virtude da gratuidade da justiça que ora se defere aos contestantes, atendendo ao pedido externado na resposta de f. 90.

Comunique-se o Juízo rescindendo, encaminhando-lhe cópia do presente acórdão.

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. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vítor Luis de Oliveira Guibo – em substituição legal).

Campo Grande, 05 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0806063-10.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS – INFORMAÇÃO DEPRECIATIVA QUE EXTRAPOLA O *ANIMUS NARRANDI* – PUBLICAÇÕES COM TEOR PEJORATIVO – OFENSA À HONRA – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO MANTIDA EM R$ 10.000,00 – SUCUMBÊNCIA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

A liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IV e XIV) não é absoluta, tanto que encontra limitação no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas (CF, art. 5º, X), o que determina, em caso de ofensa ou violação a um destes direitos, a reparação do dano. Nessa senda, as empresas jornalísticas e os profissionais do ramo, desde que imbuídos tão somente no *animus narrandi*, limitando-se a veicular fatos efetivamente ocorridos, não cometem ato ilícito passível de responsabilização.

Viola os artigos 1º, III e 5º, X, da Magna Carta, a divulgação de notícia jornalística dotada de sensacionalismo, com emissão de juízo próprio e depreciativo, apartado da realidade fática.

Em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, respeitando o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo da indenização por danos morais, tenho que o montante de R$ 10.000,00, é suficiente para reparar o dano causado ao apelado, sem enriquecê-lo indevidamente.

Segundo a Súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) *Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*". Todavia, mantém-se a sentença que reconheceu a sucumbência recíproca, ente a proibição da *reformatio in pejus."*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Jornal Correio do Estado S/A e Antônio João Hugo Rodrigues apelam da sentença que julgou parcialmente procedentes os pleitos formulados na ação inibitória c/c indenização por danos morais ajuizada por Alcides Jesus Peralta Bernal para condenar os requeridos a indenizarem o autor por danos morais no importe de R$ 10.000,00.

Os recorrentes alegam, em resumo, que a atividade jornalística é realizada dentro da mais lídima lisura, pois segundo disposto no art. 5º, incisos IV, IX e art. 220 da Constituição Federal, são lhes assegurados a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa. Inclusive, a jurisprudência do TSE é uníssona em permitir à imprensa escrita assumir posição favorável ou contrária a candidato (AgRg em Rep nº 1333-Brasília-DF).

Afirmam que apenas repercutiram fatos políticos que se tornaram público e notório, não havendo falar em conteúdo ofensivo.

Explicam que a conotação ofensiva pelo uso de expressões e termos, segundo o entendimento do julgador de piso, também é equivocada, na medida em que o jornalista usa a linguagem coloquial, popular, o que não pode ser confundido como ofensiva ou sensacionalista.

Defendem que ao informarem esses fatos, não invadiram a vida privada do então candidato Bernal, uma vez que este optou pela vida pública, estando por isso sujeito à devassa na sua vida e na sua intimidade, ante o interesse público do cargo que ocupa ou que pretendia ocupar.

Ressaltam que nenhum dos pressupostos da responsabilidade civil restaram demonstrados, razão pela qual o apelado não deve ser indenizado. Caso mantida a condenação, pugnam pela minoração do *quantum*.

Também alegam que não há falar em sucumbência recíproca, pois o autor sucumbiu em 98%, já que obteve 2% da indenização pleiteada.

Por fim, requerem o acolhimento dos pleitos recursais.

Contrarrazões às f. 579-592 e 594-608, defendendo o autor pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Alcides Jesus Peralta Bernal ajuizou esta ação contra Antônio João Hugo Rodrigues e Jornal Correio do Estado S/A afirmando, em suma, que o primeiro requerido é presidente estadual do PSD (Partido Social Democrático) e acionista majoritário da segunda requerida, sendo que por questões políticas estes iniciaram a uma "perseguição política e pessoal contra o autor", valendo-se do próprio jornal e de veículos de informação, como o facebook. Relatou que os "ataques" iniciaram em 30/08/2012 e que várias foram as ofensas, que vem se repetindo diariamente, o que tem "assassinado" sua reputação. Assim, como a divulgação das matérias causou-lhe prejuízos morais, pretendeu a condenação dos requeridos a lhe indenizarem por danos morais no montante de R$ 1.000.000,00.

O magistrado singular entendeu ter havido abuso no exercício da liberdade de manifestação e, por isso, acolheu em parte o pedido inicial, condenando os requeridos ao pagamento da nos morais no importe de R$ 10.000,00, contra o que se volta às apelações.

A Constituição da República, em seu artigo 5º elenca, dentre os direitos e as garantias fundamentais, a liberdade de imprensa, de expressão e de manifestação do pensamento (incisos IV, IX e XIV[1]) e, de outro lado, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X[2]).

A liberdade de imprensa, como é sabido de todos, não é absoluta, tanto que encontra limitação no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, o que determina, em caso de ofensa ou violação a um destes direitos, a reparação do dano.

1 "IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;"
"IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"
"XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"
2 "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

O mestre Alexandre de Moraes, com a percuciência que lhe é ordinária, ensina:

> *"A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que de exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta"* (*apud* Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 52).

O mesmo raciocínio é adotado pelo insigne Antonio Jeová Santos:

> *"Não existe regime especial para liberdade de imprensa de tal forma que a torne indene de responsabilidade civil. As limitações decorrem de outras normas contidas no capítulo da Constituição que versa sobre direitos fundamentais, como o respeito à dignidade humana. Não é porque os meios de comunicação gozam de liberdade, que se pode dizer 'estratégica', a fim de desenvolver melhor sua atividade essencial, revestida de importância social que se possa dizer que esse direito é colocado num plano axiológico superior ou que faça com que os meios massivos de comunicação possam agir sem nenhuma restrição alguma. A liberdade de informar não elide a responsabilidade decorrente de dolo ou culpa do meio de comunicação que, por exemplo, publica ou divulga notícia falsa e agravante. [...] Não é, portanto, de se estranhar que o meio de comunicação sofra sanção pecuniária sempre que exorbitar o direito de informação ou que transgride as regras básicas ao exercício desse direito"* (*in* Dano Moral Indenizável. São Paulo: Lejus. p. 128-129).

No caso *sub examine*, há uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, o apelado sustenta serem inverídicos e difamatórios os fatos divulgados, pleiteando a compensação pelo dano que diz ter sofrido. De outro, os apelantes, alicerçados na liberdade de imprensa, defendem que somente reproduziram informações verdadeiras e noticiadas por outros veículos de comunicação social.

Controvérsias como esta exigem extrema cautela do julgador, mormente porque a liberdade de manifestação do pensamento é responsável pelo fortalecimento das instituições democráticas no País e por manter a sociedade informada dos fatos que são do seu interesse.

As empresas jornalísticas e os profissionais do ramo, desde que imbuídos tão somente no *animus narrandi*, limitando-se a veicular fatos efetivamente ocorridos, não cometem ato ilícito passível de responsabilização.

Todavia, pela análise de todas as publicações (f. 55-108), sejam as noticiadas em jornal e as postadas em rede social, verifica-se que parte delas realmente apenas difundiram informações e notícias à sociedade, porém as demais foram comunicadas com emissão de juízo próprio e depreciativo.

A título exemplificativo, as charges de f. 83 e 87 associam a imagem do recorrido à "besta do apocalipse" e "ladrão", respectivamente, já na matérias de f. 99 acusam o recorrido de ter contratado um "exército de fakes" para desmoralizar perfis políticos, porém sem nenhuma prova, por sua vez as postagens de f. 101, 102, 104, 106 referem-se ao recorrido como "bostão do Bernal", "incompetente e criminoso Bernal", "besta quadrada", "Bernal bobão", "imbecil", "louco", "político retardado", "burrinho", "Bernal banal".

Diante disso, denota-se que estas publicações postadas extrapolaram a liberdade de informação e de pensamento, sem qualquer cunho informativo ou crítico de interesse da sociedade, mas na realidade teve caráter ofensivo à honra, dignidade, moral e imagem do recorrido, consequentemente, este faz jus à indenização por dano moral, nos termos do art. 5º V, da Constituição Federal *"é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.*"

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente pronunciado o dever de indenizar o ilícito cometido no abuso do direito do exercício do direito de imprensa:

> *"RECURSO ESPECIAL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CONDENATÓRIA – PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS*

EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL E NO CORRESPONDENTE ELETRÔNICO – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS, ISENTANDO A EMISSORA DE PUBLICAR O TEOR DA DECISÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR A VERBA INDENIZATÓRIA. [...] 2. ***A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade****. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.* *3.* ***Da notícia veiculada, evidencia-se o excesso por parte da imprensa, que foi além do seu direito de crítica e do dever de informação, assumindo postura ofensiva e difamatória na publicação da matéria, a ponto de atingir a honra do recorrido****, à época, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Danos morais configurados.[...] 6. Recurso especial parcialmente provido para reduzir a verba indenizatória." (*REsp 1322264/AL, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 28/09/2018)(g.n.)

"DIREITO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA DO AUTOR – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE – AUSÊNCIA – MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXTRAPOLOU EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAR – DANO MORAL CARACTERIZADO – VALOR DE REPARAÇÃO – NÃO ALTERADO. [...] 3. ***O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade****. 4. Na atividade da imprensa é possível vislumbrar a existência de três deveres que, se observados, afastam a possibilidade de ofensa à honra. São eles: o dever geral de cuidado, o dever de pertinência e o dever de veracidade. 5.* ***Se a publicação, em virtude de seu teor pejorativo e da inobservância desses deveres, extrapola o exercício regular do direito de informar, fica caracterizada a abusividade****. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial não provido."* (REsp 1676393/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)(g.n.)

No tocante ao *quantum* indenizatório, este deve assegurar a justa reparação da dor moral sentida pelo ofendido, sem lhe proporcionar enriquecimento indevido e deve traduzir um valor que desestimule o ofensor a praticar atos de idêntica natureza, forçando-o a retomar a verdadeira função e papel do meio de comunicação social, que é o de informar os fatos com fidelidade, isenção e imparcialidade, que são partes integrantes do código de ética da profissão, sem difamar, sem injuriar, sem caluniar.

Assim, frente a tudo que foi demonstrado, examinando as peculiaridades do caso em tela, o caráter pedagógico da medida e com a atenção voltada à capacidade econômica das partes, entendo que R$ 10.000,00 em favor do recorrido é valor apto a cumprir, com razoabilidade, as finalidades da reparabilidade civil - punir os apelantes pelo ato ilícito cometido e, de outro lado, reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.

Em relação à sucumbência, pedem que o recorrido arque integralmente com as custas e honorários advocatícios, sem razão.

Segundo Súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*"

Portanto, ainda que o recorrido na petição inicial tenham dado como valor da causa a quantia de R$ 1.000.000,00 e o *quantum* fixado na sentença seja inferior ao pleiteado, segundo a súmula, os danos morais não geram sucumbência, razão pela qual não há que se falar em repartição dos ônus.

Porém, como no caso o sentenciante entendeu pela aplicação da sucumbência recíproca e o recorrido não se insurgiu quanto esta questão, ante a proibição do *reformatio in pejus*, mantenho a sentença como lançada.

Isto posto, nego provimento aos recursos.

Por conseguinte, nos termos do art. 85, § 11, CPC, majoro os honorários recursais em 12% sobre o valor da condenação.

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. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 02 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Divoncir Schreiner Maran
Agravo de Instrumento nº 1409055-19.2019.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE 30% DO VALOR RECEBIDO A TÍTULO DE ARRENDAMENTO RURAL – DÉBITO NÃO ALIMENTAR – POSSIBILIDADE – RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DAS VERBAS REMUNERATÓRIAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

Em situações excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família.

No caso, o agravante não demonstrou que a penhora de 30% do valor recebido a título de arrendamento irá comprometer a sua subsistência e de sua família, razão pela qual, sopesando os princípios do direito ao mínimo existencial e o direito à satisfação executiva, resta mantida a penhora.

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, 3 de setembro de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Jose Ferreira da Silva agrava da decisão que determinou a penhora de 30% sobre os rendimentos do arrendamento rural de sua propriedade, nos autos da Execução Fiscal movida pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Afirma que a decisão agravada mitigou a aplicação do art. 833 do CPC, quanto à impenhorabilidade do seu salário, porquanto os rendimentos penhorados são frutos de sua pequena propriedade rural destinados ao sustento de sua família.

Destaca que o legislador ao conferir a impenhorabilidade absoluta da pequena propriedade rural, deixou de regulamentar acerca dos frutos dela decorrentes. Contudo, a jurisprudência tem estendido referida proteção quando demonstrado pelo devedor que os produtos são indispensáveis à sua subsistência, tal como no caso presente.

Defende que o atual entendimento deste Tribunal Estadual é de não admitir a penhora do salário do devedor, cabendo ao exequente buscar outros meios para satisfazer seu crédito, sem comprometer a subsistência do devedor.

Por fim, requer a concessão do efeito suspensivo para suspender a determinação da penhora em seu salário, a concessão da gratuidade judicial e, no mérito, o provimento do recurso.

A justiça gratuita foi concedida às f. 11-22, sendo o agravo recebido apenas no efeito devolutivo.

Contraminuta às f. 17-23, defendendo a manutenção da decisão agravada.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul propôs execução fiscal contra José Ferreira da Silva (0808821-61.2011.8.12.0002) e, durante o trâmite, o magistrado singular determinou o bloqueio *on line* de valores. Por sua vez, o executado alegou a impenhorabilidade da quantia bloqueada, na forma do art. 854, § 3º, do CPC, pois se trata de quantia advinda de arrendamento rural.

Em seguida, o magistrado reconheceu que a impenhorabilidade da verba salarial pode ser mitigada por meio da penhora de até 30% de seu montante, desde que não comprometa o sustento do executado e de seus dependentes. Por fim, deferiu parcialmente o pedido de impenhorabilidade da verba bloqueada, determinando que permaneça constrito 30% do valor, ou seja, R$ 688,22, bem como determinou a penhora de 30% do valor mensal recebido pelo executado a título de arrendamento, até total quitação integral do débito.

Contra esta decisão foi interposto o presente agravo.

O Superior Tribunal de Justiça tratou a questão da relativização da impenhorabilidade das verbas de natureza remuneratória e ao buscar harmonizar o direito ao mínimo existencial e o direito à satisfação executiva reconheceu, em caráter excepcional, a possibilidade da relativização da regra de impenhorabilidade das verbas a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. A propósito colaciono julgados recentes neste sentido:

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL –* ***PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO – DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR – RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE*** *– POSSIBILIDADE. 1. Ação de execução de título executivo extrajudicial - nota promissória. 2. Ação ajuizada em 13/10/1994. Recurso especial interposto em 29/10/2009. Embargos de divergência opostos em 23/10/2017. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir sobre a possibilidade de penhora de vencimentos do devedor para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.* ***4. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes****.*
>
> *5. Na espécie, a moldura fática delineada nos autos - e inviável de ser analisada por esta Corte ante a incidência da Súmula 7/STJ - conduz à inevitável conclusão de que a constrição de percentual de salário da embargante não comprometeria a sua subsistência digna. 6. Embargos de divergência não providos."* (EREsp 1518169/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, DJe 27/02/2019) (g.n.)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AFERIÇÃO QUANTO À ESSENCIALIDADE DO DOCUMENTO – REEXAME NECESSÁRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA –* ***PENHORA DE PROVENTOS DE SALÁRIO – RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE*** *– TRIBUNAL A QUO RECONHECEU QUE A CONSTRIÇÃO DE PERCENTUAL DE SALÁRIO VISA GARANTIR A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E NÃO COMPROMETE A SUBSISTÊNCIA DIGNA DO RECORRENTE – ALTERAÇÃO DO JULGADO – SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. O STJ também possui orientação no sentido de que o Agravo de Instrumento deve ser formado com as peças essenciais à compreensão da controvérsia, além das qualificadas como obrigatórias pela norma processual (art. 525 do CPC). 2. Contudo, a alteração do entendimento da instância ordinária quanto à necessidade da documentação não trasladada*

> *mostra-se inviável, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. No mais, o propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.* ***4. No tocante à impenhorabilidade preconizada no art. 649, IV, do CPC/1973, o STJ pacificou o entendimento de que a referida impenhorabilidade comporta exceções, como a que permite a penhora nos casos de dívida alimentar, expressamente prevista no parágrafo 2º do mesmo artigo, ou nos casos de empréstimo consignado, limitando o bloqueio a 30% (trinta por cento) do valor percebido a título de vencimentos, soldos ou salários. 5. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família.****[...]*****.*" (REsp 1741001/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 26/11/2018) (g.n.)

Este também é o entendimento desta Corte Estadual:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE PARTE DO SALÁRIO DO DEVEDOR – POSSIBILIDADE. É possível admitir, excepcionalmente, penhora de parte do salário do devedor para a satisfação de crédito não alimentar, mas desde que preservado o suficiente para garantir sua subsistência. Recurso conhecido e provido em parte."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406539-26.2019.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 23/07/2019, p: 25/07/2019)

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA SOBRE 30% DO SALÁRIO DO DEVEDOR – INADMISSIBILIDADE EM VISTA DA POSSIBILIDADE DE PREJUDICAR A SUBSISTÊNCIA DO DEVEDOR – IMPENHORABILIDADE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O art. 833 do CPC/2015 é taxativo quanto à impossibilidade de penhora, ainda que parcial, de verbas depositadas em conta corrente a título de salário, vencimento, subsídio ou remuneração, salvo no caso de pagamento de prestação alimentícia.* ***A relativização da regra admitiu excepcionalmente a penhora sobre os rendimentos somente se o executado não for privado do essencial para sua subsistência, preservando sua dignidade,*** *não sendo o caso dos autos."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1414164-48.2018.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, j: 21/02/2019, p: 25/02/2019) (g.n.)

Destarte, o direito não pode ser insensível à realidade da vida, razão por que a proteção aos salários, proventos de aposentadoria ou rendimentos de trabalho não pode, por medida de absoluta equidade, servir de alicerce aos devedores em detrimento do credor que tem direito de receber o que lhe é devido.

In casu, para se admitir a relativização da impenhorabilidade, deve-se examinar as circunstâncias particulares do caso concreto.

Verifica-se que o agravante é aposentado e recebe também mensalmente valor a título de arrendamento rural, todavia, embora alegue que passou por cirurgia na coluna e que os valores obtidos com o arrendamento são destinados unicamente para o sustento de sua família, não juntou aos autos provas de suas afirmações. Ou seja, nem comprovou a cirurgia e nem que a penhora de 30% irá prejudicar a sua subsistência, já que bastaria ter juntado a cópia de seus extratos e contas que demonstrassem o total comprometimento de sua remuneração.

Portanto, tenho que deve ser mantida a determinação de penhora de 30% sobre o valor do arrendamento rural de sua propriedade.

Por fim, ressalta-se que não se trata da questão da impenhorabilidade ou não do imóvel rural do agravante, mas sim dos frutos, consoante art. 867 do CPC.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 03 de setembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0828080-35.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – MORTE POR CHOQUE ELÉTRICO – NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – CONFIGURADA – AFASTADA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – DANO MORAL CONFIGURADO – PENSÃO POR MORTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COM A VÍTIMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos do § 6º do artigo 37, da CF/1988, as entidades estatais, bem como seus desmembramentos administrativos, têm a obrigação de indenizar os danos causados a terceiros, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Fala-se, assim, em responsabilidade objetiva, que é atribuída por transferência à concessionária de serviço público.

Indiscutível a falha na prestação do serviço público consistente na omissão da concessionária de energia elétrica em promover a fiscalização nas redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, no intuito de impedir que terceiros realizassem as ligações clandestinas "gatos", pois é incontroverso que a sua inércia (conduta omissiva) contribuiu para que a vítima, ao entrar em contato direito com o fio de alta tensão, viesse a sofrer o choque elétrico causador de sua morte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Loide Amorim apela da sentença proferida nos autos da ação de indenização promovida em face da Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia, que julgou improcedente os pedidos iniciais.

Relata que pleiteia indenização por danos morais em virtude do falecimento do seu marido ocorrido em fevereiro de 2017, em virtude de choque elétrico, quando tentava puxar um ponto de luz clandestino, em uma região invadida à beira da Rodovia 262, no distrito de Indubrasil.

Explica que o presente feito possui conexão com os Autos nº 0843360-46.2017.8.12.0001, o qual foi acatado os pedidos dos autores (filhos do falecido), a fim de condenar a recorrida ao pagamento de indenização por danos morais.

Salienta que houve conflito nas decisões, na medida que aqui entendeu pela culpa exclusiva da vítima e no outro processo pela culpa exclusiva da recorrida.

Ressalta que não foi observado quando da prolação da sentença a conexão entre as ações, sendo que a referida conexão é um instituto inspirado nessa alta motivação de resguardar o prestígio do Poder Judiciário por força da coerência e compatibilidade de suas decisões, o que não ocorreu no presente caso.

Aduz que restou incontroverso através do laudo pericial que a ocupação irregular da área invadida não é recente, bem como que há inúmeros fios ligados clandestinamente na rede administrada pela requerida, que por sua vez perfazem mais de 230 metros de extensão pelo chão e pelo ar.

Pondera que houve pedido de ligação de energia elétrica na área invadida que não foi atendido pela concessionária recorrida, obrigando que os moradores, incluindo o *de cujus*, procedessem com a ligação e fizessem a manutenção de energia clandestina.

Assevera que pelos testemunhos produzidos nos Autos em Conexão (0843360-46.2017.8.12.0001), ficou comprovado que a recorrida tinha conhecimento da situação vivida pelos moradores na área, que por sua vez realizaram abaixo assinado pleiteando a instalação regular de energia e reunião com a requerida com o mesmo objetivo, que não foi atendido.

Defende que a tese aplicada de excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, não pode prosperar, já que as ligações clandestinas que deram azo a morte da vítima era de conhecimento da recorrida, sendo obrigação desta fiscalizar a referida situação, em razão do dever de segurança que lhe é imposto por força da atividade de risco que exerce, entretanto, permaneceu inerte, surgindo com isso sua responsabilização e dever de indenizar.

No desfecho, requer o provimento do apelo a fim de ser julgado totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para que a recorrida seja condenada a indenização por danos morais e materiais (pensão vitalícia).

Contrarrazões às f. 507-527, pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (Relator)

O presente feito versa sobre pedido de indenização por danos morais e materiais em vista do óbito do convivente da autora em acidente de eletrocussão ocorrido em área ocupada clandestinamente, quando mexia em fios expostos.

Pela análise dos autos, restou incontroverso o falecimento do esposo da autora, em 08 de fevereiro de 2017, em decorrência de eletrocussão ocorrida quando mexia em fios de eletricidade que estavam irregularmente ligados à rede de energia da empresa requerida.

Cinge-se, portanto, a controvérsia à existência de responsabilidade da ré, em virtude da alegada omissão desta na fiscalização e segurança da rede elétrica, posto que o local do acidente era área à beira de estrada e irregularmente ocupada por pessoas de baixa renda que procederam à ligação clandestina de fios de eletricidade diretamente na rede da ré.

A empresa apelada, na qualidade de concessionária de serviço público, responde pelos danos causados a terceiros em razão da prestação do respectivo serviço, por ação ou omissão de seus agentes, desde que comprovados o nexo de causalidade entre o fato, gerado por ação ou omissão de seus agentes, e o dano a terceiros.

Nos termos do § 6º do art. 37, da CF/1988, as entidades estatais, bem como seus desmembramentos administrativos, têm a obrigação de indenizar os danos causados a terceiros, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Fala-se, assim, em responsabilidade objetiva, que é atribuída por transferência à concessionária de serviço público.

Registra-se que em vista da adoção da teoria do risco administrativo, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público, podem se eximir da responsabilidade se demonstrarem ausência do nexo causal entre a sua ação ou omissão e o dano suportado pela vítima. Admite-se também o abrandamento dessa responsabilidade se restar configurada a culpa concorrente.

Ocorre que, no caso dos autos, verifica-se a omissão da Energisa no seu dever de fiscalizar e administrar o fornecimento de energia elétrica, com vistas a coibir ligações clandestinas, a fim de evitar riscos em potencial e impedir lesões a particulares, como ocorreu no caso vertente.

Nesse sentido foram as conclusões do laudo pericial. Vejamos.

> *"Assim, verificou-se que as ligações irregulares originárias do poste identificado na imagem 07, abastecem toda a região da área invadida, por pelo menos 230 metros, que é a distância até o local do acidente, conforme local apontado pela requerente em vistoria.*
>
> *Ademais, além das instalações inadequadas na rede de distribuição, verificou-se que, as instalações nas moradias também são inadequadas, com fios desencapados e disjuntor disposto inadequadamente na cerca, como ilustrado na imagem 15.*
>
> *Foi informado em vistoria que, na época da requisição do fornecimento de energia elétrica à requerida Energisa, foram colocados postes com caixa para instalação do medidor de consumo de energia, porém, a instalação solicitada não foi realizada pela concessionária".* (f. 346)

Vale ressaltar, que a empresa tinha conhecimento da ligação clandestina dos fios em sua rede elétrica, instalados de forma extremamente perigosa, com furto de energia. Sendo certo que deveria ter adotado as medidas cabíveis para resolver a situação. Caso entendesse que não poderia instalar o fornecimento individual para cada morador diante da situação de ocupação irregular que as pessoas viviam, deveria ter adotado as providências necessárias para interromper o furto de energia em sua rede e não permitir que fios fossem instalados pelo chão e em total irregularidade quanto às normas técnicas.

Na espécie, ao contrário do que alega a recorrida, a responsabilidade pelo evento danoso não pode ser imputada exclusiva ou concorrentemente à vítima, pois o acidente decorreu, sim, de falha na prestação de serviço público.

E a falha na prestação de serviço está presente no fato de a recorrente, porque explora serviço de risco potencial transmissão de energia em voltagem elevada - não manter constante vigilância sobre as redes de distribuição, prevenindo acidentes na prestação do serviço concedido, especialmente introduzida pela culpa *in vigilando,* por omissão no cumprimento de sua obrigação legal de, frequente e ininterruptamente, como guardiã da linha de transmissão e de distribuição, proceder à adequada verificação das normas de segurança.

Nesse passo, indiscutível a falha na prestação do serviço público consistente na omissão da concessionária de energia em promover a fiscalização nas redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, no intuito de impedir que terceiros realizassem as ligações clandestinas ('gatos'), pois é incontroverso que a sua inércia (conduta omissiva) contribuiu para que a vítima, ao entrar em contato direto com o fio de alta tensão, viesse a sofrer o choque elétrico causador da sua morte.

A propósito, confira-se a jurisprudência pátria em casos semelhantes:

> *"PROCESSUAL CIVIL – DIREITO CIVIL – RECURSO DE AGRAVO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – RELAÇÃO JURÍDICA EXTRACONTRATUAL – MORTE POR CHOQUE ELÉTRICO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – APLICAÇÃO DO ART. 37, § 6º, DA CF/88 – QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA Nº 54 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO. 1. Ação indenizatória por danos morais e materiais, por ser vítima fatal o genitor e o marido das agravadas decorrente de choque elétrico. 2. Agravante trata de ter sido culpa exclusiva da vítima. Entendimento reverso desta relatoria e da jurisprudência da corte superior, que ilustra ser responsabilidade objetiva, portanto,*

culpa exclusiva da concessionária de serviço público. Art. 37, 6º, CF/88. 3. Quantum indenizatório razoável e proporcional à lesão sofrida e de cunho pedagógico à agravante. 4. Agravante requer a aplicação dos juros de mora a partir da decisão judicial. Entendimento sumulado pelo STJ de nº 54 que o termo a quo para tal incidência dar-se-á a partir do evento danoso. 5. Ausência de argumento novo capaz de afastar os fundamentos defendidos na decisão terminativa agravada. 6. Recurso improvido. À unanimidade". (TJPE; AG 0011553-79.2012.8.17.0000; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Itabira de Brito Filho; Julg. 31/07/2012; DJEPE 08/08/2012; pág. 890).

"RESPONSABILIDADE CIVIL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA REQUERIDA – FIO DE ALTA TENSÃO CAÍDO EM VIA PÚBLICA – CHOQUE ELÉTRICO. A responsabilidade da concessionária do serviço público é objetiva, incumbindo-lhe provar ausência de nexo causal entre o fato e o dano apontado. Precedentes. Queda de fio de alta tensão em via pública. Local deficientemente sinalizado. Aviso por moradores da região à companhia a respeito do rompimento de fiação. Inexistência de diligência a reparar o prejuízo. Força maior e caso fortuito afastados. Negligência da ré a evitar o dano. Responsabilidade configurada. Dano moral in re ipsa. Lesão à integridade física e psíquica da autora. Dano estético. Presença de cicatrizes evidenciada quando do exame pericial. Arbitramento, desde já, dos prejuízos suportados, não sendo plausível que a quantificação se dê em liquidação de sentença. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. (R$ 35.000,00 - Trinta e cinco mil reais - Conjuntamente aos danos morais e estéticos). Sucumbência recíproca. Decaimento do pedido de pensão. Compensação dos honorários advocatícios: Cabimento. Apelo da ré desprovido. Provido em parte o recurso da autora. Unânime". (TJRS; AC 617250-41.2010.8.21.7000; Porto Alegre; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana; Julg. 31/05/2012; DJERS 22/06/2012).

Como se nota, no caso em questão restou satisfatoriamente demonstrado que a morte do esposo da Autora deu por sua culpa da concessionaria, na medida em que, por omissão no dever de fiscalização da rede, negligenciou em providenciar as instalações necessárias aos moradores da referida região, que acarretou a situação fatídica evidenciada nos autos.

Ademais, cumpre salientar que proferi decisão mantendo a condenação da concessionária de energia elétrica nos Autos nº 0843360-46.2018.8.12.001, ação ajuizada pelos filhos da vítima, que trata da mesma situação fática dos presentes autos.

À vista disso, ao contrário do fundamentado pelo sentenciante, não há que se falar em culpa exclusiva ou sequer concorrente da vítima, posto que a responsabilidade pela manutenção da rede elétrica é da requerida.

Do dano moral e pensão

O dano moral, *in casu*, é inegável, tendo em vista que a autora experimentou sofrimento contundente pela morte de seu marido.

Em casos de indenização por danos morais, os tribunais pátrios firmaram o entendimento que o arbitramento deve ser feito com moderação, e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta a condição social e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, para que não haja um enriquecimento sem causa deste último.

Além disso, a reparação do dano moral, nesses casos, tem finalidade educativa, como forma de incentivar o respeito aos direitos do consumidor e evitar que o ofensor reincida no mesmo erro por considerar a sanção civil leve demais, sanção essa que também visa a restabelecer o equilíbrio nas relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade.

Neste sentido o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, baseado em decisão do STJ:

"(...) para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial

> *seja feito a partir de dois dados relevantes: a) o nível econômico do ofendido; e b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa".* (*in* Dano Moral, ed. Juarez de Oliveira, 4ª. ed. 2001, p. 2001, p. 37)

Tomando esses parâmetros como critério e em consonância com a realidade espelhada nos autos, hei por bem fixar o *quantum* indenizatório em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), como forma de reparação dos danos morais causados a autora/apelante, visto que atende ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo porque arbitrados com o propósito de desestimulo a reiteração de novas falhas na prestação do serviço.

No tocante a pensão por morte, tenho que a autora recorrente não logrou êxito em demonstrar a existência concreta de sua dependência econômica com relação ao falecido, mesmo porque, resta evidenciado às f. 414, que aufere benefício previdenciário próprio. Outrossim, não restou demonstrado que a vítima possuía rendimentos mensais provenientes do exercício de alguma atividade produtiva.

Logo, ante a ausência de elementos probatórios que confirmem a existência de efetiva perda de rendimentos em virtude direita do óbito da vítima, o pedido de pensão por morte há que ser desprovido.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Loide Amorim, para o fim de condenar a requerida ao pagamento de indenização pelos danos morais de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), atualizado monetariamente pelo IGPM a partir da prolação do acórdão e acrescidos de juros moratórios, estes à razão de 1% ao mês, contados do evento danoso (08/02/2017 – data do óbito).

Por consequência, inverto os ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0806426-68.2017.8.12.0008 - Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – TRANSPORTE RODOVIÁRIO – PARTIDA DE ÔNIBUS SEM A PRESENÇA DO PASSAGEIRO APÓS PARADA DE EMBARQUE E DESEMBARQUE – PASSAGEIRO QUE DESCEU DO ÔNIBUS E NÃO RETORNOU ATÉ A PARTIDA DO VEÍCULO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA ILÍCITA POR PARTE DO MOTORISTA – CULPA EXCLUSIVA DO VIAJANTE – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – RECURSO PROVIDO.

Se, por um lado, deflui do contrato de transporte obrigação de resultado do transportador de levar o transportado incólume ao seu destino (art. 730 do CC), isentando-o de perigo e de dano à sua integridade física, é certo também que este tem suas responsabilidades, dentre elas a de estar atento às orientações dadas pelo motorista com relação ao tempo de parada, de modo a não prejudicar os demais passageiros (art. 738 do CC).

Sendo a pontualidade um dever não só do transportador, como também do passageiro, a mera partida do coletivo sem a presença do viajante não pode ser equiparada automaticamente à falha na prestação do serviço, impondo-se a análise das circunstâncias fáticas que envolveram o evento.

No caso, restando demonstrado que, em parada destinada só para embarque e desembarque, sem que os passageiros pudessem descer do ônibus, o autor saiu do coletivo para ir ao banheiro do terminal rodoviário, não restando provadas nos autos a autorização e ciência do motorista, a empresa de transporte não deve ser responsabilizada pela partida do ônibus sem o passageiro, tão logo encerrado o procedimento de embarque e desembarque.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de julho de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação interposta às f. 169/180 pela Empresa de Transportes Andorinha S.A., insurgindo-se contra a sentença de f. 154/159, proferida pelo juiz da 3ª vara cível da comarca de Campo Grande MS, Dr. Daniel Scaramella Moreira, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais da ação indenizatória que lhe move Tiago Santos Souza.

Alega a apelante que o apelado estava dormindo e ignorou as orientações fornecidas pelo motorista e, por isso, acabou por desconhecer que a parada na cidade de Aquidauana/MS era exclusivamente para

embarque e desembarque, não sendo permitido que os passageiros desçam do ônibus; ademais, que em seu depoimento pessoal o apelado disse já ter usado dos serviços da empresa em outras oportunidades, de modo que não pode alegar desconhecimento acerca dos procedimentos de parada; que a saída do autor/apelado não se deu por situação emergencial, tanto que ele mesmo confessa que desceu só com o objetivo de ir ao banheiro, ao invés de usar o existente no interior do ônibus; que não houve falha na prestação do serviço, mas ao contrário, pois todas as informações foram fornecidas aos passageiros e o apelado, por risco próprio, desceu do ônibus em parada de embarque e desembarque.

Requer, nesses termos, o afastamento da condenação ou, então, a redução do valor indenizatório.

Contrarrazões às f. 186/199.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta às f. 169/180 pela Empresa de Transportes Andorinha S.A., insurgindo-se contra a sentença de f. 154/159, proferida pelo juiz da 3ª vara cível da comarca de Campo Grande MS, Dr. Daniel Scaramella Moreira, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais da ação indenizatória que lhe move Tiago Santos Souza.

O recurso é tempestivo e o preparo foi recolhido oportunamente.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à análise.

Da inicial se depreende que, em 03/01/16, nesta Capital, o autor embarcou em ônibus de propriedade da ré com destino à cidade de Corumbá/MS, sendo que, na parada na cidade de Aquidauana/MS, desceu para ir ao banheiro da rodoviária e, ao sair, percebeu que o ônibus tinha partido, levando todos os seus pertences; que, desesperado, saiu correndo aos gritos atrás do veículo e sofreu uma queda que lhe ocasionou escoriações pelo corpo e luxação do ombro; que pegou um moto-táxi e conseguiu alcançar o ônibus na cidade vizinha, Anastácio/MS; que não teve condições de continuar a viagem, pois foi necessário procurar atendimento médico; que, posteriormente, por recomendação médica já na cidade de Corumbá MS, teve de retornar a Campo Grande para se submeter a exames mais rebuscados.

Nesse contexto foi que postulou indenização por danos materiais e morais, tendo o d. juiz *a quo* acolhido parcialmente a pretensão, condenando a ré ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de dano moral.

Interposto recurso apenas pela ré, passo ao exame.

Inicialmente, cumpre destacar que em caso semelhante o C. Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a mera partida do coletivo sem a presença do viajante não pode ser equiparada automaticamente à falha na prestação do serviço, impondo-se a análise das circunstâncias fáticas que envolveram o evento.

Isso porque, se por um lado deflui do contrato de transporte obrigação de resultado do transportador de levar o transportado incólume ao seu destino (art. 730 do CC), isentando-o de perigo e de dano à sua integridade física, é certo também que este tem suas responsabilidades, dentre elas a de estar atento às orientações dadas pelo motorista com relação ao tempo de parada, de modo a não prejudicar os demais passageiros (art. 738 do CC)[1].

Confira-se a ementa do referido julgado:

1 https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/07/info-562-stj1.pdf

"RESPONSABILIDADE CIVIL – RECURSO ESPECIAL – TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS – USUÁRIO DEIXADO EM PARADA OBRIGATÓRIA – CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR.

1. A responsabilidade decorrente do contrato de transporte é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República e dos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor, sendo atribuído ao transportador o dever reparatório quando demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genéricas (arts. 734 e 735 do Código Civil).

2. Deflui do contrato de transporte uma obrigação de resultado que incumbe ao transportador levar o transportado incólume ao seu destino (art. 730 do CC), sendo certo que a cláusula de incolumidade se refere à garantia de que a concessionária de transporte irá empreender todos os esforços possíveis no sentido de isentar o consumidor de perigo e de dano à sua integridade física, mantendo-o em segurança durante todo o trajeto, até a chegada ao destino final.

3. Ademais, ao lado do dever principal de transladar os passageiros e suas bagagens até o local de destino com cuidado, exatidão e presteza, há o transportador que observar os deveres secundários de cumprir o itinerário ajustado e o horário marcado, sob pena de responsabilização pelo atraso ou pela mudança de trajeto.

4. Assim, a mera partida do coletivo sem a presença do viajante não pode ser equiparada automaticamente à falha na prestação do serviço, decorrente da quebra da cláusula de incolumidade, devendo ser analisadas pelas instâncias ordinárias as circunstâncias fáticas que envolveram o evento, tais como, quanto tempo o coletivo permaneceu na parada; se ele partiu antes do tempo previsto ou não; qual o tempo de atraso do passageiro; e se houve por parte do motorista a chamada dos viajantes para reembarque de forma inequívoca.

5. O dever de o consumidor cooperar para a normal execução do contrato de transporte é essencial, impondo-se-lhe, entre outras responsabilidades, que também esteja atento às diretivas do motorista em relação ao tempo de parada para descanso, de modo a não prejudicar os demais passageiros (art. 738 do CC).

6. Recurso especial provido." (STJ. REsp 1354369/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 25/05/2015).

Desse modo, a pontualidade é um dever não só do transportador, como também do passageiro, de modo que o caso, a depender das suas circunstâncias fáticas, poderá ser concluído como culpa exclusiva da vítima e conseguinte exclusão da responsabilidade da empresa de transporte, tal como se deu no julgamento do STJ.[2]

Pois bem.

No caso *sub judice,* é crucial observar que a parada na cidade de Aquidauana MS era apenas para embarque e desembarque – o que, a princípio, não permite a saída de passageiros do ônibus para ir ao banheiro, comer, etc.

Apenas em casos excepcionais, como pessoa idosa ou doente, por exemplo, é que o motorista, valendo-se de bom senso, poderá autorizar a saída e aguardar o retorno.

É o que disse Jairo de Assunção Ronton, funcionário da empresa, ao ser ouvido em audiência, oportunidade em que explicou o procedimento que é adotado nas viagens.

E, com efeito, se a parada serve apenas para embarque e desembarque, pressupõe-se que, em regra, os passageiros que seguirão viagem devem aguardar dentro do ônibus para que o tempo previsto para aquele tipo de parada (em torno de cinco minutos, segundo a testemunha Romildo) não seja excedido, assegurando, com isso, a pontualidade da chegada no destino final.

2 https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/07/info-562-stj1.pdf

Portanto, é ponto pacífico que a parada na cidade de Aquidauana, servindo somente para embarque e desembarque, não admitia a saída de passageiros do ônibus, a não ser por autorização do motorista – e aqui está um dos pontos de discussão da lide.

Na sentença, o juiz considerou verídica a alegação do autor de que desceu do coletivo após conversar com o motorista e este autorizar a sua ida ao banheiro do terminal rodoviário. No entanto, é de se ver que tal conclusão tem embasamento apenas no depoimento do próprio autor, pois os testemunhos citados na sentença, de Jairo e de Romildo, não fornecem nada a respeito do caso concreto especificamente, mas informam a questão de forma abstrata.

Então, a realidade que emerge dos autos é de dúvida quanto ao alegado diálogo entre o autor e o motorista. E na hipótese de não ocorrido, ou seja, do motorista não estar ciente da descido do autor no terminal de Aquidauana, local, repita-se, de embarque e desembarque, sem saída de passageiros do ônibus, a empresa não pode ser responsabilizada pela partida tão logo encerrado o procedimento.

E mais: mesmo supondo que o requerente tenha sido autorizado a sair, seria preciso saber quanto tempo levou para voltar, afinal, se demorou excessivamente, o motorista, tendo um itinerário a ser cumprido dentro do tempo previsto, não estaria mesmo obrigado a esperar, até porque ao transportador também incumbe cumprir o itinerário e o horário ajustados, sob pena de responsabilização pelo atraso.

Por fim, outro ponto usado como fundamento da sentença de procedência é a suposta obrigação de recontagem dos passageiros. Ora, além de não existir norma da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) que imponha tal obrigação das empresas de transporte, não se pode exigir – sob pena de retardar a viagem – a conferência dos passageiros em cada parada, mormente nas de embarque e desembarque, que são curtas pela própria finalidade à qual se destinam.

Observa-se, então, que, não existindo comprovação de que o motorista, autorizando, estava ciente da saída do autor, o estado de dúvida deve ser suportado por este, que detinha o ônus de provar fato constitutivo do direito alegado. Ademais, a recontagem dos passageiros, não sendo um dever legal da empresa de transporte, tampouco razoável de ser exigida numa parada de embarque e desembarque, não pode alicerçar a condenação.

O que se deve ter em mente é que, muito embora a transportadora tenha a obrigação de levar o passageiro do local de embarque ao de destino, zelando pela sua segurança durante o itinerário, não tem em face deste obrigação de tutela.

Deve, pois, o passageiro cooperar para o normal percurso da viagem, cabendo-lhe estar atento e tomar as cautelas necessárias nas paradas.

Posto isso, conheço da apelação cível da Empresa de Transportes Andorinha S.A. e lhe dou provimento para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial, invertendo, por conseguinte, os ônus sucumbenciais para que o autor responda integralmente pelas custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor atualizado da causa, considerado o trabalho na fase recursal (CPC, § 11, art. 85).

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. Amaury da Silva Kuklinski

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, 03 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0830786-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – DIREITO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – COLISÃO COM ANIMAL DOMÉSTICO (CAVALO) EM RODOVIA ESTADUAL – RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DA AGESUL AFASTADAS – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Para a configuração da responsabilidade estatal, necessária a comprovação do dano, do fato administrativo e o nexo de causalidade, e, no caso de ato omissivo, também é prescindível a comprovação de que a Administração estava obrigada a impedir o prejuízo causado a terceiros.

Ocorrendo acidente fatal em rodovia construída pelo Estado e mantida sob a administração da AGESUL em razão da travessia de animal doméstico na pista de rolamento, não há que se admitir a responsabilidade dos entes estatais.

Em caso tal falta nexo de causalidade entre o evento narrado e a responsabilidade civil atribuída aos corréus, os quais não podem impedir, qualquer que sejam as medidas adotadas, que animais atravessem de inopino a pista, com potencialidade para causar acidentes, sobretudo em um Estado, como o de Mato Grosso do Sul, conhecido por sua fauna rica e diversificada, habitat natural de animais silvestres e daqueles próprios das atividades de pecuária e agricultura.

Recurso conhecido e improvido.

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, 3 de julho de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Clarice de Oliveira Faria, devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 673-738) em face da Agência Estadual de Gestão E Empreendimentos – Agesul e do Estado de Mato Grosso do Sul, insurgindo-se contra a sentença de fls. 654-664 do douto juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande, MS, Dr. Ricardo Galbiati, que julgou improcedente o pedido formulado por ela em ação de reparação de danos materiais decorrentes de atropelamento de animal em via pública c/c danos morais, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários do advogado arbitrado em R$ 2.000,00.

Sustenta que a sentença é insustentável por colidir frontalmente com a legislação em vigor, com a doutrina, com a Jurisprudência deste e de outros Tribunais, e por fim, colide com todas as provas produzidas nos autos, deve ser, e certamente será reformada por este colendo tribunal, à exemplo da sentença proferida

nos autos dos processos nº 0808619-79.2014.8.12.0002 e 0808621-49.2014.8.12.0002, promovidos em face da mesma Agesul, por acidentes idênticos ocorrido na rodovia MS 156, cujas sentenças de improcedência foram reformadas por este E. TJMS.

Defende que cabe à Agesul e ao Estado responder por acidentes ocorridos pela falha de seus serviços nas rodovias cuja manutenção, aí incluída a retirada de obstáculos, é de sua responsabilidade, sendo que conservar tem o sentido de manter a pista de rolamento livre e desobstruída de objetos e coisas animadas ou inanimadas.

Discorre sobre o direito à vida e sobre a responsabilidade objetiva do Estado.

Afirma que demonstrou claramente que houve um "*fato danoso e injusto ocasionado pela falta de ação ou omissão do Poder Público*", que permitiu que um animal de grande porte trafegasse sobre o leito da rodovia MS-080, e causasse a morte de seu esposo.

Acrescente que já é questão superada que a recorrida AGESUL representando o Estado do Mato Grosso do Sul, é responsável pela conservação da rodovia MS 080, no trecho onde ocorreu o atropelamento do animal, devendo entregar aos usuários daquela rodovia, a pista livre e desimpedida de coisas ou objetos animados ou inanimados.

Argumenta que há prova nos autos a respeito do fato de que o atropelamento do animal se deu sobre a pista de rolamento da rodovia e de que já ocorreram outros acidentes em razão de animais soltos às margens da rodovia no trecho onde ocorreu o acidente.

Ressalta que, quando o Código Civil trata do direito de tapagem, deixa claro que serão feitas e conservadas as cercas marginais das vias públicas pela Administração, que determina o dever de fiscalização dos réus.

Alega que o laudo pericial não deixa dúvida a respeito da dinâmica do acidente, causado por atropelamento de animal equino solto na faixa de rolamento, resultando na morte do Sr. José Emiliano Teixeira.

Sustenta que a responsabilidade decorre da omissão na prestação do serviço de conservação, manutenção e fiscalização da via pública, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, incluindo a obrigação de sinalizar intercorrências habituais, tais como a travessia de semoventes na pista.

Argumenta sobre a configuração do dano moral e pede que seja arbitrado em R$ 100.000,00.

Também pede o estabelecimento de pensão mensal vitalícia no valor dos rendimentos auferidos periodicamente pelo falecido, conforme disposição do art. 927 do Código Civil, pois a morte prematura e injusta retirou da família uma espécie de patrimônio em potencial, salientando que a vítima provia a mantença do lar comum.

Aduz que, de acordo com o entendimento dos nossos Tribunais, a pensão devida a esposa da vítima deve prevalecer até os 74,6 (setenta e quatro anos e seis meses), tempo que provavelmente viveria a vítima, sendo que resta provado nos autos que a vítima tinha rendimentos na faixa de R$ 812,15 ou 1,49 salários mínimos.

Destaca que o 13º salário e as férias anuais acrescidas de 1/3 devem também estar englobadas no valor da indenização.

Defende que deve incidir sobre o valor da indenização juros de 1% a partir da data do evento, assim como a correção monetária.

Pede, ainda, o pagamento integral único do valor das indenizações.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contrarrazões às fls. 746-755.

A AGESUL juntou suas contrarrazões às fls. 756-781, aduzindo a preliminar de falta de impugnação específica dos fundamentos da sentença apelada, pois em momento algum foi impugnado o fundamento principal apresentado na sentença a respeito da ausência de responsabilidade solidária do Poder Público com o real proprietário do animal; de que a rodovia estava em perfeito estado de conservação; de que o animal adentrou repentinamente na rodovia e nenhum comunicado dói feito à Polícia Rodoviária.

Regularmente intimada, a recorrente se manifestou às fls. 787-790 sobre a preliminar arguida.

VOTO

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

Clarice de Oliveira Faria, devidamente qualificada, interpõe apelação cível (fls. 673-738) em face da Agência Estadual de Gestão e Empreendimentos – AGESUL e do Estado de Mato Grosso do Sul, insurgindo-se contra a sentença de fls. 654-664 do douto juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande, MS, Dr. Ricardo Galbiati, que julgou improcedente o pedido formulado por ela em ação de reparação de danos materiais decorrentes de atropelamento de animal em via pública c/c danos morais, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários do advogado arbitrado em R$ 2.000,00.

Admissibilidade

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos[1] do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação do apelado para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e está devidamente preparado.

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

Breve digressão fática

Extrai-se dos autos que a autora ajuizou a presente demanda em face da AGESUL, alegando, resumidamente, que, é viúva de Jose Emiliano Teixeira, falecido em acidente ocorrido em 8 de abril de 2011, na Rodovia MS 080, KM 16,9, sendo que, conforme relato o douto juiz *a quo*, a vítima pilotava uma motocicleta Honda ML 125, de placas HQO 2314 de Campo Grande, no sentido Campo Grande para Rochedo, e colidiu com um animal de grande porte, constatando-se posteriormente que se tratava de um equino; que, a vítima faleceu no local; que, no local não existiam placas de sinalização de advertência sobre a possibilidade de presença de animais sobre a pista; que, o fato foi registrado por meio de Boletim de Ocorrência na Delegacia de Pronto Atendimento - DEPAC Centro; que, o falecido era empregado, exercia o ofício de porteiro e percebia a quantia de R$812,15; que, a responsabilidade dos réus é objetiva pelo risco criado; que, houve falha na sinalização da Rodovia; que, à AGESUL incumbe o dever de fiscalizar, vigiar e retirar os animais que trafegam a esmo sobre a pista; que, a teoria do risco administrativo não exige a comprovação de culpa, bastando o dano e o nexo de causalidade; que, a AGESUL é responsável pela fiscalização e conservação das rodovias estaduais; que, o serviço de fiscalização foi insuficientemente prestado, o que gera o dever de indenização pelo dano material e moral causado à vítima e seus familiares; que, a jurisprudência é nesse sentido; que, o falecido era o responsável pelo sustento da família; que, tem direito a pensão mensal para recomposição da renda mensal, incluindo 13º salário e férias; que, tem direito à indenização por dano moral.

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.

Pede a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos material e moral.

Em contestação, a Agência denunciou à lide o Estado de Mato Grosso do Sul que também apresentou defesa.

O fato relatado é incontroverso, sendo que o juiz fixou como pontos controvertidos o nexo de causalidade entre o acidente que causou a morte do cônjuge da autora e a alegada omissão dos entes públicos, bem como a extensão dos danos (fls. 502-505).

A Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública informou que não foi localizada nenhuma ocorrência ou áudio onde houvesse a comunicação da presença de animal na rodovia mencionada nos registros de ocorrência e áudios dos chamados realizados ao 190/193 no horário determinado pelo juiz (fls. 518).

Sobreveio a sentença de improcedência do pedido inicial que, a meu ver, deve ser mantida.

Da responsabilidade do Estado e da AGESUL pelo acidente narrado na inicial

Vejamos os termos da sentença objurgada:

> *"Do Dano Moral in Concreto.*
>
> *O fato e o dano são incontroversos e estão provados por meio de prova documental.*
>
> *O fato foi descrito no Boletim de Ocorrência lavrado pela Delegacia de Pronto Atendimento Comunitário DEPAC Centro, nos seguintes termos:*
>
> *(...) acidente de trânsito com vítima fatal, ocorrido na rodovia MS 080, KM 16.9, frente a entrada da propriedade rural Querência Dois Irmãos (...) a vítima José Emiliano Teixeira, conduzia a motocicleta HONDA/ML 125cc, cor PRATA, ano 1982, placa HQO 2314 de Campo Grande MS, sentido Campo Grande/Rochedo, quando atingiu um cavalo, entre o KM 16 e 17 da rodovia. A vítima veio a óbito no local, fomos informados pela Polícia Militar de que posteriormente ao acidente o condutor do veículo GM/CELTA placas HHJ 6317 atingiu o cavalo que estava caído na pista e o deslocou mais a frente até o acostamento, que o mesmo não está mais no local durante a realização da perícia técnica; Esta equipe deslocou até a propriedade rural Querência Dois Irmãos e em contato com Osni Francisco de Oliveira, o mesmo nos informou que não possui cavalo e que não tem conhecimento da dinâmica do evento, pois não estava no local no momento dos fatos. Que na realização da perícia técnica, não foi encontrado marcas aparentes de propriedade do cavalo.*
>
> *De acordo com a ocorrência registrada pela Polícia Militar, o acidente ocorreu por volta das 5h45min. e, segundo levantamentos, o ponto de impacto deu-se no meio da pista, sendo o veículo e o corpo da vítima arremessados para a pista de rolamento em sentido contrário ao deslocamento do condutor, próximo ao acostamento.*
>
> *O dano está comprovado por meio da certidão do registro de óbito, juntada à p. 39.*
>
> *Segundo o Exame de Corpo de Delito realizado pelo Instituto de Medicina e Odontologia Legal IMOL, a causa da morte foi hemorragia interna traumática aguda por ação contundente trauma torácico (p. 160-175).*
>
> *Portanto, a controvérsia restringe-se a averiguar se há o dever de a AGESUL ou o Estado, ou ambos indenizarem o dano.*
>
> *Da Responsabilidade Civil.*
>
> *A pretensão da autora é a reparação do dano, no caso, da lesão à vida de seu cônjuge, que teve como causa determinante a colisão com o cavalo, que se encontrava sobre a pista de rolamento da rodovia estadual.*
>
> *Sustenta a autora que os réus foram omissos quanto ao dever de fiscalização, pois não retiram da pista o animal que causou o dano.*

Analisando o caso em tela, verifica-se a impossibilidade de aplicação da Teoria do Risco Proveito, regulada no Código de Defesa do Consumidor, a qual impõe a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço (art. 14), uma vez que a rodovia não é sujeita a cobrança de pedágio, de forma que inexiste proveito econômico em relação à prestação do serviço.

Também não é o caso de aplicação da Teoria Objetiva, também conhecida como Teoria do Risco Administrativo expressamente adotada pelo constituinte, a qual condiciona a responsabilidade do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa.

Art. 37 (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nota-se do fato narrado na inicial, assim como da prova pericial realizada no local do acidente, que a pista estava em bom estado de conservação, cerca em sua extensão, porteira, acostamento, com boa visibilidade e já era dia clara, o que afasta ato comissivo de agente público ou prestação de serviço ineficiente.

Em sendo assim, no caso, a responsabilidade civil dos réus seria subjetiva, pois, a autora imputa-lhes conduta omissiva, consubstanciada na falta de fiscalização da rodovia.

Entretanto, a Teoria Subjetiva, denominada de Teoria da Culpa Anônima da Administração, reserva-se aos atos omissivos e embasa-se no descumprimento, por parte do Estado, de um dever jurídico de agir.

Celso Antônio Bandeira de Melo, sustenta a teoria subjetiva aduzindo que:

Ora o texto constitucional fala em dano causado pelo agente público. Daí que está a reportar-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito (...).

Quando o Estado se omite e graças a isto ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. "Ergo", a responsabilidade, aí, não pode ser objetiva. Cumpre que exista um elemento a mais para responsabiliza-lo. Deveras, não se haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez salvo se estivesse, de direito obrigado a fazer.

A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou 'faute de service' dos franceses, entre nós traduzida por 'falta do serviço'. (Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos, RT 552, p.11/20).

Em relação a omissão é lapidar a lição do eminente jurista:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabiliza-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabiliza-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do estado que não seja proveniente

de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente modalidades de responsabilidade subjetiva. (Celso Antônio Bandeira de Melo, Ato Administrativo e direitos dos administrados, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p.144/145).

A respeito da Teoria Subjetiva, ou melhor, da Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado, Rui Stoco, já sob a égide do Código Civil de 2002, leciona que:

A premissa fundamental, portanto, é a de que a responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da CF/88, só é objetiva quando os danos a terceiros forem causados diretamente por seus agentes, nessa qualidade. É a teoria do risco que dispensa qualquer indagação acerca da juridicidade e da culpabilidade.

Ora, a omissão do Estado é anônima, posto que se produz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público.

Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, §6º, da Constituição Federal, nem no art.43 do Código Civil e, portanto, empenha responsabilidade subjetiva.

Embora o art.43 do atual Código Civil tenha se apartado da teoria abraçada no art.15 do revogado Código de 1916, pois este adotava a responsabilidade subjetiva do Estado e aquele preceito do Código atual na linha do princípio estabelecido pela Constituição Federal tenha acolhido a responsabilidade objetiva do Estado, a situação não muda, segundo nos parece. (Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 963).

A caracterização da responsabilidade civil subjetiva do Estado exige dois componentes básicos: um, que a omissão do Estado representada por uma violação direta de um dever expresso em uma norma jurídica; e dois, que o Estado tenha agido com culpa ou dolo na omissão.

A ausência de um desses componentes obsta a configuração da responsabilidade civil subjetiva do Estado.

Ficou demonstrado que a causa determinante do acidente foi a presença do animal sobre a pista de rolamento da rodovia, sem um condutor a orientá-lo e obstruindo o tráfego de veículos.

Ocorre que o cavalo é um animal doméstico, e assim, ele pertence a um proprietário.

A responsabilidade por danos causados por animais domésticos está regulada pelo Código Civil, que estabelece:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Sendo a responsabilidade do dono do animal, que descuidou ou permitiu que o equino saísse de sua propriedade e não o recolheu em tempo oportuno, resultando no sinistro com vítima fatal, não há como atribuí-la ao Poder Público.

A lei não estabelece uma responsabilidade solidária entre o particular proprietário de animal doméstico e o Poder Público.

É sabido que a responsabilidade solidária se estabelece por lei ou por convenção das partes, e a responsabilidade civil, no caso em tela, é extracontratual.

Portanto, é incabível a responsabilidade solidária que a autora pretende estabelecer no caso sob análise.

Da conclusão do Inquérito Policial instaurado para averiguar o acidente com vítima fatal, contata-se que não obtiveram êxito em identificar o dono do animal, que se encontrava sobre a pista de rolamento e causador do sinistro.

Todavia, a impossibilidade de identificação do dono do animal não transfere a responsabilidade pela reparação do dano ao Poder Público, vez que a autora não provou omissão que o vincule ao dano sofrido.

Observa-se das fotografias juntadas as p. 370-379, que a extensão da rodovia é cercada, o que afasta a previsibilidade de passagem de animal, mormente o de alto porte como é o caso dos equinos.

Ademais, a Polícia Rodoviária Estadual, a Agesul e nenhum outro órgão do Estado não foram acionados, por meio de seu serviço de patrulha rodoviária, para remover o animal da via pública ou sequer foram cientificados de sua presença na pista.

A responsabilidade civil somente se configuraria caso acionados, qualquer deles, não agisse ou demorasse excessivamente para agir, revelando-se a falta do serviço, esta sim suficiente para estabelecer o dever de indenizar.

Na forma como está sendo exigida a reparação do dano, o pedido consagra a Teoria do Risco Integral da Administração, não acolhida no ordenamento jurídico, nem pela doutrina ou pela jurisprudência.

A Teoria Objetiva do Risco Administrativo ou a Teoria Subjetiva da Culpa Anônima, por sua vez, nenhuma delas abrange um dever absoluto de vigilância. Até porque não se pode exigir que o Poder Público mantenha um sistema de vigilância integral sobre todos os espaços públicos, porquanto o Estado não é onipresente.

Assim, verifica-se que o ato omissivo imputado aos réus não guarda nexo de causalidade com o acidente, pois a presença do animal na rodovia não foi ocasionada pela omissão de nenhum agente, senão pela negligência de seu proprietário, nos termos do artigo 936 do Código Civil.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no Julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1700122, do Estado da Paraíba, confirmou o acórdão do Tribunal daquele Estado:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – APLICABILIDADE – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO EM RODOVIA – ANIMAIS NA PISTA. RESPONSABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA – DANO MORAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO – DIREITO À INDENIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7/STJ – INCIDÊNCIA – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – ANÁLISE PREJUDICADA – ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA – APLICAÇÃO DE MULTA – ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - In casu, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou inexistir prova suficiente de que os fatos ocorreram como narrados na exordial, porquanto, no caso concreto, a responsabilidade do acidente foi do dono do animal, que não cuidou ou permitiu que o mesmo saísse da propriedade ou dos respectivos cercados, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de

recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ. (AgInt no REsp 1700122 / PB Rel. Min. Regina Helena Costa - Primeira Turma - DJe 24/05/2018)

Em suma, por todas as formas que se analise o caso, nada leva à responsabilidade civil, seja da Agesul como gestora da malha viária estadual, ou do Estado de Mato Grosso do Sul em razão da atuação ou omissão de seu órgão de fiscalização e policiamento ostensivo das rodovias estaduais, que não faltaram nem falharam no serviço.

Portanto, a autora não se eximiu de demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do Poder Público, razão pela qual não tem direito à indenização."

A sentença não merece reparos.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer qual o tipo de responsabilidade do ente público quando houver dúvidas sobre a conduta omissiva ou comissiva.

A responsabilidade objetiva resultou de um acentuado processo evolutivo, incidindo em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos.

Para a configuração desse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos: a) fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) dano e; c) nexo causal.

Todavia, quando a conduta for omissiva, é preciso distinguir se a omissão constitui ou não fato gerador da responsabilidade civil do Estado, que se desempenha quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[2]:

"(...) a responsabilidade estatal do por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).

O doutrinador prossegue com o seu posicionamento afirmando que[3]:

"Ocorre a culpa do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado (...). É mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço (faute du servisse, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo). (...) Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito de uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.".

Assim, no caso em comento, concluo pela subjetividade da responsabilidade do ente público em indenizar a vítima por danos ocasionados em razão de sua omissão.

Por oportuno, insta registrar que, em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina e a jurisprudência divididas entre as correntes de adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a

2 DE MELLO, Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. Editora Malheiros, 2011: p. 1021

3 Idem. p. 1011/1013.

responsabilidade subjetiva, prevalece, no entendimento majoritário, a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do ente estatal.

Deveras, infere-se dos autos que o acidente que vitimou o esposo da autora, ora apelante, foi causado pelo adentramento de um animal equino na pista em que trafegava.

É certo que a autarquia ré, sob a supervisão do Estado de Mato Grosso do Sul, tem o dever de manter a rede viária permanentemente em boas condições, mas não tem o dever, tampouco tem a capacidade, de evitar todo e qualquer evento que possa ocasionar algum acidente, como é o caso dos autos, em que, embora a pista de rolamento estivesse em boas condições, houve a travessia de animal (cavalo), bastante comum, inclusive, nesta área do país. Trata-se, mais especificamente, de omissão genérica.

Sobre o tema, discorre com muito propriedade Sérgio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 261/262, citando Guilherme Couto de Castro, que bem distinguiu a omissão genérica do poder público e a omissão específica:

> *"A atividade administrativa a que alude o art. 37, §6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva, pelo que merece temperamento aquela parte da doutrina capitaneada pelo insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, pp. 871-872) que sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado (...) e omissão específica.*
>
> *Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. Outro exemplo: veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz na traseira. A Administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade pela omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado numa vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, aí já teremos omissão específica. Na doutrina, ilustres juristas entendem que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo. Hely Lopes Meirelles: "O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público." (Direito Administrativo brasileiro, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 630 - grifamos); Yussef Sahid Cahali: "Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional - concordam todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal - se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como conseqüência (...)" (Responsabilidade civil do Estado, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 40). No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Administrativo, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 190) e Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 430), dentre outros.*

Os nossos Tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não-impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula."

No caso específico dos autos não é possível obrigar que a AGESUL ou o Estado de Mato Grosso do Sul respondam objetivamente pelo dever de guarda e custódia de todos os animais existentes na região, pantaneira, diga-se de passagem, não se podendo pretender que tenha controle sobre tudo o que ocorre às margens da rodovia.

Assim, é de se ver que o acidente não foi ocasionado por ausência de sinalização ou fiscalização na rodovia – fato que não ficou comprovado -, mas sim por circunstância estranha ao tráfego normal e não incluída dentro da responsabilidade dos réus.

Dispõe o Decreto 13.129/2011, que estabelece a organização básica da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL, em seus artigos 2º e 3º o seguinte:

"Art. 2º A Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos - AGESUL tem por finalidade a promoção e a implementação das políticas de obras públicas de viação, de edificações, de irrigação de áreas, de controle de erosão, de saneamento ambiental e de transportes, sendo responsável rodoviária do Estado.

Art. 3º Compete à AGESUL:

I - planejar e executar as atividades relacionadas com o desenvolvimento de projetos de arquitetura e engenharia, construção, adaptação, reparo, restauração, ampliação e reforma de todos os próprios da Administração direta e indireta do Estado, independente da fonte de recursos, inclusive de portos, aeroportos, terminais rodoviários e terminais intermodais;

II - viabilizar e executar programas de obras e projetos técnicos de engenharia, objetivando o controle de erosão, o saneamento ambiental e a irrigação de áreas;

III - projetar, construir, restaurar e conservar as rodovias integrantes da malha viária do Estado e de outras que lhe forem delegadas, mediante a celebração de quaisquer instrumentos de vinculação obrigacional;

IV - adequar planos, programas e projetos de infra-estrutura de obras públicas à disponibilidade de recursos ambientais, visando a proteção, a preservação e a defesa do meio ambiente;

V - prestar assessoramento e consultoria técnica referente às áreas de obras públicas, civis e/ou rodoviárias, aos municípios e/ou outros órgãos federais;

VI - executar e coordenar todos os procedimentos licitatórios, visando a contratação de projetos, de obras e de serviços de engenharia, responsabilizando-se pelas soluções técnicas e econômicas desenvolvidas;

VII - responsabilizar-se pela fiel execução dos projetos, obras e serviços contratados, em consonância com as especificações estabelecidas nos respectivos procedimentos licitatórios;

VIII - promover desapropriações e constituir servidões, de acordo com a necessidade de execução de obras ou instalações de seus serviços;

IX - autorizar a construção de acessos, bem como a ocupação e utilização do leito e faixas de domínio das estradas, inclusive suas adjacências, para a realização de obras, serviços e atividades de interesse público;

X - colaborar na fiscalização e arrecadação das receitas tributárias, originárias do setor rodoviário, observadas as normas de execução orçamentária e financeira do Estado;

XI - articular-se com as autoridades públicas nos assuntos de suas atribuições, bem como com entidades privadas que atuem ou tenham interesse na área de obras, inclusive no sentido de incentivar promoções de parcerias;

XII - firmar convênios, contratos, acordos e demais instrumentos reguladores de vínculos obrigacionais, relacionados com as suas finalidades e atribuições, observada a legislação aplicável;

XIII - elaborar a proposta orçamentária e programas de investimento, observadas as prioridades determinadas pelos estudos técnico-econômicos efetuados e as diretrizes políticas do Governo do Estado;

XIV - organizar e manter o cadastro de empresas e responsáveis técnicos contratados para execução de projetos, obras e serviços técnicos relacionados com as atividades de sua área de atuação;

XV - definir a área de jurisdição e atribuições das Unidades Regionais, criadas para viabilizar a operacionalização da AGESUL;

XVI - manter a Secretaria de Estado de Obras Públicas e de Transportes, permanentemente, informada de suas atividades."

Em nenhum instante, com efeito, prevê a legislação a obrigação de a AGESUL adotar medidas para impedir a entrada de animais silvestres na pista de rolamento.

Assim, se a atribuição de sua responsabilidade não se relaciona com as condições da pista, falta de sinalização ou qualquer outro dos deveres elencados no referido Decreto, não há como se admitir que possa ela responder pelos danos ocasionados à autora e descritos na inicial, impondo-se, assim, a manutenção da r. sentença.

A ausência de sinalização, em que pese a alegação, não foi comprovada nos autos.

O fato de ser dela a competência para manter, restaurar e conservar as rodovias integrantes da malha viária do Estado, não lhe pode causar o dever de indenizar por caso fortuito, resultante não das condições da pista de rolamento ou falta de sinalização, mas sim pelo ingresso de animal na pista, fato totalmente previsível e do conhecimento do homem médio, o que evidencia desde logo, pelas características do acidente, que não existe qualquer ato omissivo que pudesse ser apontado aos réus

É até um *non sense* admitir-se o contrário, com todo o respeito aos que pensam diferente, porque seria impor à autarquia e ao ente público, o dever de erguer um muro, nos dois lados da pista, ao longo de toda sua extensão, para evitar a travessia de animais tanto particulares quanto silvestres que abundam em todo o Estado de Mato Grosso do Sul, Estado notadamente conhecido pela atividade pecuária e também pela extensa fauna.

Por isto que a Agesul apõe placas na pista dizendo dos riscos do excesso de velocidade e da necessidade de condução cautelosa do veículo, exatamente pela possibilidade de travessia de animais na pista, quer pelo solo quer, inclusive, voando, como são os pássaros de grande porte que por aqui habitam.

Mas o mesmo não se passa – e nem é de sua responsabilidade – alertar quanto ao ingresso de animais na pista, vindos das extensas propriedades rurais situadas à margem da rodovia, guardadas por cercas cuja manutenção são da responsabilidade dos respectivos proprietários. Muito menos existe responsabilidade pela presença de animais silvestres na pista, sabidamente passível de ocorrer em qualquer rodovia, quer as públicas, quer as privatizadas, ainda mais no Estado do Pantanal.

Assim, se a atribuição de sua responsabilidade não se relaciona com as condições da pista, falta de sinalização ou qualquer outro dos deveres naturais do exercício da atividade de resguardo e manutenção da rodovia, não há como se admitir que possa ela responder pelos danos descritos na inicial, impondo-se, assim, a reforma da sentença.

O fato de ser dos réus a responsabilidade de manter, restaurar e conservar as rodovias integrantes da malha viária do Estado, não lhe pode causar o dever de indenizar por caso fortuito, resultante não das condições da pista de rolamento ou falta de sinalização, mas sim pelo ingresso de animal no leito rodoviário, fato totalmente previsível e do conhecimento do homem médio, o que evidencia desde logo, pelas características do acidente, que não existe qualquer ato omissivo que pudesse ser apontado aos réus.

E não é só isso. No caso, estando comprovado que o acidente ocorreu em razão do adentramento de um animal doméstico na pista (animal bovino) haveria de ser reconhecida a responsabilidade de seu proprietário, nos termos dos artigos 186, 187 e 926 do Código Civil pátrio, também transcritos na sentença:

> *"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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*
>
> *Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior."*

Portanto, o dono ou detentor do animal – denominado genericamente de guardião – é quem deve responder pelos danos causados a terceiros nas hipóteses de acidentes de trânsito provocados pelo bicho.

Neste sentido a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, como se constata dos arestos abaixo:

> *"EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR JULGAMENTO ULTRA PETITA – REJEIÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MATERIAL – ACIDENTE OCASIONADO POR ANIMAL SOLTO, EM PISTA DE ROLAMENTO, DE PROPRIEDADE DO RÉU – PREJUÍZOS DECORRENTES DO REPARO DO VEÍCULO DO AUTOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO DONO DO ANIMAL – RESTITUIÇÃO DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *- Estando a sentença dentro dos limites da lide, delineados pela petição inicial, não há falar-se em julgamento ultra petita.*
>
> *- A responsabilidade do dono de animal pelos danos por ele causados é objetiva, podendo ser elidida somente se comprovada a culpa da vítima ou força maior (artigo 936 do Código Civil).*
>
> *- A satisfatória demonstração, por parte do autor, dos danos materiais suportados e do nexo causal entre estes e a conduta da parte ré, conduz à procedência do pleito deduzido.* (TJMG. Apelação Cível 1.0024.10.232033-0/001, Relator(a): Des.(a) Márcio Idalmo Santos Miranda , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/10/2017, publicação da súmula em 20/10/2017)
>
> *EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – ATROPELAMENTO – ANIMAL NA PISTA – RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO – ARTIGO 936 DO CÓDIGO CIVIL – VÍTIMA – OFENSA À INCOLUMIDADE FÍSICA – DANOS MORAIS – CONFIGURAÇÃO – CONDUTOR DO VEÍCULO – AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO – IMPERÍCIA – CULPA CONCORRENTE. CARACTERIZAÇÃO.*

1. Nos termos da norma do artigo 936 do Código Civil, "o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior."

2. A invasão da pista de rolamento de rodovia por animal enseja a responsabilização do seu dono pelos danos causados no acidente de trânsito decorrente de tal situação.

2. Em se tratando de indenização por danos morais postulada em razão de ofensa à incolumidade física da vítima, decorrente de acidente de trânsito, o dano é presumido e ínsito ao próprio evento.

4. Entretanto, a responsabilidade do réu pode ser afastada ou abrandada conquanto reste comprovada a culpa exclusiva ou concorrente, respectivamente, da vítima.

5. A vítima que conduz veículo automotor sem estar habilitada para tanto contribui, ao menos de forma concorrente, para o acidente, tendo em vista que não possui a destreza necessária à condução do veículo e à prevenção de acidente." (TJMG - Apelação Cível 1.0713.14.010131-0/001, Relator(a): Des.(a) Cabral da Silva , 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/08/2017, publicação da súmula em 08/09/2017)

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal de justiça:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE EM RODOVIA – ANIMAL SOLTO NA PISTA – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA REQUERIDA – PROIBIÇÃO PARA COLOCAR CERCA DE RETENÇÃO POR PARTE DO MUNICÍPIO – RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO SEMOVENTE – AÇÃO ORIGINÁRIA IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO." (TJMS. Apelação n. 0800812-44.2015.8.12.0011, Coxim, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 11/03/2019, p: 12/03/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS E REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – COLISÃO COM ANIMAL EM RODOVIA FEDERAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO DO ANIMAL – ART. 936 DO CÓDIGO CIVIL – LUCROS CESSANTES – COMPROVADOS – DANO MORAL CONFIGURADO – PRECEDENTE DO STJ – MINORAÇÃO DO QUANTUM – AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – VALOR QUE ATENDE AO CARÁTER PEDAGÓGICO/PUNITIVO – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O proprietário de animal que cruza a rodovia, causando acidente de trânsito, deve ser responsabilizado pelos danos decorrentes do sinistro, em especial, se não comprova uma das causas excludentes de responsabilidade, nos termos do art. 936 do Código Civil." (TJMS. Apelação n. 0800918-22.2015.8.12.0038, Nioaque, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 22/08/2018, p: 27/08/2018)

Se a via estava devidamente conservada, sem qualquer defeito que pudesse contribuir para o acidente aqui noticiado, não há como imputar responsabilidade ao Estado ou à sua autarquia, que não tem a capacidade da onipresença, a ponto de conseguir deter animais que porventura adentrem nas rodovias, especialmente durante o período noturno, considerando que o acidente, no caso, ocorreu ao amanhecer.

Não há como garantir ao condutor que nenhum acidente ocorrerá. Quem coloca o veículo em movimento assume alguns riscos inevitáveis, por mais que adote todas as precauções necessárias e por mais que a pista esteja devidamente conservada.

Sendo assim, em que pese a dor sofrida pela autora em face da tragédia aqui noticiada, o fato é que não se pode imputar responsabilidade aos réus pelo evento que culminou na morte de seu esposo, razão pela qual deve ser mantida a sentença no ponto que julgou improcedentes os pedidos.

Sílvio Rodrigues, que dispensa apresentações, ao tratar do dever de indenizar sob a perspectiva da demonstração da relação de causalidade, nos ensina:

> *"Relação de causalidade. Para que surja a obrigação de reparar o dano, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima.*
>
> *Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente".* (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 2007, p.17/18, v. 4).

No caso não só não ficou evidenciada essa relação de causalidade, essencial para o acolhimento da pretensão deduzida na inicial. Para o evento não concorreu a corré em qualquer de suas modalidades. Daí o acerto da r. sentença profligada, que deve ser mantida em todos os seus termos.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Clarice de Oliveira Faria e lhe nego provimento, mantendo a sentença objurgada.

Na forma do §§ 1º e 11 do art. 85 do NCPC, condeno a apelante ao pagamento de honorários advocatícios recursais, os quais fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais).

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. Amaury da Silva Kuklinski

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, 03 de julho de 2019.

***

Órgão Especial
Des. Dorival Renato Pavan
Agravo Interno Cível nº 1600829-17.2014.8.12.0000/50046 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – PRECATÓRIO – NECESSIDADE DE RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL – ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXISTÊNCIA DE MERO ERRO ARITMÉTICO OU ERRO MATERIAL QUE PERMITISSE A INTROMISSÃO DO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL NA ALTERAÇÃO DA QUANTIA REQUISITADA – DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA – RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL SOBERANAMENTE FORMADA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS INDEXADORES DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA CONTIDOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A competência para alteração da metodologia do cálculo de liquidação do precatório ou dos indexadores contidos na sentença condenatória transitada em julgado é exclusivamente do Juiz do feito originário, por se tratar de pretensão de alteração da coisa julgada material, cabendo ao Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, tão-somente, dar cumprimento ao conteúdo da sentença e do título formado com seu trânsito em julgado e materializado no precatório que está em curso, pendente de pagamento.

A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (art. 1º *caput*, CF), de tal forma que descumprir a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira. A lei não pode modificar a coisa julgada material (art. 5º, n. XXXVI, CF); A CF não pode ser modificada para alterar-se a coisa julgada material (art. 1º, *caput* e 60 §4º, CF); o juiz não pode alterar a coisa julgada (art. 502 e 505 CPC/15).

Expressa ela – coisa julgada – a necessidade de estabilização das decisões judiciais, vistas como ato de positivação de poder, motivo pelo qual deve ser garantida sua imutabilidade.

Assim, não é possível, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento, alterar o que restou decidido tanto em relação ao indexador da correção monetária, o período de sua incidência, assim como os juros moratórios.

O erro passível de correção por ato do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, na fase cumprimento do precatório é aquele de natureza aritmética e não o atinente à aplicação de determinado critério de correção monetária e de juros de mora, que são acobertados pelo manto da coisa julgada e, assim, imutável o cálculo elaborado pelo juízo de primeiro grau, em atendimento ao comando da sentença.

O que se faz no precatório são cálculos para mera atualização do valor devido, em estrita observação ao que emana da sentença transitada em julgado, sem possibilidade de qualquer alteração no conteúdo desses cálculos.

Qualquer pretensão de alteração no conteúdo deles, só por via da ação rescisória e, uma vez ultrapassado o prazo previsto em lei para seu ajuizamento, forma-se a coisa soberanamente julgada, insuscetível de modificação.

Atividade administrativa exercida pelo Vice-Presidente, no cumprimento do precatório, que não permite sua intromissão para realização de cálculo com indexadores ou períodos diferentes daqueles lançados na sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XXVI, da constituição federal, o que não se pode conceber.

Agravo regimental a que se dá provimento para anular a r. decisão invectivada, tornando-a de nenhum efeito e determinar a manutenção do valor incontroverso apurado nos autos dos Embargos à Execução de Sentença na exata conformidade com o conteúdo que emerge da sentença transitado em julgado, a saber, em conformidade com o valor inicialmente requisitado e já dirimido judicialmente.

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, dar provimento ao agravo, nos termos do voto do Des. Dorival Renato Pavan, vencido o Relator. Declarou-se impedido o Des. Julizar Barbosa Trindade. Ausentes justificadamente o Des. João Maria Lós e o Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 18 de setembro de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de agravo interno interposto por Adilson Mario Roman e outros em face da decisão que determinou o recálculo do crédito dos agravantes, diminuindo o valor do precatório.

Sustentam, em resumo, que o valor do crédito foi discutido por anos, com diversos recursos interpostos pelo ente devedor e, somente em 2011, foi declarado devido aos credores o montante de R$ 12.032.775,35 (doze milhões, trinta e dois mil, setecentos e setenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), conforme decisão transitada em julgado.

Contudo, após o Departamento de Precatórios certificar divergências no cálculo do precatório e o ente devedor prestar esclarecimentos, reduziu-se o montante para R$ 2.008.950,45 (dois milhões, oito mil, novecentos e cinquenta reais e quarenta e cinco centavos), afrontando os princípios da segurança jurídica e coisa julgada.

Alegam, ainda, que a decisão agravada reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto n.º 12.076/06 sob o pretexto de corrigir mero erro material, o que não é lícito, nos termos do art. 97, da Constituição Federal.

Por fim, requerem o reconhecimento do valor originário do precatório e a simples atualização do montante, já corroído pela inflação. Pugna, ainda, pela condenação ao pagamento de honorários advocatícios relacionados ao presente recurso, consoante dispõe o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contrarrazões (f. 43/58), alegando que o cálculo está correto, seguindo os parâmetros legais e constitucionais previstos para a atualização do precatório e que eventual erro material deve ser retificado.

Afirma que restou demonstrado que os agravantes receberam indevidamente aumento salarial sem qualquer base legal e que o perito judicial, ao elaborar os cálculos, incluiu o valor do adicional de função equivocadamente.

Argumenta que manter o pagamento erroneamente calculado equivale a saquear os cofres públicos e que a Emenda Constitucional n.º 62/2009 e a Súmula Vinculante n.º 17 do Supremo Tribunal Federal atingem todos os processos em trâmite, motivo pelo qual pugna pelo não provimento do agravo.

VOTO (EM 14/08/2019)

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

Trata-se de agravo interno interposto por Adilson Mario Roman e outros em face da decisão que determinou o recálculo do crédito dos agravantes, a qual apontou a existência de erro material nos memoriais de cálculos que instruíram o Ofício Requisitório, uma vez que o percentual de adicional de função dos credores está em desconformidade com o disposto na lei.

Registre-se, inicialmente, que a correção de erro material na conta de liquidação que dá origem ao precatório não é faculdade, mas sim dever da Presidência do Tribunal de Justiça no exercício do múnus constitucional de gestão dos precatórios, o qual, no âmbito desta Corte, é delegado a esta Vice-Presidência.

Cumpre esclarecer, outrossim, que ao ensejo da gestão dos recursos públicos há exercício da função administrativa e, nesta qualidade, impõe-se, além do cumprimento da finalidade pública imposta por lei e pelos princípios constitucionais, a observância da subordinação hierárquica ditada pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Sob esse influxo, a despeito do entendimento eventualmente firmado preteritamente em causas análogas, importa destacar que no exercício da função administrativa atinente à gestão dos pagamentos de precatórios, é mister obedecer as diretrizes e comandos administrativos existentes sobre o tema.

Assim, na qualidade de Vice-Presidente dessa Corte, estou estritamente vinculado às orientações do Conselho Nacional de Justiça, bem como aos entendimentos estabelecidos pela Câmara Nacional de Gestores de Precatórios e demais normas existentes.

Portanto, ao ocupar este encargo, o membro do Tribunal de Justiça deve distinguir atentamente a natureza da função exercida, de modo que seus entendimentos e convicções enquanto julgador, ainda que fortemente fundamentados, não prevaleçam em detrimento dos deveres que lhe são impostos na qualidade de gestor de precatórios.

Diante disso, da constatação da existência de erro material nos memoriais de cálculos que resultaram no crédito global requisitado deflui a correção e a exclusão do valor excedente por força dos princípios da legalidade, da coisa julgada e da vedação do enriquecimento sem causa.

Atende-se, assim, o art. 1º-E da Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, base legal que permite a auditoria que vem sendo realizada no cálculo de liquidação do crédito a ser requisitado, que preceitua:

> *"Art. 1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor."*

Esta norma legal é administrativamente regulamentada pela Resolução n.º 115/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina o Sistema de Gestão de Precatórios e define as hipóteses em que a revisão deva ser realizada de ofício:

> *"Art. 35. O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que: (...)*
>
> *II – o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial; (...)"*

O art. 263 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça deste Estado, é no mesmo sentido:

> *"Art. 263. Compete ao Presidente do Tribunal, que poderá delegar tais atribuições ao Vice-Presidente: (...)*
>
> *III – ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo; (...)"*

Nesse diapasão, existem dois aspectos distintos relativos aos cálculos do precatório, sendo eles, a auditoria do valor requisitado, que consiste na conferência dos cálculos utilizados para a expedição do ofício requisitório, a fim de verificar se corresponde aos comandos da sentença; e a atualização para a liquidação, que utiliza os parâmetros constitucionais e legais específicos para os casos de débito da Fazenda Pública, de acordo com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4.357 e n.º 4.425.

Essas distinções são empregadas unicamente porque, no âmbito da gestão de precatórios, a responsabilidade sobre as corretas aplicações de correção monetária e juros nasce com o registro da requisição perante o Tribunal de Justiça.

Com relação à auditoria do valor requisitado, esta apenas verifica se foram empregados os índices do título judicial, certificando acerca de possível prática de anatocismo ou eventual erro de cálculo.

Sob esse influxo, conquanto tenha vislumbrado noutros casos que a auditoria realizada pelo Departamento de Precatórios violou a coisa julgada, entendo não se tratar da hipótese aqui verificada, inclusive ensejando mudança de entendimento à vista das circunstâncias de cada caso concreto e da declaração de inconstitucionalidade mencionada, conforme modulação de efeitos determinada pela Corte Constitucional.

Diante disso, melhor analisando os diversos questionamentos a que o juízo gestor de precatório é submetido, deve-se observar à luz da extensão dos efeitos da coisa julgada quais aspectos da sentença ou acórdão são alcançados pela definitividade.

Nessa acepção, a jurisprudência[1] é pacífica no sentido de que o dispositivo deve ser integrado com a fundamentação da sentença, uma vez que esta lhe dá o sentido e o alcance.

No caso vertente, primeiramente é necessário destacar que três Decretos Estaduais estabeleceram a forma de cálculo dos adicionais de função dos fiscais de obra pública, quais sejam, o Decreto n.º 10.611/2001, revogado pelo Decreto n.º 11.562/2004 e, o Decreto n.º 12.076/2006, o qual se encontra atualmente vigente.

Verifica-se que o acórdão acostado às f. 269/284 condenou o Estado de Mato Grosso do Sul a incluir a denominada "vantagem pessoal" na base de cálculo dos adicionais de função dos fiscais de obra pública, parcela que foi criada para garantir o princípio constitucional de irredutibilidade de vencimentos, diante da reestruturação de cargos e carreiras e a redução do vencimento base.

O precatório foi expedido no valor global de R$ 12.032.775,35 (doze milhões, trinta e dois mil, setecentos e setenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), segundo o cálculo apresentado pelo perito judicial nos Embargos à Execução opostos pelo ente devedor.

Realizada a auditoria, a Coordenadoria de Cálculos de Liquidação de Precatórios certificou, às f. 1256/1257 dos autos de precatório, que foram constatadas divergências entre o percentual aplicado no cálculo do adicional de função dos credores e o disposto no Decreto n.º 12.076/2006.

Após esclarecimentos prestados pelo ente devedor e analisando os documentos acostados aos autos, aclarou-se o motivo da discrepância entre os percentuais aplicados e os estabelecidos na lei.

Pois bem. Antes de impetrar o *mandamus* que originou este precatório, alguns dos credores impetraram os mandados de segurança n.º 2004.004617-0 e 2004.003559-4, pugnando pela manutenção do adicional de função conforme o disposto no Decreto n.º 10.611/2011, o qual havia sido revogado pelo Decreto n.º 11.562/2004.

A liminar pleiteada foi concedida, determinando às autoridades impetradas a se absterem de aplicar o Decreto n.º 11.562/2004 (1574/1579 dos autos principais), mantendo aos credores o recebimento dos percentuais fixados no Decreto n.º 10.611/2011.

1 STJ, AgRG nos EmbExe no MS 6.864/DF, 3ª Seção, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 14/08/2014

Ocorre que, mesmo após revogada a liminar e transitadas em julgado as decisões que denegaram as ordens (f. 1580/1587), os credores continuaram a receber os percentuais previstos no Decreto revogado n.º 10.611/2001, além daqueles previstos nos Decretos vigentes à época, omitindo esta informação no mandado de segurança que originou este precatório.

Dessa forma, considerando que por determinado período alguns servidores receberam percentuais de adicional de função além do que estava regulamentado na lei, essa diferença deve ser considerada no cálculo deste precatório, porquanto os valores pagos a maior devem ser amortizados do montante devido pelos credores, resultando na efetiva importância que deve ser paga pela Fazenda Pública.

Não bastasse, em que pese os credores afirmem que a decisão agravada declarou a inconstitucionalidade do Decreto n.º 12.076/2006, não é isso que se denota dos autos, tendo em vista que a inconstitucionalidade mencionada na decisão se refere à "verba 2009", a qual foi instituída no salário dos servidores sem qualquer lei específica para tanto, consoante se observa, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *No Procedimento Administrativo 13/002182/2007 anexado a este precatório (f. 1271-1469), verifica-se que a administração concedeu aumento salarial aos servidores das categorias Fiscal de Obras Públicas, Fiscal Estadual Agropecuário e Gestor de Desenvolvimento Rural, sem qualquer base legal, por meio de "Nota Técnica", em percentuais diferenciados para servidores que possuíam o mesmo cargo, mesma função, classe e categoria.*
>
> *Consta desses autos que por determinação do Superintendente de Recursos Humanos – SEGES, foi criada "verba 2009", que passou a ser paga aos fiscais de obras públicas, fiscais agropecuários e gestores de desenvolvimento rural. Posteriormente, esse "aumento" foi incorporado ao adicional de função (verba 009).*
>
> *No parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, em relação a esse aumento na remuneração sob o título de diferença de adicional de função, desde agosto de 2006, os procuradores já haviam alertado que somente poderia ocorrer por meio de lei, portanto, esclareceram e recomendaram à Administração:*
>
> *"É tecnicamente inviável o cumprimento da decisão supramencionada por possuir irregularidades explicitas no seu bojo, devendo ser suspenso o pagamento de aumento de remuneração na ordem de 25%, incluído na folha de junho de 2006, sob a rubrica 2009 de 'diferença de Adicional de Função'. Não há sequer falar-se em segurança jurídica ou direito adquirido que não podem ser confundidos com conservação do ato ilícito (...)"*
>
> *Ressaltam ainda que o aumento não observou a regra prevista no art. 21 da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei da Responsabilidade Fiscal) que veda a concessão de aumento 180 dias antes do pleito eleitoral.*
>
> *Mais, que a decisão concedendo aumento faz referência ao cumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado, sem mencioná-las e ainda estendendo as supostas decisões a todos integrantes das categorias funcionais em questão. Contudo, como acima exposto, em relação aos credores deste precatório, as seguranças foram denegadas.*
>
> *Enfim, que o aumento é inconstitucional, nulo de pleno direito, pois o aumento de remuneração de servidor público depende de lei específica, nos termos do art. 37, inciso X, da Constituição Federal (f. 1327-1343).*
>
> *Da mesma forma, na execução de sentença e nos cálculos não vieram aos autos a informação de aumento concedido em período eleitoral e sem lei específica.*
>
> *Daí não se poder alegar que o Judiciário avalizou e compactuou com o aumento inconstitucional concedido ao conceder a segurança e determinar a inclusão da "vantagem pessoal" na base de cálculo dos adicionais de função e gratificação dos fiscais de obra pública. (...)"*

Isto posto, embora os agravantes insistam na tese de que a auditoria realizada pelo Departamento de Precatórios incorreu em alteração da coisa julgada, essa alegação não merece guarida, pois, na realidade, buscou-se apenas calcular o valor realmente devido pela Fazenda Pública, com base no acórdão que reconheceu a inclusão da "vantagem pessoal" na base de cálculo dos adicionais de função dos credores, amortizando os valores recebidos a maior por alguns deles.

Assim, tratando-se de recursos públicos, deve-se sempre observar os princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do patrimônio do Estado e da vedação de enriquecimento sem causa.

Isso porque excede o poder da Administração Pública dispor do Erário para o fim de pagar por meio de precatório valor resultante de cálculo errôneo, em total descompasso com o título judicial que está sendo executado.

Nesse diapasão, destaca-se que a homologação da liquidação do crédito nos Embargos à Execução não está acobertada pelo manto da coisa julgada, mas somente os parâmetros determinados na decisão que originou o título executado.

Assim, a atuação da Vice-Presidência do Tribunal se limita à coisa julgada do título executivo judicial, mas não do valor homologado na execução:

> *pois as sentenças nunca poderão "transformar fatos não verdadeiros em reais'. Se o arbitrador, por qualquer motivo, desobedeceu ao julgado, produzindo um cálculo 'absurdo', terá, com certeza, cometido erro de cálculo. A declaração contida no ato de homologar, no ato através do qual o juiz torna seu o arbitramento (homo+logos), não produz coisa julgada capaz de impedir que se corrija o cálculo, (...).1" (REsp 698.517/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 06/12/2005, DJ 13/02/2006)*

Salienta-se que até o próprio perito que elaborou os cálculos reconheceu que os *"percentuais encontram-se totalmente divergentes daqueles constantes no Decreto n.º 12.076/2006"* (f. 751/871). Diante disso, constatada inconsistência na elaboração do cálculo, é possível a revisão dos valores por esta Vice-Presidência e deve preceder a liquidação do precatório.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 2. A questão em debate diz respeito à possibilidade de se rediscutir os cálculos de precatório após decisão homologatória dos cálculos judiciais apresentados. 3. Sobre o assunto, o Tribunal de origem deu provimento a pretensão recursal por entender admissível a revisão dos valores dos precatórios em questão, ante a presença de inexatidões materiais, nos termos do art. 463, I do CPC, por impedimento do serventuário que elaborou os respectivos cálculos (fls. 390). 4. Ao assim decidir não desvirtuou da jurisprudência desta Corte, que entende pela possibilidade de revisão de cálculo em sede de precatório na hipótese em que se constata a existência de erro material."* (AgInt no AREsp 504184, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 25/03/2019, DJ 01/04/2019)

Dessarte, como já explicitado, a inclusão da verba "vantagem pessoal" no adicional de função dos credores está acobertada pelo manto da coisa julgada, mas não a decisão que apenas homologou o cálculo apresentado pelo exequente, sem fixar ou alterar qualquer parâmetro de cálculo, sendo possível a revisão em sede de precatório caso constatada ocorrência de erro material, traduzido na discrepância entre a base de cálculo utilizada no cálculo de liquidação e o determinado título executivo.

Ademais, diferentemente do que afirma o agravante, releva destacar que nem mesmo as disposições alusivas aos juros e correção monetária que compõem o comando sentencial atingem o *status* de imutáveis.

Cita-se como exemplo as discussões travadas acerca dos títulos judiciais proferidos antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, sendo consolidado na jurisprudência que a majoração dos juros a partir da nova legislação, mesmo em sede de cumprimento de sentença, não acarreta violação da coisa julgada (REsp 1.112.746/DF).

O mesmo entendimento é aplicado nas ações de desapropriação e naquelas que questionam os juros moratórios aplicáveis na correção da conta de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (REsp 1.009.685/GO e AgRg no REsp 1.157.093/PR).

Sendo assim, significa dizer que não há direito adquirido sobre índice de correção monetária e percentual de juros moratórios, simplesmente porque o fato gerador desses consectários legais não é a propositura ou a existência da ação judicial e nem a sentença condenatória em si mesma, mas sim a necessidade de reposição inflacionária e a demora no cumprimento da obrigação, de modo que sendo obrigação que se protrai no tempo, submete-se ao direito intertemporal.

Quanto à correção monetária, o agravante requer a simples atualização do montante já corroído pela inflação.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n.º 4357 e n.º 4425, entendeu válido o índice básico da caderneta de poupança (Taxa Referencial) para a correção dos precatórios até 25 de março de 2015, estabelecendo, a partir dessa data, sua substituição pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Relativamente aos precatórios expedidos e registrados após a Emenda Constitucional n.º 62/2009 são mantidos os critérios fixados pelo juízo da execução até a data da expedição do ofício requisitório.

Essas distinções são empregadas unicamente porque, no âmbito da gestão de precatórios, a responsabilidade sobre as corretas aplicações de correção monetária e juros nasce com o registro da requisição perante o Tribunal de Justiça.

Convém aqui assentar que a decisão lavrada no bojo das mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade, especialmente no que tange à modulação dos efeitos da decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, possui efeito *erga omnes,* daí que vinculam a Administração Pública direta e indireta, bem assim a atuação administrativa e jurisdicional dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Torna-se, pois, imperioso reconhecer que todos os precatórios registrados perante o Tribunal de Justiça e que estavam pendentes de pagamento na data da conclusão do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como os subsequentes, devem ser atualizados em obediência àquela modulação.

Portanto, não há que se falar em ilegalidade ou ofensa à coisa julgada, uma vez que os índices adotados no cálculo impugnado estão em harmonia com a Constituição Federal, com a Resolução n.º 115/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e principalmente com a sentença condenatória.

Releva destacar que o Órgão Especial julgou recentemente os Agravos Internos n.º 000308-51.2008.8.12.0000/50000, n.º 0019927-59.2011.8.12.0000/50000, n.º 0014229-48.2006.8.12.0000/50000 e n.º 0012121-75.2008.8.12.0000/50274 reconhecendo, por unanimidade, a ausência de violação à coisa julgada nos casos em que o precatório for auditado, a fim de se verificar eventual erro material, e atualizado de acordo com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4.357 e n.º 4.425.

Por fim, considerando que ao ensejo da gestão dos recursos públicos há exercício da função administrativa e não jurisdicional, inaplicável o arbitramento de honorários advocatícios previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, conforme requerido pelos agravantes.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso manejado por Adolfo Fazecas Mariano e Outros, ante o acerto da decisão objurgada.

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

Ante a complexidade das particularidades que envolvem as questões relativas ao Precatório, pedi vistas dos autos para analisá-las mais detidamente.

Compulsando os autos, infere-se que Adolfo Fazecas Mariano e outros interpôs agravo interno em 01.11.2017 contra decisão monocrática do Vice-Presidente desta Egrégia Corte (f. 1631-1637) que definiu os termos do cálculo a ser realizado para pagamento do Precatório Complementar ao de n. 2009.029171-8.

Ao examinar o recurso, o ilustre relator entendeu que não merecem albergue as irresignações deduzidas, visto que apenas efetuou correção de erro material constante no cálculo elaborado, harmonizando com a Constituição Federal, Resolução n.º 115/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e, principalmente, com a sentença condenatória.

Com a devida venia, entendo que o pedido não foi analisado em sua completude.

Cumpre, então, averiguar se há ilegalidade nos critérios adotados para a elaboração do cálculo do crédito complementar do presente Precatório, decorrente da parte dirimida com o julgamento dos Embargos à Execução n. 2006.012569-2/0003.01 (n. 0012569-19.2006.8.12.0000/50003, visto que o valor incontroverso está sendo apurado no autos do Precatório Principal n. 0029171-80.2009.8.12.0000 (n. 2009.029171-8), conforme determinado ainda no transcurso dos Embargos à Execução em Execução de Sentença em Mandado de Segurança n. 0012569-19.2006.8.12.0000 (n. 2006.012569-2/0003.01), em que restou determinado pelo relator do feito naquela oportunidade (f. 46 dos autos n. 0029171-80.2009.8.12.0000):

> ***"Vistos, etc.***
>
> ***Estado de Mato Grosso do Sul opõe os presentes embargos à execução*** *movida por* ***Adolfo Fazecas Mariano e outros****. Os exequentes-embargos executam a importância de R$ 5.903.545,21. Esse úlimo valor é incontroverso, já que reconhecido pelo Embargante.*
>
> *Os presentes Embargos são, portanto, parciais, relativos unicamente à diferença de valores.*
>
> *Posto isto, a* ***Execução prosseguirá quanto à parte incontroversa*** *(R$ 5.903.545,21), nos termos do artigo 739, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil. Como a execução é da competência do Exmo. Sr. Vice-Presidente desta Corte, aqueles autos deverão ser a ele conclusos para determinar a expedição de precatório da aludida parte incontroversa; certifique-se naqueles autos, com cópia desta decisão e das planilhas de cálculo.*
>
> *Como os embargados requerem prova pericial para o deslinde da controvérsia, nomeio o perito Vinícios Coutinho para proceder a perícia, determinando a sua intimação para que faça a proposta de honorários.*
>
> *Após, cls.*
>
> *Intimem-se."*

É certo, pois, que após o julgamento definitivo dos referidos embargos à execução, novo precatório foi iniciado com o fim de receber o quanto definido naquele julgamento.

A insurgência em apreço iniciou-se com a certidão de f. 1256-1257, expedida pelo Departamento de Precatórios - Coordenadoria de Cálculos de Liquidação de Precatórios, na qual foram questionados os parâmetros elencados pelos requerentes:

> *"Informo, nos Autos nº 1600829-17.2014.8.12.0000, de Precatório tendo como Requerente Adolfo Fazecas Mariano e Outros e Requerido Estado de Mato Grosso do Sul, que em cumprimento ao que determina o art 1-E da Lei 9.494/97, Resolução 115/2010 do CNJ e Portaria 629/2014 deste Tribunal, analisamos os documentos constantes dos autos e constatamos o que se Segue:*
>
> *Este requisitório é de crédito complementar do Precatório nº 2009.029171-8, referentes ao pagamento da diferença do adicional de função dos Fiscais de Obras Públicas, ambos em trâmite neste Tribunal. Para auditar os memoriais de cálculos apresentados pelos credores, analisamos o anexo do Decreto Nº 12076 DE 30/03/2006 e os holerites do credores*

para encontrarmos a base de cálculos do adicional de função.

Os Fiscais de Obras Públicas têm Adicional de Função conforme a categoria estabelecida no anexo do Decreto já mencionado, a saber:

Categoria	A	B	C	D	E	F	G	H
Percentual	150%	156,25%	162,5%	168,75%	175%	181,25%	187,5%	193,75%

Com base nessa informações, iniciamos a auditoria dos créditos, iniciando pelo servidor Edivaldo Merisio, que é Fiscal de Obras Públicas, categoria "E". Ao analisar a planilha de cálculos (p.160), verificamos que o credor utilizou o índice de 3,9399 para apurar o adicional de Função, alcançando a diferença de R$6.570,12.

Para aferir esse cálculo, analisamos o holerite do mês de 12/2007 do referido servidor, e constatamos que o registro do Adicional de Função no holerite, no valor de R$3.939,91, foi calculado somente sobre o salário base de R$1.000,00, porém, no percentual de 393,991% (R$1.000,00 X 393,991% = R$3.939,91).

Diante disso, considerando que o percentual aplicado difere do que consta do anexo do Decreto 12076/2006 (categoria "E" 175%) e, também porque nos autos não há informações de alteração desses índices, por hora, suspendemos a auditoria deste requisitório para solicitar esclarecimentos ao ente devedor, sobre a alíquota aplicada ao Adicional de Função (393,991%), indagando:

Houve alteração dos percentuais do Adicional de Função?

Qual o Decreto ou Lei que alterou esses percentuais? Para que possamos prosseguir na auditoria, sem prejuízo das partes e do erário público.

É o que me cumpre informar."

Após a oitiva das partes, o Vice-Presidente à época, Desembargador Julizar Barbosa Trindade, em decisão monocrática pontuou às f. 1636-1637:

"Constata-se que o cálculo de liquidação que instrui este precatório está em total desacordo com os julgados correspondentes e com a lei.

Isso porque utilizado holerite com índices em desacordo com as decisões de mérito proferidas nos mandados de segurança 2004.003559-4 e 2004.004617-0, e ainda aumentos concedidos sem lei específica, em ofensa à Constituição Federal.

Diante do exposto, na realização do cálculo pelo Departamento de Liquidação de Cálculos de Precatórios serão aplicados os percentuais previstos na Decreto 12.076/2006, amortizando-se o que cada credor recebeu no holerite a título de "adicional de função", cumprindo-se, assim, a decisão de mérito proferida no mandado de segurança nº 00125669-19.2006).

Considerando que este Precatório é complementar ao Precatório nº 2009.029171-8, na liquidação, ambos devem seguir os mesmos parâmetros acima determinado.

Junte-se cópia desta decisão no Precatório n. 2009.029171-8.

Intimem-se as partes desta decisão e do cálculo para apresentarem manifestação, no prazo de 05 (cinco) dias."

Consta, ainda, que o Ofício Precatório n. 0482.05/2014 expedido em 14.05.2014 (f. 88) requisitando

o valor de R$ 10.494.155,66 (dez milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil e cento e cinquenta e cinco reais e sessenta e seis centavos) de natureza alimentar em favor dos ora agravantes que totalizam 101 (cento e um) (f. 4-20).

A partir desse panorama é que devem ser examinadas as questões postas em discussão e, ao meu ver, não ponderadas pelo ilustre relator.

Retrospectiva Fática-Processual.

Consoante infirmo da leitura dos autos, o Estado de Mato Grosso do Sul foi condenado ao pagamento aos requerentes-agravantes da diferença entre o valor pago a título de remuneração e aquele advindo com o cômputo da vantagem pessoal, prevista no artigo 24 da Lei Estadual n. 2.029/1999, incidente sobre a base de cálculo dos adicionais e gratificações que recebem, devida desde a impetração do Mandado de Segurança n. 2006.012569-2 e a data do efetivo cumprimento da ordem concessiva.

A propósito a ementa do referido *mandamus* (f. 269-284):

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – FISCAIS DE OBRAS PÚBLICAS – AGESUL – VANTAGEM PESSOAL – ADICIONAIS E GRATIFICAÇÕES – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – AFASTADA – PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO – VANTAGEM PESSOAL – PARTE INTEGRANTE DE VENCIMENTO-BASE – LEI Nº 2.065/99 – INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE FUNÇÃO – POSSIBILIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *Nas obrigações de trato sucessivo, o prazo de 120 dias para impetração do mandamus se renova periodicamente, mês a mês. Sendo a vantagem pessoal a diferença de remuneração entre os vencimentos do cargo antigo e do novo, em razão da reestruturação de cargos, consoante estabelece o art. 24, §§ 1º e 2º da Lei n. 2.065/99, a impetrante faz jus à inclusão da referida parcela, na base de cálculo do adicional de função, por se tratar de direito líquido e certo."*

Foram interpostos recurso especial e recurso extraordinário contra o acórdão, porém a ambos o seguimento restou negado (f. 287-293 e 300, respectivamente), tendo o feito transitado em julgado em 08.10.2009 (f. 301).

Iniciada a Execução da Sentença em Mandado de Segurança n. 2006.012569-2/0003.00, o Estado de Mato Grosso do Sul opôs os Embargos à Execução correlatos (final 0003-01), questionando justamente os percentuais do Adicional de Função, na ocasião formulou o seguinte pedido (f. 639):

> *"b) ao final, sejam os Embargos à Execução julgados procedentes para que se extirpe o excesso de execução, acolhendo-se o cálculo apresentado pelo Embargante, que foi apurado mensalmente e atualizado monetariamente pelo INPC/IBGE e com juros de mora de 6% incidente desde 09/08/2006, tomando-se por base de cálculo o valor da Vantagem Pessoal-PCC de cada um dos servidores e utilizando-se os percentuais do Adiconal de Função determinados pelo Decreto nº 12.076/06, de maneira que perfaz o débito até 11/02/2009 um total de R$ 5.903.545,21 (sendo R$ 5.379.416,89 de débito principal corrigido e R$ 524.128,31 de juros de mora do período), conforme planilha em anexo, e não os absurdos R$ 11.310.353,94 indevidamente pretendidos pelos embargos, havendo assim a cobrança a maior de R$ 5.406.808,73, que deverá ser expurgado dos cálculos, afastando, de outro lado, os cálculos dos Embargados, condenando-os ao pagamento das verbas sucumbenciais de praxe."*

Nos autos dos embargos à execução foi realizada perícia judicial com a apuração do valor total de R$ 12.032.775,35 (doze milhões, trinta e dois mil, setecentos e setenta e cinco reais e trinta e cinco centavos) em 31.12.2008 (f. 744-971).

Ao examinar o alegado excesso à execução, o Órgão Especial rejeitou à unanimidade a pretensão, em voto de relatoria do então Desembargador João Carlos Brandes Garcia (f. 1485-1486):

"A perícia levada e efeito nos autos, diante das divergências entre os cálculos apresentados por ambas as partes encontrou valor de ***R$ 12.032.775,35 (doze milhões, trinta e dois mil, setecentos e setenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), em 31/12/2008.***

Vê-se do laudo o critério de aplicação dos percentuais previstos para a rubrica "vantagem pessoal", sendo certo que, a meu ver, a metodologia aplicada mostra-se correta, não havendo razões para não acolher o laudo técnico, com o qual concordou os credores e que o embargante não contestou de forma a demonstrar eventual erro nos cálculos.

Houve apenas a discordância quanto ao cálculo realizado para o credor Marco Antônio Montando, objeto do quesito de n. 07 apresentado pelo embargante, já que este seria servidor aposentado, nos termos da Emenda Constitucional n. 41.

O perito esclareceu, às f. 2931-2, que os cálculos referentes a ele foram realizados com relação a pagamentos efetuados a menor em período anterior à aposentação, e, ainda, com base nas planilhas apresentadas pelo próprio embargante.

Desta sorte, tenho que os cálculos devem ser homologados na forma apresentada na perícia realizada, mesmo que o valor ali encontrado seja superior ao pedido inicial, já que deve ser dado fiel cumprimento ao acórdão concessivo da segurança, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do embargante, nascido de erronia na feitura dos cálculos, com o qual, repito, concordou os embargados e o embargante não impugnou de modo a demonstrar qualquer vício.

Assim, os embargos devem ser rejeitados, já que não há excesso de execução a ser reconhecido.

Declaro o crédito dos embargados em R$ 12.032.775,35 (doze milhões, trinta e dois mil, setecentos e setenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), em 31/12/2008.

Diante da improcedência dos embargos, condeno o embargante nos honorários advocatícios no importe de R$ 5.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC." (g.n.)

Opostos Embargos de Declaração contra o acórdão acima consignado, estes também foram rejeitados, de acordo com a ementa abaixo (f. 1488):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINAR DE NULIDADE – ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA 10 DO STF E ART. 97 DA CF - INOCORRÊNCIA – OMISSÃO E CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – EMBARGOS REJEITADOS.

Tratando-se de execução de um julgado e tendo este determinado a incidência de percentuais em uma base de cálculo diversa do que pretende o embargante, temos que restou observado o que foi determinado no acórdão transitado em julgado, o que, de forma alguma, representa ofensa à Súmula n. 10 do STF ou, mesmo, ao art. 97 da CF, pois não se está diante de decretação de nenhuma inconstitucionalidade, mas, sim, de execução de um julgado.

Rejeitam-se os embargos de declaração, se inocorre omissão, contradição ou obscuridade, tal como apontado." (TJMS. Embargos de Declaração Cível n. 0012569-19.2006.8.12.0000, Campo Grande, Órgão Especial, Relator (a): Des. João Carlos Brandes Garcia, j: 31/08/2011, p: 08/09/2011)

Contra tal decisão não mais recorreu o Estado de Mato Grosso do Sul, segundo petição expressa de f. 1494.

Nos autos dos presentes Precatórios, ao se manifestar acerca da decisão da Vice-Presidência em redefinir a forma de cálculo do crédito perquirido pelos requerentes, o Estado de Mato Grosso do Sul voltou a afirmar (f. 1505):

> *"**Desde os embargos o Estado manifestou a ocorrência de erro nos cálculos, justamente por não ser obedecido o percentual do adicional de função determinado pelo Decreto nº 12.076/2006, e ainda por considerar em sua base de cálculo o valor do "plus".***
>
> *O absurdo do cálculo utilizado para expedição do precatório é evidente, pois o perito considerou um percentual obtido pela divisão do valor pago a título de adicional de função (nele incluído o valor do "plus" e os percentuais do Decreto 10.611/01) pelo valor do vencimento base, e com isso "encontrou" o percentual que seria devido a cada um dos credores. O erro material dos cálculos é inconteste nesse caso.*
>
> *Dessa forma, a fim de apurar efetivamente o valor devido deve ser levado em conta esses erros materiais, apurando-se o que realmente deve ser pago a cada credor, evitando enriquecimento ilícito dos mesmos em detrimento da sociedade."* (g.n.)

Na sequência, os requerentes se manifestaram, elucidando (f. 1626):

> *"1. Os requerentes, utilizando-se do art. 71, §§ 1° e 3° da Lei n.º 10.741, de 1° de outubro de 2004 (Estatuto do Idoso), bem como no art. 1.048, inciso I, e em seu § 1º, do Novo Código de Processo e na forma disposta no § 2º do art. 100 da Carta Magna, pugnaram pela expedição do Precatório por prioridade.*
>
> *2. Com efeito, foram expedidos 27 (vinte e sete) Precatórios por prioridade e, ainda, 18 (dezoito) aguardam a expedição desde o deferimento, que ocorreu em 16 de junho de 2017, conforme os pedidos de providências que encontram-se apenso aos autos.*
>
> *3. **A partir do pedido de número 28 (vinte e oito) apurou-se dúvidas acerca do percentual aplicado no adicional de função, uma vez que difere do que consta do anexo do Decreto 12076/2006 (categoria E 175%) e, também porque nos autos não há informação de alteração desse índices, sendo, portanto, suspenso a auditoria deste requisitório.***
>
> *4. Logo, o setor de cálculos de liquidação de Precatório, por meio das fls. 1256/1257, solicitou esclarecimentos ao ente devedor, sobre a alíquota aplicada ao Adicional de Função (393,991%), indagando se houve alteração dos percentuais do adicional de função e qual o Decreto ou Lei que alterou esses percentuais."* (g.n.)

Por conseguinte, foi proferida a decisão monocrática que ora se examina.

Dessa digressão, tem-se que restou incólume, transitado em julgado tal como proferido, o valor apurado como devido na execução da sentença (acórdão) do mandado de segurança n. 0012569-19.2006.8.12.0000, elaborado após perícia judicial e com amplo debate acerca do excesso de execução novamente carreado pelo Estado de Mato Grosso do Sul. Por óbvio, uma vez que se reveste de caráter judicial, o acórdão que apurou o valor devido, cuja pretensão de excesso de execução pautado nos percentuais da remuneração que seriam incidentes foi rejeitada, ficou acobertada pelo manto da coisa julgada, o que impede qualquer nova discussão acerca do tema, sob pena de se estar ferindo o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, o qual estabelece que *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"*.

Esse dispositivo constitucional visa dar segurança e certeza às relações jurídicas que ficariam gravemente prejudicadas, ameaçando os próprios fundamentos da vida social se pudessem ser rediscutidas ou impugnadas indefinidamente. A erosão desse pilar do Estado significa a decrepitude da própria Justiça.

A erosão desse pilar do Estado significa a decrepitude da própria Justiça.

Como se evidenciará adiante, a r. decisão que revisou os cálculos, antes mesmo de sua requisição, aplicando critérios distintos daqueles utilizados e rebatidos oportunamente pelo Estado de Mato Grosso do Sul, viola o instituto da segurança jurídica, na medida em que preclusa a questão cujo debate foi devidamente oportunizado na fase judicial.

Da incompetência do vice-presidente para corrigir o valor do débito objeto do precatório – exercício de

atividade meramente administrativa que não pode atentar contra o valor homologado judicialmente e que fez trânsito em julgado. Competência para deliberar apenas sobre erro do cálculo, mas não sobre os *critérios* para correção do valor requisitado através do precatório. Ofensa à coisa julgada material.

Nesses autos não se constata a ocorrência de erro material ensejador da correção *ex officio* e a qualquer tempo pelo administrador.

Isso porque o erro material que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos. Caracteriza-se pelo equívoco de escrita ou de cálculo, representativo de manifestação viciada da vontade, que pode ser sanado a qualquer tempo sem que se ofenda a coisa julgada.

Nesse sentido, aliás, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – PRECATÓRIO – ALTERAÇÃO NO VALOR – CORREÇÃO MONETÁRIA – **CRITÉRIO DE CÁLCULO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA À COISA JULGADA** – PRECLUSÃO – NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA – FUNDAMENTO NÃO ATACADO – SÚMULA 283/STF.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de **que o erro que pode ser corrigido pelo Presidente do Tribunal, ao determinar a expedição do precatório judicial, é o material, simples erro de cálculo (aritmético), não podendo ser conferida a mesma possibilidade ao erro no critério de cálculo, do qual fazem parte, por exemplo, o termo inicial da correção monetária e o percentual dos juros de mora, sob pena de ofender a coisa julgada.***
>
> *2. Considerando que o caso dos autos envolve erro no critério de cálculo da conta apresentada pelos servidores na parte referente ao termo inicial da correção monetária, não há falar em erro (material) de cálculo, motivo pelo qual não caberia a aplicação do art. 1º-E da Lei n. 9.494/1999.*
>
> *3. É firme na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da impossibilidade de se alterar critério de cálculo após o trânsito em julgado da sentença que homologa os cálculos apresentados pelo credor, sob pena de ofensa à coisa julgada.*
>
> *4. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles (Súmula 283/STF).*
>
> *5. Recurso especial a que se nega seguimento."* (RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.482 - MG).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ART. 730, I, DO CPC – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – PRECATÓRIO COMPLEMENTAR – CITAÇÃO. ART. 730 DO CPC – ERRO MATERIAL NOS CÁLCULOS APRESENTADOS PARA FINS DE LIQUIDAÇÃO – NÃO CARACTERIZAÇÃO – SÚMULA 07/STJ. [...] 4. **O erro passível de correção, nos termos do art. 463, I, do CPC, é aquele de natureza aritmética e não o atinente à aplicação de determinado critério de correção monetária e de juros de mora, que são acobertados pelo manto da coisa julgada.** 5. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 07/STJ). 6. Agravo regimental improvido."* (AgRg no Ag 705.084/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 14/11/2005; sem grifos no original.)
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – PARCELAMENTO – ARTIGO 33 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – PEDIDO DE SEQUESTRO – **ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA PREVISTO NA DECISÃO EXEQUENDA – ALTERAÇÃO – VEDAÇÃO – JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS** –*

***EXCLUSÃO** – **PRECLUSÃO** – PRECEDENTES.*

***1. Esta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento de que ao Presidente do Tribunal é vedada, pena de afronta à coisa julgada e por não se tratar de mero erro material, qualquer alteração dos critérios de correção monetária, em face de expressa previsão constante de provimento judicial transitado em julgado.** Nesse sentido, os seguintes precedentes: EREsp nº 208.109/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, in DJ 11/12/2006; EREsp nº 462.938/DF, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, in DJ 29/8/2005; REsp nº 841.517/DF, Relatora Ministra Denise Arruda, in DJ 12/11/2007; e REsp nº 702.849/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, in DJe 30/9/2008. (...).” (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no RMS 27.122/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 03/09/2010) (g.n.)*

Não havendo erro material falta competência ao eminente relator para deliberar sobre critérios de atualização e apuração dos precatórios.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça tem a jurisprudência se inclinado no sentido de que a competência funcional para a condução do precatório é do Juiz da causa:

“PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – PRECATÓRIO – COMPETÊNCIA.

1. A competência para decidir sobre a atualização de precatórios é do juízo de primeiro grau, a menos que se cuide de simples correção de erro material. A atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal tem natureza administrativa, não podendo ele, assim, praticar atos reservados à esfera jurisdicional, como é a decisão sobre a atualização da conta do precatório e os índices aplicáveis para tanto.

2. Recurso especial provido em parte.” (STJ, Segunda Turma, REsp n. 51.281/SP, relator Ministro Castro Meira, DJ 28.06.2004).

Logo**,** com o máximo respeito, o Exmo. Sr. Vice-Presidente jamais poderia ter promovido qualquer alteração na forma do cálculo do débito que foi homologado pelo juízo deste Tribunal, em votação unânime do Órgão Especial, e, com base em fórmula diversa, ter homologado o valor para pagamento.

Durante sua tramitação, o Vice-Presidente tem competência apenas para atualizar o valor contido no precatório, pelos mesmos índices e indexadores constantes da parte dispositiva da sentença ou do acórdão que foram os instrumentos jurídicos jurisdicionais estabeleceram critérios para atualização do valor devido.

Esses critérios não podem ser alterados na fase de cumprimento do precatório, como aqui ocorreu, tanto pelo fato de que o Vice-Presidente não tem competência para rever o que foi judicialmente decidido, ante a natureza meramente administrativa no processamento do precatório, quanto pelo fato – esse primordial e que será evidenciado adiante – de incorrer em clara e flagrante ofensa à coisa julgada material, o que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Da coisa julgada

Nem mesmo a lei ou qualquer outro preceito normativo, muito menos decisão de natureza administrativa, como no caso, não poderão se opor ao que já tenha sido definitivamente decidido pelo Judiciário, havendo de respeitar o quanto decidido, em conformidade com o que está contido no Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que estabelece:

“XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”

Nos termos dos artigos 502 e 505 do CPC de 2015, que tiveram redação aperfeiçoada em relação aos artigos 467 e 471 do CPC/1973:

“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e

indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso."

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei."

No mesmo sentido prescreve o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas Jurídicas:

"Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou;

§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem;

§ 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso."

O processo civil moderno, desvinculando-se das teorias que o vinculavam à existência do direito material subjacente, consagrando a autonomia do direito de ação, possui função instrumental. A finalidade maior almejada pela jurisdição consiste na pacificação social que se forma, exatamente, pela coisa julgada, que só o provimento jurisdicional pode estar dotado.

O escopo do processo é que leva à impossibilidade de se alterar – mormente por ato da administração – o que resultou definitivo e indelével pela autoridade da coisa julgada que se agrega ao provimento jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco [2] nos ensina:

"A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)".

Por todos, Moacyr Amaral Santos[3] nos ensina:

"Justificação da autoridade da coisa julgada.

Todas as sentenças definitivas, uma vez verificada a coisa julgada formal, adquirem a autoridade de coisa julgada (coisa julgada material).

(...) A verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto.

Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão.

A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por uma exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornasse imutável.

Não houvesse esse limite, além do qual não se possa arguir a injustiça da sentença, jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida.

2 **A instrumentalidade do processo**, op. cit., p. 387

3 Moacyr Amaral Santos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Editora Forense, 1a. Edição, 197, p. 461/462.

> *Há, pois, motivos de ordem prática, de exigência social, a impor que a partir de dado momento – que se verifica com a preclusão dos prazos para recursos – a sentença se torna imutável, adquirindo autoridade de coisa julgada.*
>
> *E tem-se aí o motivo político* da coisa julgada".

A definitividade da decisão judicial constitui garantia do estado democrático de direito, não se admitindo a desqualificação da coisa julgada nos termos propostos. A autoridade desta decorre do simples fato de que "*o Estado tem interesse em proteger a coisa julgada, em nome da segurança jurídica dos cidadãos, mesmo em prejuízo à busca pela justiça"* [4].

Nesse contexto a estabilidade das decisões judiciais é direito inalienável do jurisdicionado e a instabilidade da tutela estatal dos conflitos interindividuais afetaria negativamente a convivência em sociedade. Daí que várias regras jurídicas são editadas nesse sentido, como por exemplo, aquelas relacionadas à prescrição, decadência e às preclusões. Assim, não se pode perder de vista a aplicação do princípio da segurança jurídica, implicitamente contido nos capítulos da CF/88 que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos e no que aborda os direitos políticos, *ad exemplum* do que se vê no art. 5°, XXXVI, XXXIX e XL)

A mudança de interpretação de determinadas normas legais não pode gerar insegurança jurídica. Nelson Nery Junior[5] adverte:

> *"A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (art. 1º caput, CF). Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprisse a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira. A lei não pode modificar a coisa julgada material (art. 5º, n. XXXVI, CF); A CF não pode ser modificada para alterar-se a coisa julgada material (art. 1º, caput e 60 §4º, CF); o juiz não pode alterar a coisa julgada (art. 467 e 471 CPC)."*

De igual forma o pensamento firme e sempre observado de Barbosa Moreira:

> *"O interesse na preservação da res iudicata ultrapassa, contudo, o círculo das pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento será algo mais que o fugidio perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julguem lesados a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à tranquilidade social".*
>
> *A atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã – e não atingiria o fim a que visa – se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações. A tanto obsta o mecanismo da res iudicata*".

E considerando que a sentença, no caso, está sendo violada pela decisão administrativa do Vice-Presidente do Tribunal, calha à fiveleta a lição doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni[6]:

> *"A coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais, vistas como ato de positivação de poder, motivo pelo qual, se há sentido em garantir sua imodificabilidade diante do Legislativo, é mais evidente ainda a imprescindibilidade de se tutelar a sua irretroatividade em relação ao Poder Judiciário. Se a decisão judicial, embora inviolável pelo Legislativo, pudesse ser livremente negada exatamente por aquele que a produziu, não existiria a segurança jurídica indispensável ao Estado de Direito*".
>
> *(...) Não há como opor um direito, seja ele qual for, à coisa julgada, uma vez que esta*

4 AgRg na AR 1.543/SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, 1ª SEÇÃO, julgado em 12.09.2001, DJ 22.10.2001 p. 262
5 **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. Ed. RT, p. 39.
6 Luiz Guilherme Marinoni. **Coisa Julgada inconstitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

expressa o fim ou o término do discurso sobre o próprio direito, estando, por isso mesmo, em um plano distinto e superior ao de qualquer direito em estado de litigiosidade".

E, infelizmente, é o que está aqui ocorrendo, em que o próprio Poder Judiciário, que está encarregado de obter o cumprimento do precatório, centralizando os pagamentos através do Tribunal, ele mesmo está negando a autoridade da coisa julgada formada no processo de conhecimento, de cujo dispositivo se extraiu o valor do cálculo do débito devido, e que não mais pode ser agora aqui alterado, porque essa forma de proceder, essa forma de agir, retira a estabilidade da autoridade que emerge da sentença que se constitui no título judicial que se executa. Pior, ainda, nem mesmo por uma segunda coisa julgada, formada em um segundo processo, mas por um mero ato da administração, como no caso, ato esse que ofende a literalidade do artigo 5º, inciso XXXVI da Magna Carta, como se viu acima.

Daí que a r. decisão do Exmo. Sr. Vice-Presidente, que acolheu o refazimento do valor requisitado sem nenhuma objeção do Estado devedor, que expressamente asseverou que não mais interporia recurso do quanto decidido, alterando a metodologia e os critérios estabelecidos pela sentença que transitou em julgado, é um ato nulo de pleno direito, *data máxima vênia*, porque violou a coisa julgada, fato que se constata *ictu oculi*, inapelavelmente.

Aliás, o que se infere é que a decisão busca rever muito além dos eventuais índices de correção e atualização do débito, mas os próprios percentuais da vantagem pessoal que seriam devidos a cada servidor como bem destacado na decisão invectivada (f. 1634):

> *"(...) conforme consta dos holerites dos credores que impetraram mandado de segurança, apesar de revogada a liminar (f.1580-1587) e do trânsito em julgado das decisões que denegaram as ordens (f. 1547 e 1595), continuaram a receber os percentuais previstos no Decreto revogado 10.611/2001.*
>
> *As partes apresentaram os cálculos em 09/08/2006, quando constatou-se divergência entre os apresentados pelos credores e pelo devedor, sendo determinada a realização da perícia. Nessa data, os credores já tinham ciência das decisões denegatórias proferidas nos mandados de segurança (20.10.2004 e 31.05.2006), omitindo a informação nos autos do Mandado de Segurança da qual originou este precatório.*
>
> *Por tal motivo, o cálculo foi confeccionado no percentual irregular, pois denegada a segurança e revogada a liminar, e ilegal, baseada em Decreto revogado, que vinham recebendo, como esclareceu o perito (f. 751-871) e não em percentual previsto no Decreto nº 12.076/06 como afirmam os credores. Inclusive o próprio perito afirmou que os "percentuais encontram-se totalmente divergente daqueles constantes no Decreto nº 12.076/2006).*"

Tal discussão restou amplamente travada nos Embargos à Execução de Sentença que se voltam justamente sobre essa questão, tanto que objeto de perícia judicial naquela oportunidade, na qual se apurou "o montante devido a título de diferença salarial, face a inclusão das verbas 'vantagem pessoal', na base de cálculo do adicional de função, para o período de agosto/2006 a junho/2008, bem como décimo terceiro salário 2006 e 2007" (f. 748). Restou destacado, ainda (f. 751-752):

> *"Para elaboração dos cálculos de todos os servidores em questão, primeiramente identificamos os percentuais efetivamente percebidos a título de adicional de função, mês a mês.*
>
> *Entretanto, tais percentuais encontram-se totalmente divergente daqueles constantes no Decreto nº 12.076/2006, sendo assim, entramos em contato com o assistente técnico da embargante solicitando esclarecimentos da forma de cálculo, bem como percentuais aplicados quando do pagamento do "adicional de função" já percebido pelos servidores, porém, não obtivemos êxito.*
>
> *Diante do acima exposto, optamos por aplicar os mesmos percentuais utilizados na época da folha de pagamento e já quitada."*

Como se vê, o Estado de Mato Grosso do Sul em nada contribuiu para os esclarecimentos pleiteados

pelo *expert*, sendo o cálculo ali realizado homologado e requisitado a partir dele o precatório complementar, visto que já em andamento o de valor incontroverso.

Rever o quanto lá fixado e amplamente debatido seria manifesta ingerência da via administrativa no âmbito judicial.

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento não é divergente, a saber, não se pode validar ato praticado - qualquer que seja ele, judicial ou administrativo, que se oponha à força emergente da coisa julgada. Confira-se, dentre outros, estes arestos, o primeiro exarado, inclusive, em sede de recurso especial repetitivo:

> *"PROCESSO CIVIL – **RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA** – **ARTIGO 543-C, DO CPC** – DIREITO FINANCEIRO – REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR – PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV – JUROS DE MORA – DESCABIMENTO – SÚMULA VINCULANTE 17/STF – APLICAÇÃO ANALÓGICA – CORREÇÃO MONETÁRIA – CABIMENTO – TAXA SELIC – INAPLICABILIDADE – IPCA- E.*
>
> *APLICAÇÃO.*
>
> *(...) Destarte, incide correção monetária no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da RPV, **ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada."** (Mutatis mutandis*, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004)." (STJ, REsp 1143677/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010)

Mais recentemente, enfrentando hipótese similar à contida no presente Regimental, o Superior Tribunal de Justiça voltou a se pronunciar pela necessidade de se respeitar a coisa julgada em casos análogos. Vejam-se os arestos:

> *"ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – JUROS DE MORA – TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO QUE DETERMINA A INCIDÊNCIA DOS JUROS ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO – **OBSERVÂNCIA DA COISA JULGADA** – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. O entendimento desta Corte, na esteira do que foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal, é de que não incidem juros moratórios em precatório complementar se o pagamento for efetuado no prazo constitucional, previsto no art. 100, § 1o. da Constituição Federal.* Vê-se: AgRg no REsp. 651.882/CE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 7.3.05 e EREsp. 439.282/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 1.8.06.
>
> *2. Todavia, **havendo o trânsito em julgado da sentença que expressamente determina a incidência dos juros de mora até o efetivo pagamento da dívida, como é o caso dos autos, não cabe a exclusão da referida parcela dos cálculos da execução, sob pena de afronta à coisa julgada**.* Precedentes: AgRg no REsp 1.228.041/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 15.8.2014; EDcl no AgRg no REsp. 1.140.667/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 4.8.2014.
>
> *3. Agravo Regimental a que se nega provimento.* (STJ, AgRg no REsp 1232664/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/03/2016, DJe

28/03/2016)". (g.n.)

"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – PRECATÓRIO – JUROS DE MORA – NÃO INCIDÊNCIA – AFERIÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7 DO STJ – ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PROVIMENTO NEGADO.

1. O acórdão recorrido julgou a lide de modo fundamentado e coerente, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração e, por conseguinte, à violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Os juros moratórios, nas execuções contra a Fazenda Pública, são devidos até a liquidação do valor executado, o que se verifica com a definição do quantum debeatur, materializado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos.

3. ***Havendo sentença transitada em julgado determinando a_incidência dos juros moratórios até o efetivo pagamento da dívida, não cabe a exclusão de tais consectários dos cálculos da execução, sob pena de afronta à coisa julgada. Precedente da Corte Especial.***

4. Impossibilidade de acolhimento da tese defendida, por depender de apuração acerca da existência de sentença transitada em julgado, determinando a incidência dos juros moratórios até o efetivo pagamento. Questão eminentemente fática não delineada pelas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. Não compete ao STJ analisar suposta ofensa a dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, a teor do art. 102, III, da Constituição Federal.

6. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no REsp 1131996/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016) (g.n.)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO – DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL NO PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIO – ÍNDICE DE CORREÇÃO – ALTERAÇÃO – POSSIBILIDADE – CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO HOMOLOGADO – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA.

1. Hipótese em que a Presidência do Tribunal de origem, ao determinar a aplicação da Portaria 862/2007, alterou os índices de correção monetária no processamento do precatório.

2. Ao adequar os índices de correção ***não previstos na sentença exequenda****, a Presidência do Tribunal de Justiça atuou nos estritos limites de sua competência.*

3. ***Conforme a jurisprudência pacífica do STJ, não é possível, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença homologatória, alterar os índices de atualização monetária utilizados na respectiva conta, sob pena de ofensa à coisa julgada.***

4. A Portaria 862/2007 não pode ser aplicada ao período anterior a novembro de 1.991 para mudar os parâmetros dos cálculos homologados em liquidação de sentença (fls. 26-28, e-STJ). No período posterior, contudo, como não há comando judicial acerca dos índices de atualização cabíveis, não há ilegalidade na alteração durante o processamento do precatório.

5. Agravo Regimental não provido." (STJ, AgRg no RMS 37.219/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015) (g.n.)

Logo, com o máximo respeito ao e. Vice-Presidente, não se afigura possível, aqui também, alterar os critérios do cálculo da execução fixados pela r. acórdão proferido contra o Poder Público, adentrando

na discussão acerca de qual percentual cabível de ser calculado, visto que tal questão restou exaurida nos embargos à execução que tratou do excesso de execução, diante da força da coisa julgada material que emerge do comando, sob pena de violação quer à literal disposição do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, quer à literal disposição, também, das normas infraconstitucionais, antes citadas, que regulamentam a coisa julgada no direito processual civil brasileiro.

A propósito, ainda:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DESAPROPRIAÇÃO – PRECATÓRIO – REDISCUSSÃO DE CRITÉRIO DE CÁLCULO – JUROS DE MORA – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA À COISA JULGADA – AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO.*
>
> *1. A questão em debate diz respeito à possibilidade de se rediscutir os cálculos de precatório já pago, em virtude de supostos erros materiais verificados, tais como a inclusão de juros de mora e de aplicação equivocada de índice de correção monetária, o que resultaria em um possível saldo credor a favor do Município de Santo André.*
>
> *2. O Tribunal de origem negou a pretensão recursal por entender pela impossibilidade de rediscussão sobre a incidência de juros e da forma de elaboração dos cálculos que já foram homologados por sentença, tendo em vista o instituto da coisa julgada.*
>
> *3. Sobre o assunto, a jurisprudência desta Corte entende pela possibilidade de revisão de cálculo em sede de precatório na hipótese em que se constata a existência de erro material, o que não é o caso dos autos, considerando que a pretensão da Recorrente é a rediscussão de critérios utilizados pela contadoria judicial para a apuração do valor devido, o que configuraria violação à coisa julgada. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp. 1.175.999/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 4.8.2014; AgRg no REsp. 1.289.419/CE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 2.8.2012.*
>
> *4. Agravo Interno do Município De Santo André desprovido."* (STJ, AgInt no AREsp 161.523/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017)

Como se não bastasse, o Estado de Mato Grosso do Sul mesmo alega que os percentuais foram discutidos nos Embargos Execução, afirmando: "*Desde os embargos o Estado manifestou a ocorrência de erro nos cálculos, justamente por não ser obedecido o percentual do adicional de função determinado pelo Decreto nº 12.076/2006, e ainda por considerar em sua base de cálculo o valor do "plus"*." (f. 1505).

Os requerentes acentuam, inclusive, que contra tal acórdão foi interposto Ação Rescisória n. 4001134-33.2013.8.12.0000, que foi julgada improcedente pelo decurso do prazo decadencial, isto é, com resolução do mérito, nos termos da ementa a seguir:

> *"AÇÃO RESCISÓRIA – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRAZO DECADENCIAL – **ACÓRDÃO RESCINDENDO ADVINDO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MANDAMENTAL – PRETENSÃO DE REVISAR O MÉRITO DO TÍTULO EXECUTIVO** – VIOLAÇÃO AO PRAZO DECADENCIAL DE DOIS ANOS PARA INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO – ULTRAPASSADO – EXTINÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*
>
> *A ação rescisória somente é cabível para rescindir sentença de mérito, ou seja, aquela que efetivamente acolheu ou deixou de acolher, em face do direito material, a pretensão da parte. Ajuizada a ação rescisória após o decurso do prazo a que alude o art. 495 do CPC, está consumada a decadência."* (TJMS. Ação Rescisória n. 4001134-33.2013.8.12.0000, Tribunal de Justiça, Órgão Especial, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 06/05/2015, p: 25/05/2015) (g.n.)

Como é que o Sr. Vice-Presidente, assim, no exercício de uma função meramente administrativa, como venho aqui sempre acentuando, pode alterar o valor requisitado contra o qual se insurgiu por diversas vias o devedor interessado, modificando a metodologia dos percentuais adotados da vantagem pessoal dos requerentes, ora agravantes, como aqui ocorreu?

A obviedade da questão encontra amparo na citada Resolução n. 115/2010 do Conselho Nacional de Justiça que ratifica o comando constitucional, como se infere do disposto em seu artigo 35, III, *in verbis*:

> *"Art. 35. O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que:*
>
> *I - o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata;*
>
> *II - o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial;*
>
> *III - o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução."*

A ofensa à coisa julgada, como demonstrado no tópico anterior, tem uma clareza tal que dispensa maiores fundamentações para se deixar evidente a absoluta invalidade dos questionamentos elaborados pelo Departamento de Precatórios quanto ao valor requisitado na informação prestada às f. 1256-1257, ratificada pelo Exmo. Sr. Vice-Presidente, daí que se evidencia razão aos agravantes para que se mantenha o valor requisitado, procedendo às atualizações monetárias subsequentes a partir daquele apurado nos Embargos à Execução n. 2006.012569-2/0003-01 (f. 1479-1486).

Dispositivo

Por todo o exposto, com a devida vênia ao entendimento do relator, dele divirjo e dou provimento ao recurso para anular a decisão do eminente Vice-Presidente e determinar a manutenção do valor apurado nos autos dos Embargos à Execução n. 2006.012569-2/0003-01 (f. 1479-1486), isto é, no valor total de R$ 12.032.775,35 (doze milhões, trinta e dois mil, setecentos e setenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), com a devida compensação do valor incontroverso pleiteado nos autos do Precatório n. 0029171-80.2009.8.12.0000, afastando toda e qualquer pretensão de revisar os percentuais de vantagem pessoal dos servidores-agravantes utilizados para o cômputo do crédito.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues (5º Vogal)

Acompanho 2º Vogal.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (8ª Vogal)

Acompanho 2º Vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (9ª Vogal)

Acompanho 2º Vogal.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (11º Vogal)

Acompanho 2º Vogal.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do Des. Sideni, após o relator negar provimento ao recurso e os Desembargadores Pavan, Marcos Brito, Marcelo, Divoncir e Vladimir darem provimento. Declarou-se impedido o Des. Julizar. Os demais aguardam.

VOTO (EM14/08/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise do conteúdo fático probatório constante dos autos.

Segundo consta da decisão recorrida, os agravantes impugnaram o cálculo adotado pela Vice-Presidência, invocando a proteção conferida pela coisa julgada.

O ilustre Desembargador Vice-Presidente à época, eminente Des. Julizar Barbosa Trindade, rejeitou integralmente a impugnação.

Segundo o recorrente, seria nula referida decisão administrativa (f. 1.631/1.637), pois contrária à coisa julgada, insurgindo-se, também, contra a declaração de inconstitucionalidade do decreto 12.076/06. O ilustre Relator entende que não houve ofensa à coisa julgada, mas simples cumprimento de decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade, além de disposição em resolução do CNJ.

O ilustre Vogal, Des, Dorival Renato Pavan, divergiu em parte do voto proferido pelo Relator, para fazer observar a coisa julgada quanto à incidência de juros e correção monetária, na forma determinada no título executivo.

Pois bem. E em que pese argumentação veiculada pelo ilustre Relator, entendo que a insurgência merece guarida, conforme vasto arrazoado da divergência.

Salta aos olhos, inicialmente, a questão alusiva à competência da Vice-Presidência para revisão do cálculo de precatório.

Com efeito, o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública segue regras específicas, tendo em mente a impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos. Por essa razão é que, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, a Fazenda Pública é intimada para impugnar a execução (art. 535, *caput*, NCPC), e não para pagar o débito, como prevê a regra geral contida no art. 523, do NCPC. Somente se não impugnada a execução ou se rejeitada esta é que será expedido o precatório em favor do credor (art. 535, § 3º, do NCPC).

Até o momento da formação da ordem de pagamento prevalece o título judicial executado, em estrito respeito à coisa julgada e os índices definidos na fase de conhecimento, imutáveis. Uma vez formalizado o precatório, tem início a fase administrativa, sendo que a partir daí passam a incidir os índices previstos no § 12, do art. 100, da Constituição Federal, e de cuja competência para fiscalizar e aplicar passa a ser do ilustre Vice-Presidente desta Corte, por ato de delegação interna.

É certo, ainda, que a atividade jurisdicional se encerra com a expedição do precatório, encerrando-se aqui, também, os critérios de cálculo estabelecidos no título executivo contra a Fazenda Pública ('*A atividade jurisdicional termina com a expedição do precatório*' - RTJ 71/572, 575). Encerra-se a execução com a expedição do precatório.

Esta é a função executória.

Desta clara divisão de fases decorre o estabelecimento da competência do ilustre Vice-Presidente, de natureza administrativa, daí porque, a meu juízo, não lhe compete analisar questões de índole judicial relacionada à dívida, mas apenas administrativas, como o erro material ou aritmético de cálculo.

É o que se extrai da norma contida no art. 1º-E da Lei nº 9.494/1997, invocado pelo ilustre relator, disciplinado pela Resolução CNJ nº 115, de 29 de junho de 2010:

> *"Art. 35. O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que:*

(...)

II – o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial;"

No mesmo sentido o Regimento Interno do TJMS, no mesmo sentido:

"Art. 263. Compete ao Presidente do Tribunal, que poderá delegar tais atribuições ao Vice-Presidente:

(...)

III – ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, a correção de inexatidões materiais ou a retificação de erros de cálculo;"

Erro material, esclareça-se, não abrange critérios de incidência de juros e correção monetária ou mesmo acréscimo de valores não constantes do título. Erro material é o erro aritmético. A respeito do tema, a elucidativa lição de Leonardo Carneiro da Cunha, escorada em precedentes do Supremo Tribunal Federal:

"(...) Exatamente porque é administrativa a atividade do Presidente do tribunal na condução do precatório, as questões incidentais, na execução em face da Fazenda Pública, devem ser resolvidas pelo juízo que julgou a causa em primeiro grau. De fato, questões pendentes ou que surgirem após a expedição do precatório, tais como impugnação de juros ou de acréscimos indevidos, ou ainda, a postulação de correção monetária não inserida no precatório_requisitório expedido por ordem daquele." (A Fazenda Pública em Juízo. 13. ed. Editora Forense, 2016, p. 362)

No caso específico destes autos, o erro de cálculo consistiria na inclusão de capitalização de juros no cálculo do valor inscrito em precatório, tema que não se identifica, *data venia,* ao ilustre Relator, com erro material. A questão amolda-se ao excesso de execução, tema expressamente previsto no art. 535, IV, do NCPC, entre aqueles passíveis de arguição na impugnação pela Fazenda Pública, daí sua natureza eminentemente jurisdicional, que deverá (ou deveria) ser discutida perante o Juízo de primevo.

A respeito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – COBRANÇA DE VALORES DEDUZIDOS INDEVIDAMENTE DE CONTA-CORRENTE – CAPITALIZAÇÃO APLICADA NA CONTA DE EXECUÇÃO – EXCESSO – PARCELA NÃO CONSTANTE DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO – MATÉRIA ARGÜÍVEL EM EXCEÇÃO – CPC, ARTS. 467, 610 E 618, I. I. Identificando-se, de logo, que a capitalização dos juros não foi determinada na sentença transitada em julgado, de sorte que os cálculos de execução discrepam dos limites nela traçados, inovando-se na lide, possível podar-se o excesso mediante exceção de pré-executividade. II. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a impropriedade da via eleita, determinando que o Tribunal a quo prossiga no exame do agravo de instrumento aviado contra a decisão monocrática que acolheu o mérito da exceção." (REsp 545.568/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 16/10/2003, DJ 24/11/2003, p. 325).

Inviável, portanto, a análise da questão alusiva ao excesso de execução (por inclusão de capitalização de juros não constante do título executivo) na fase administrativa, tendo em mente a incompetência da Vice-Presidência para tratar de temas de ordem jurisdicional.

A questão ganha relevância se se considerar que as questões administrativas decididas pela Vice-Presidência, no precatório, não admitem a interposição de recursos às instâncias superiores, nos termos do Enunciado nº 733, Súmula do STF: "*Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.*"

Não bastasse isso, a reabertura do debate, mesmo admitida a alegada violação à coisa julgada, o que poderia, quando muito, ser objeto de ação rescisória, na forma do art. art. 485, IV, do CPC/73, vigente à época dos fatos, cujo prazo decadencial também já se expirou há muito.

A coisa julgada é expressão do princípio da segurança jurídica, conquanto promova o efeito de tornar indiscutível a decisão. Nem mesmo a lei pode violar a coisa julgada, tratando-se de direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF). Caso isso ocorra, e decisão judicial venha contrariar a coisa julgada, também esta decisão violadora é apta a fazer coisa julgada. Por essas razões, existem instrumentos de controle da coisa julgada, que, não exercidos por longo período, também sujeitam a decisão violadora da coisa julgada à estabilidade e segurança jurídica.

De sorte que o decurso do prazo de mais de 10 anos da decisão que se busca revisar confere estabilidade de coisa julgada à referida decisão, atraindo o direito fundamental à segurança jurídica e evitando verdadeira perpetuação de lides.

Assentadas essas premissas, o pensamento delineado pelo ilustre Vogal merece complementação. Isto porque aquele raciocínio, até aqui desenvolvido, somente tem aplicação na fase judicial, mas não na fase administrativa.

Com efeito, até o momento da formação da ordem de pagamento prevalece o título judicial executado, em estrito respeito à coisa julgada e os índices definidos na fase de conhecimento, imutáveis. Uma vez formalizado o precatório, na sua fase administrativa, passam a incidir os índices previstos no § 12, do art. 100, da Constituição Federal, que tem por objeto apenas a atualização de valores de requisitórios, motivo pelo qual entendo que não há falar em coisa julgada.

A propósito do tema, esclarece o Ministro Dias Toffoli na ADI 4357/DF:

> *"(...) Ademais, não há violação à coisa julgada, uma vez que, como expressamente estabelece o § 12 do art. 100 da Constituição, os índices fixados dizem respeito à atualização dos valores, após a expedição do precatório, até o efetivo pagamento. Não se interfere, de forma alguma, na decisão judicial transitada em julgada."* (p. 162 do acórdão)

É certo, ainda, que a atividade jurisdicional se encerra com a expedição do precatório, encerrando-se aqui, também, os critérios de cálculo estabelecidos no título executivo contra a Fazenda Pública (A atividade jurisdicional termina com a expedição do precatório - RTJ 71/572, 575). Encerra-se a execução com a expedição do precatório. Esta é a função executória.

Mais ainda, não se admite o direito adquirido a regime jurídico. E o regime jurídico estabelecido no art. 100, § 12, da Constituição Federal, alusivo à fase administrativa de cumprimento de obrigação de pagar quantia certa contra a fazenda pública pode ser alterada a qualquer tempo.

Essa a inteligência, aliás, do entendimento consolidado no verbete nº 17, da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal "*Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos*", que assim como o § 12, da Constituição Federal, não viola a coisa julgada. Não há mora por conta da especificidade da fase administrativa do cumprimento da obrigação, sujeita a regras constitucionais próprias. Mais ainda, até mesmo as questões incidentais, como esta, são analisadas pelo Vice-Presidente e não pelo juízo da causa.

Ainda que assim não o fosse, o NCPC permite expressamente a inexigibilidade de título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, veja:

> *"Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:*
>
> *(...)*

III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso."

Não se admite, portanto, a coisa julgada inconstitucional. É claro que, na hipótese dos autos, diante da coisa julgada, a solução para o desfazimento da coisa julgada inconstitucional seria a ação rescisória.

Assim, em arremate, deve ser respeitada a coisa julgada no cálculo do crédito até o momento da fase administrativa do precatório. A partir desse momento, incide o regramento contido no art. 100, § 12, da Constituição Federal, que, conforme a jurisprudência sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não ofende a coisa julgada.

De todo o exposto, não tenho dúvidas em acompanhar o bem fundamentado voto, da lava do ilustre Vogal, Des. Dorival Renato Pavan, para conhecer e prover o presente recurso, com as ressalvas à fase administrativa do precatório.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º Vogal)

Acompanho 2º Vogal.

O Sr. Des. Des. Vilson Bertelli. (7º Vogal)

Acompanho 2º Vogal.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (12º Vogal)

Acompanho 2º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao agravo, nos termos do voto do Des. Dorival Renato Pavan, vencido o relator. Declarou-se impedido o Des. Julizar Barbosa Trindade. Ausentes justificadamente o Des. João Maria Lós e o Des. Eduardo Machado Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Vilson Bertelli e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 18 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0058481-94.2010.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – COMPROVAÇÃO DE DESÍDIA NA CONDUTA PROFISSIONAL – ÓBITO DE RECÉM-NASCIDO – DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – DANO MATERIAL – IMPOSSIBILIDADE – PREJUÍZO HIPOTÉTICO – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – EVENTO DANOSO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

A responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, isto é, só pode ser reconhecida verificada a culpa, segundo o artigo 186, do CC, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia, ou imprudência. A disposição do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, repete que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante culpa.

É ônus da parte autora a prova de que o requerido agiu com culpa, ou seja, que não foi empregada a técnica devida e a diligência e conhecimentos necessários no atendimento prestado à menor, fato devidamente comprovado.

No caso, o óbito da criança recém-nascida deu-se em decorrência da falha na prestação do serviço médico, porquanto diante da gravidade do quadro clínico apresentado pela infante era recomendável que ela permanecesse em regime hospitalar à época da internação, porém recebeu alta de forma precipitada e inadequada, contrariando o que determina o protocolo de tratamento para a doença, conforme concluiu o perito.

Mostra-se adequado e apropriado com as finalidades punitivas e compensatória da indenização a redução dos danos morais para o montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pois o valor há de ser suficiente, não somente para recompor os transtornos causados ao requerente, como também desestimular a reincidência.

Em se tratando de condenação em danos morais decorrente de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem fluir a partir do evento danoso (Súmula nº 54, do STJ).

Embora a autora alegue que sua família seja de baixa renda, na qual se admite uma presunção de contribuição do filho menor para a renda familiar, não se pode presumir que a autora/genitora fosse depender economicamente da recém-nascida, de modo que a pensão não pode ser fixada sobre condição futura e incerta.

Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 18 de junho de 2019.

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

Associação Beneficente de Campo Grande e Janaina Gondim da Silva, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que esta move face daquela, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de:

> *"(...) condenar a parte ré ao pagamento de R$ 60.000,00 a título de danos morais em favor da requerente, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária, com base no IGPM/FGV, ambos a contar da prolação desta decisão e, por consequência, determina-se a extinção do feito com resolução do mérito."*

Do recurso de apelação interposto por Janaina Gondim da Silva

Alega que o dano moral deve ser majorado, consoante os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mormente porque se trata de morte de recém-nascido por erro médico.

Defende que os juros de mora dos danos morais devem incidir a partir do evento danos, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Argumenta que a requerida deve ser condenada ao pagamento dos danos materiais (pensão alimentícia) em parcela única, pois certamente o seu filho, caso estivesse vivo, lhe ajudaria financeiramente. E mais, o STJ possui entendimento de que é devida indenização por danos materiais aos pais de família de baixa renda em decorrência da more de filho menor.

Prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Do recurso de apelação interposto por Associação Beneficente de Campo Grande

Reverbera que não há falar em ato ilícito, pois o mal que acometeu a recém-nascida era extremamente grave, de modo que mesmo que a apelada tivesse levado a sua filha para outro hospital, o resultado seria o mesmo.

Explica que todos os procedimentos adotados pela apelante foram corretos. E mais, a apelada demorou para levar sua filha ao nosocômio.

Explica que o *quantum* indenizatório deve ser reduzido, pois desproporcional.

Requer a concessão da justiça gratuita.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 04/06/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Associação Beneficente de Campo Grande e Janaina Gondim da Silva, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que esta move face daquela, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de:

> *"(...) condenar a parte ré ao pagamento de R$ 60.000,00 a título de danos morais em favor da requerente, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária, com base no IGPM/FGV, ambos a contar da prolação desta decisão e, por consequência, determina-se a extinção do feito com resolução do mérito."*

A requerente ingressou com a presente demanda pretendendo a condenação da requerida ao pagamento de danos morais e materiais, sob o argumento de que são genitores da menor Lauanny Gondim Papirtes, nascida em 11.03.2010 e falecida em 02.08.2010, sob a indicação de 'insuficiência respiratória aguda pneumotórax pneumonia'.

Relatou que em meados de 23/06/2010 levou a sua filha para ser atendida no hospital requerido, pois apresentava febre, vômitos incessantes, diarreia e tosse, sendo que em razão da gravidade dos sintomas a menor fora encaminhada à internação, pois constatado o quadro de pneumonia aspirativa.

Argumentou que a infante permaneceu internada até 28/06/2010, quando recebeu alta hospitalar, muito embora ainda apresentasse sintomas ruins e resultado laboratorial insatisfatório.

Aduziu que a criança continuou a ser medicada em casa, todavia, após um mês da alta hospitalar, voltou a apresentar os mesmos sintomas anteriores (febre, vômito, tosse e diarreia), tendo, então, retornado em 30/07/2010 ao nosocômio requerido, ocasião em que ficou em observação e realizou exames de hemograma e raio x.

Explicou que apesar de ter sido constatada grave alteração no hemograma que indicava infecção grave, a menor fora liberada no dia seguinte (31/07/2010), de modo que já no dia 01/08/2010 apresentou febre, rigidez na face e apatia, sendo novamente encaminhada ao hospital requerido, quando fora diagnosticada com hipertonia cervical, febre e taquipneia, com posterior evolução para parada cardíaca, convulsão e hemorragia pulmonar.

Relatou que, à vista da gravidade da situação e da ausência de vagas na UTI pediátrica da Santa Casa, fora transferida por volta das 00hrs:15min, do dia 02/08/2010, ao Hospital Regional, todavia, a criança veio a óbito às 05hrs:30min do mesmo dia.

Explanou que houve falha na prestação dos serviços pela ré.

Pediu a procedência dos pedidos.

Devidamente citada, a parte ré pugnou pela improcedência do pedido. (f. 78-101)

Laudo pericial às f. 418-433.

O magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido.

Irresignadas, ambas as partes recorrem.

Do recurso de apelação interposto por Janaina Gondim da Silva

Alega que o dano moral deve ser majorado, consoante os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mormente porque se trata de morte de recém-nascido por erro médico.

Defende que os juros de mora dos danos morais devem incidir a partir do evento danos, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Argumenta que a requerida deve ser condenada ao pagamento dos danos materiais (pensão alimentícia) em parcela única, pois certamente o seu filho, caso estivesse vivo, lhe ajudaria financeiramente. E mais, o STJ possui entendimento de que é devida indenização por danos materiais aos pais de família de baixa renda em decorrência da more de filho menor.

Prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Do recurso de apelação interposto por Associação Beneficente de Campo Grande

Reverbera que não há falar em ato ilícito, pois o mal que acometeu a recém-nascida era extremamente grave, de modo que mesmo que a apelada tivesse levado a sua filha para outro hospital, o resultado seria o mesmo.

Explica que todos os procedimentos adotados pela apelante foram corretos. E mais, a apelada demorou para levar sua filha ao nosocômio.

Explica que o *quantum* indenizatório deve ser reduzido, pois desproporcional.

Requer a concessão da justiça gratuita.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Passo à análise conjunta dos recursos.

Como cediço, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o hospital possui responsabilidade objetiva e solidária por erro ocorrido com culpa de médico integrante de seu corpo clínico, adotando o disposto no art. 932 do Código Civil, estendendo esta interpretação aos que nele prestam serviços, ainda que sem vínculo empregatício, por considerar a existência de relação estreita de preposição. Também é objetiva a responsabilidade do hospital por qualquer falha na limpeza, equipamentos e enfermagem, como ocorre em caso de infecção hospitalar.

Esta é a redação da norma em comento:

> *"Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:*
>
> *(...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...)."*

De outra feita, com fulcro no art. 14, § 4º, do Código do Consumidor, aquela Corte atribui responsabilidade subjetiva ao hospital quando o erro médico é causado por profissional que apenas trabalha em suas dependências por contrato, alugando sala de cirurgia e leitos para internação, tendo obrigação de indenizar apenas se concorrer com culpa na falha deste.

> *"Art. 14. (...) § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."*

Neste sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ERRO DE MÉDICO – RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL – DANO MORAL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ART. 535 DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2.* ***Consoante precedentes desta Corte, o hospital tem responsabilidade objetiva por erro de médico integrante de seu corpo clínico.*** *3. A reforma do julgado a respeito da configuração do dano*

moral e do valor arbitrado a título de indenização demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/ STJ. 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1450309/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03/09/2015, DJe 11/09/2015) – destaquei

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DO HOSPITAL. 1. É subjetiva a responsabilidade dos hospitais pelos danos causados por profissionais que nele atuam sem qualquer vínculo de emprego ou subordinação, ***porém havendo cadeia de fornecimento para a realização de determinado serviço nasce a responsabilidade solidária daqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço, como é o caso dos autos.*** *Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 457.611/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 06/02/2015) – destaquei

Destarte, havendo culpa do profissional, o hospital responderá independentemente de sua própria culpa se este lhe for subordinado ou atuar como preposto (corpo clínico), sem prejuízo de eventual ação regressiva. Se não houver qualquer vínculo entre o médico que errou e o hospital, este último só será responsável se também agir com culpa.

No caso vertente, a causa de pedir da autora reside na suposta negligência do médico do réu que, segundo a exordial, fora omisso no atendimento realizado. Assim, caso fique comprovada a falha na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre ambos, a requerida fica obrigada a reparar eventuais danos causados à autora.

Compulsando os documentos juntados, o laudo pericial e também a sentença recorrida, vejo que os fatos se deram na seguinte ordem cronológica:

"(...) em 23.06.2010 a menor fora levada pela sua genitora ao hospital demandado (f. 37), pois apresentava febre, diarréia e vômitos, ocasião em que fora diagnosticada com 'pneumonia aspirativa' (f.32). Diante desta patologia, permaneceu em tratamento médico (internada) por cerca de 04 dias, quando em razão da melhora clínica teve alta médica, com prescrição de medicamentos e orientações.

(...) na data de 30.07.2010, às 18hrs:18min, a infante retornou ao nosocômio réu, com queixa de tosse seca, febre, vômito e diarréia (f. 40 vº), tendo, na oportunidade, submetido-se a leucograma que constatou 20,7 mil leucócitios (f. 41), quando o adequado seria de no máximo 17 mil e quinhentos leucócitos, o que sugeria um quadro infeccioso em atividade (reposta aos quesitos, f. 422). Além do mais, constou da ficha de atendimento o diagnóstico 'Ivas, infecção secundária' (f. 40). Apesar disso, a criança teve alta às 07hrs:00min, do dia seguinte, 31.07.2010, por suposta melhora clínica (f. 40 'verso), devendo tal horário ser considerado pelo Juízo – ainda que as partes informem outro -, pois embasado em documento médico (f. 40 'verso).

(...) no dia, então, seguinte (01.08.2010), restou incontroverso que a criança retornou ao hospital requerido às 17hrs:00min com hipertonia cervical, febre e taquipneia, com posterior evolução para parada cardíaca, convulsão e hemorragia pulmonar. Diante da gravidade do seu quadro clínico, fora solicitado às 21hrs:15min vaga ao CTI do Hospital Regional (f. 48), tendo a menor sido transferida ao Hospital Regional às 00hrs:50min do dia 02.08.2010 (f. 56), vindo a óbito às 05hrs:30min do mesmo dia por 'insuficiência respiratória aguda pneumotórax pneumonia' (f. 63)." – f. 428-429 do laudo pericial e f. 488-489 da sentença.

Conforme se constata das provas, o óbito da criança recém-nascida deu-se em decorrência da falha na prestação do serviço médico, porquanto diante da gravidade do quadro clínico apresentado pela infante era recomendável que ela permanecesse em regime hospitalar à época da internação do dia 30/07/2010, de modo que a alta no dia seguinte (31/07/2010) se relevou precipitada e inadequada, pois a criança fora submetida a tratamento por 'antibiotecoterapia' por menos de 12 horas.

E mais, concluiu o perito que a conduta adotada pelo médico foi contrário ao que determina o protocolo de tratamento de pneumonia, vejamos a conclusão do laudo:

> *"(...) Em conclusão, diante do quadro grave e repetido de pneumonias, resultados dos exames clínicos e laboratoriais que mostraram agravamento progressivo do estado clínico da criança, concluímos que houve tratamento pouco eficaz e por pouco tempo no que se refere à internação do dia 30 de julho, com alta precoce no dia 31, em menos de 12 horas de antibioticoterapia, mesmo que justifica por uma melhora clínica registrada no prontuário médico, sendo o quadro greve como o descrito na véspera determinante para a manutenção do tratamento em regime hospitalar, não sendo atendido o que determina o protocolo de tratamento de pneumonia acima apresentado."* (f. 432)

Destarte, não há dúvidas de que o médico que atendeu à vítima agiu com negligência no atendimento.

Noutro giro, ainda que a requerida defenda que todos os procedimentos adotados foram corretos e/ou que a autora demorou para levar sua filha ao nosocômio, ficou demonstrado pelo laudo pericial que o tratamento dispensado à criança foi pouco eficaz, além da mesma ter recebido alta precocemente, quando na verdade deveria ter permanecido em regime hospitalar.

Como bem fundamentou o julgador *a quo*:

> *"(...) Nessa perspectiva, é indelével que o médico do réu não seguiu o protocolo de tratamento conveniente a patologia apresentada pela menor (pneumonia), o que aponta para a ocorrência de falta de cautela e cuidado na condução do quadro clínico da filha da requerente, apta a ensejar a reparação pretendida, pois tal comportamento impediu o acompanhamento e tratamento da menor em local hospitalar propício podendo ter agravado seu quadro e consequências."*

Logo, a partir do contexto fático-probatório dos autos, existindo conduta negligente, imperita ou imprudente por parte do médico e/ou do hospital requerido, a indenização postulada é medida que se impõe, razão pela qual deve ser mantida a sentença.

No mesmo sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO NO ATENDIMENTO MÉDICO – PROBLEMAS PÓS-OPERATÓRIOS – EQUIPE DE HOSPITAL PARTICULAR – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO APONTANDO A FALHA OCORRIDA NOS ATENDIMENTOS – RISCO DE MORTE – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EVIDENCIADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO – DANO MORAL IN RE IPSA – QUANTUM QUE SE MAJORA PARA R$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), EM CONSONÂNCIA COM OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, ALÉM DOS PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA – DIREITO A UMA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE DE QUALIDADE – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SENTENÇA QUE SE REFORMA EM PARTE – Desprovimento do recurso do réu, eis que manifestamente improcedente, e parcial provimento ao recurso adesivo da autora."* (TJRJ; APL 0012011-48.2006.8.19.0066; Volta Redonda; Vigésima Sétima Câmara Cível; Rel. Des Antonio Carlos dos Santos Bitencourt; DORJ 11/04/2019; Pág. 673)

Quantum indenizatório

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, tem-se que seu objetivo é compensar o dano experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

> *"(...) Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo retido."*

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA – AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA – MÉRITO RECURSAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ART. 14 DO CDC – DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO IN RE IPSA – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *(...)* ***Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.****"* (Apelação nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013). (grifei)
>
> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO – CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA. (...) II) O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para o fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Indenização por danos morais mantida."* (Agravo Regimental nº 0000921-23.2009.8.12.0037/50001, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 26 de março de 2013).

Aplicando-se esses parâmetros ao caso concreto, mostra-se adequado e apropriado com as finalidades punitivas e compensatória da indenização a redução dos danos morais para o montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pois o valor há de ser suficiente, não somente para recompor os transtornos causados ao requerente, como também desestimular a reincidência.

Logo, merece reforma a sentença nesse capítulo.

No que tange aos juros de mora dos danos morais, defende a autora que devem incidir a partir do evento danos, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Com razão.

Isso porque, em se tratando de condenação em danos morais decorrente de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem fluir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54, do STJ), *verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HOSPITAL PÚBLICO – ERRO MÉDICO DURANTE O PARTO, QUE CAUSOU SEQUELAS PERMANENTES EM RECÉMNASCIDO – PARALISIA CEREBRAL TETRAPLÉGICA MISTA, ACOMPANHADA DE RETARDO MENTAL E EPILEPSIA – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM VALOR IRRISÓRIO – MAJORAÇÃO – EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA, NO CASO – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DATA DA FIXAÇÃO – SÚMULA 362/STJ – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54/STJ – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*
>
> *(...) VI. Quanto à correção monetária e aos juros moratórios, devem ser mantidos os critérios fixados pelo Tribunal de origem, que, em conformidade com a jurisprudência desta Corte, determinou que os juros de mora incidam a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ) e a correção monetária, referente à indenização por danos morais, a partir do arbitramento (Súmula 362/STJ). Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.060.027/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 06/06/2017; AgRg nos EDcl no AREsp 551.162/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 18/08/2015; REsp 502.536/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 25/05/2009. VII. Agravo interno improvido."* (AgInt no AREsp 1094566/DF, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017).

Logo, merece reforma a sentença nessa parte.

No tocante aos danos materiais, defende a autora que acaso sua filha estivesse viva, certamente lhe ajudaria financeiramente, de forma que a requerida deve ser condenada ao pagamento de pensão mensal em parcela única.

Sem razão.

Isso porque, embora a autora alegue que sua família seja de baixa renda, na qual se admite uma presunção de contribuição do filho para a renda familiar, não se pode presumir que a autora/genitora fosse depender economicamente da vítima, de modo que a pensão não pode ser fixada sobre condição futura e incerta.

Ainda que a autora cite a Súmula 491 do STF (*"É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça atividade remunerada".),* tal fato não acarreta na procedência do pedido, porquanto é cediço que referido entendimento vem sendo mitigado, conforme explica Sérgio Cavalieri:

> *"(...)* ***falar em valor econômico potencial, dano patrimonial indireto, expectativa de alimentos, e outras alegações semelhantes para justificar um eventual dano patrimonial, é, data vênia, um sofisma, um verdadeiro exercício de futurologia, sem qualquer amparo jurídico.*** *Na realidade, o que se estava indenizando era o dano moral, isto é, a dor, o sofrimento dos pais pela morte do filho menor, muito embora com o nome ou sob o título de dano material, isto é, a dor e sofrimento dos pais pela morte do filho menor, muito embora com o nome ou sob o título de dano material."* (Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., Editora Atlas S.A, 2007, p. 95)" (com negrito e sublinhado meus) - grifei

Nesse sentido:

> *"(...) O montante buscado em razão da brusca redução de renda familiar advinda com o falecimento da vítima demandaria prova de que ela de fato contribuía para o sustento da família e o valor de sua renda, o que não consta nos autos. É defeso no ordenamento jurídico fixar lucros cessantes com base em prejuízo hipotético (...)"* (TJ-DF 20090111038205 DF 0046734-25.2009.8.07.0001, Relator: Flavio Rostirola, Data de Julgamento: 24/01/2018, 3ª Turma Cível)

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão

somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Por essa razão que Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, em seu livro A técnica de elaboração da sentença civil, 2ª edição, São Paulo, 1997, sustenta que *"a sentença não é parecer e por essa razão, o juiz não está obrigado a manifestar artigo por artigo da lei"*.

Aliás, esta Corte tem decidido que:

> *"EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO – CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO – MORA – NÃO AFASTADA – MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL – EMBARGOS REJEITADOS. A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza"* (Embargos de Declaração nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013).
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER – EMBARGOS REJEITADOS"* (Embargos de Declaração nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013).

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto pela Associação Beneficente de Campo Grande e dou-lhe parcial provimento tão somente para reduzir os danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Por sua vez, quanto ao recurso da autora, conheço-o e dou-lhe parcial provimento, a fim de determinar que os juros de mora incidam a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Defiro à requerida os benefícios da justiça gratuita.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2° vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Bertelli), após o relator e o 2º vogal darem parcial provimento aos recursos.

VOTO (EM 18/06/2019)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1° vogal)

Peço a vênia para divergir do Relator quanto à diminuição do valor fixado, a título de danos morais, para cinquenta mil reais.

A adequada fixação deve observar a gravidade da conduta ilícita, a extensão dos danos, a capacidade econômica do ofensor e da ofendida, e o caráter pedagógico da condenação.

Na hipótese, deve-se atentar à gravidade da situação e aos danos sofridos pela mãe, diante do falecimento de um filho. A criança havia apresentado quadro grave e progressivo de pneumonias, sendo que o tratamento conferido pela parte ré foi pouco eficaz, tendo ocorrido alta precoce, o que foi determinante para a fatalidade.

Nessas circunstâncias, tendo em vista a proibição do enriquecimento sem causa, o grau de culpa, a extensão dos danos causados à ofendida diante da morte de recém-nascido, bem como o caráter pedagógico da condenação, o valor da indenização deve ser mantido em R$ 60.000,00.

Sendo assim, voto por negar provimento a ambos os recursos.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3° vogal)

Acompanho o voto do Relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 18 de junho de 2019.

***

Órgão Especial
Des. Eduardo Machado Rocha
Direta de Inconstitucionalidade nº 1406065-55.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE TORNA OBRIGATÓRIA A INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE MONITORAMENTO DE SEGURANÇA NAS CRECHES E ESCOLAS PÚBLICAS MUNICIPAIS – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VÍCIO DE INICIATIVA – SUSPENSÃO DO ATO NORMATIVO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA CAUTELAR – INDEFERIMENTO DA MEDIDA.

A concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade deve estar amparada na plausibilidade do direito material invocado (*fumus boni iuris*) e no perigo da demora (*periculum in mora*). Ausente um dos requisitos, o indeferimento do pedido cautelar é medida que se impõe.

Ao menos em sede de cognição sumária, a Lei Municipal nº 2.069/2018, que dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas creches e escolas públicas municipais de Rio Brilhante/MS, não versou sobre as matérias dispostas nos artigos 61, II, "b", da CF/88 e/ou 160, I, II e III, da Constituição Estadual – cuja iniciativa compete ao Chefe do Executivo -, motivo pelo qual não há falar em suspensão do ato normativo.

Consoante Tema 917 do STF:

"(...) Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal".

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de agosto de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

O Prefeito do Município de Rio Brilhante ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Câmara de Vereadores de Rio Brilhante, arguindo a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.069/2018, que dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas creches e escolas públicas municipais.

Alega que o ato normativo padece de vício formal de iniciativa, pois o legislativo disciplinou matéria privativa do Chefe do Executivo Municipal, violando assim o art. 61, II, "b", da CF/88, art. 160, I, II e III, da Constituição Estadual, bem como o art. 46, IV, da Lei Orgânica Municipal.

Argumenta que o art. 61, II, "b", da CF/88 é exaustivo, pois não comporta nenhuma exceção.

Relata que o processo legislativo além de invadir competência do Chefe do Poder Executivo, violou o princípio da independência e harmonia dos poderes.

Requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia e aplicabilidade da Lei Municipal nº 2.069/2018.

Regulamente intimada, a Câmara Municipal deixou transcorrer in albis o prazo. (f. 726)

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do pedido de concessão da medida cautelar.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

O Prefeito do Município de Rio Brilhante ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Câmara de Vereadores de Rio Brilhante, arguindo a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.069/2018, que dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas creches e escolas públicas municipais.

Alega que o ato normativo padece de vício formal de iniciativa, pois o legislativo disciplinou matéria privativa do Chefe do Executivo Municipal, violando assim o art. 61, II, "b", da CF/88, art. 160, I, II e III, da Constituição Estadual, bem como o art. 46, IV, da Lei Orgânica Municipal.

Argumenta que o art. 61, II, "b", da CF/88 é exaustivo, pois não comporta nenhuma exceção.

Relata que o processo legislativo além de invadir competência do Chefe do Poder Executivo, violou o princípio da independência e harmonia dos poderes.

Requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia e aplicabilidade da Lei Municipal nº 2.069/2018.

Regulamente intimada, a Câmara Municipal deixou transcorrer *in albis* o prazo. (f. 726)

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do pedido de concessão da medida cautelar.

Como cediço, a suspensão cautelar da norma exige a indispensável demonstração da simultânea presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conforme lição de Clémerson Merlin Clève1:

> *"O STF define a medida cautelar como providência excepcional, devendo a excepcionalidade da medida ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão. Afinal, os atos estatais gozam de presunção juris tantum de legitimidade (rectius, constitucionalidade).*
>
> *Exige o STF, para a concessão da medida cautelar, a satisfação simultânea de certos requisitos, que se expressam, (a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (fumus boni iuris), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (periculum in mora), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão."* (A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 234-236)

E ainda, no que toca à concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, a doutrina pátria entende ser medida extrema, pois há presunção juris tantum da constitucionalidade da legislação, conforme esclarece Alexandre de Moraes:

> *"(...) O art. 102, I, p, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais, pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, 'segundo axioma incontroverso, a lei se presume inconstitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário."* (Direito Constitucional, 24.ª edição, p. 747)

E mais, consoante art. 517 do Regimento Interno desta Corte, a medida cautelar deverá ser examinada pelo Colegiado, nos seguintes moldes:

> *"Art. 517. **A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial**, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias.*
>
> *§ 1º Em caso de urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, cujo julgamento será feito independentemente de pauta.*
>
> *§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e a Procuradoria-Geral de Justiça, no prazo de três dias.*
>
> *§ 3º No feriado forense, caberá ao Presidente do Tribunal de Justiça ou seu substituto apreciar o pedido de liminar, redistribuindo-se a ação, posteriormente; concedida a liminar pelo Presidente ou seu substituto, a decisão será submetida à deliberação do colegiado para ratificá-la ou revogá-la.*
>
> *§ 4º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada a sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato.*
>
> *§ 5º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva lhe conceder eficácia retroativa."* - destaquei

No caso, não constato os pressupostos autorizadores da pretendida medida.

A Lei Municipal nº 2.069/2018, que dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas creches e escolas públicas municipais, contém a seguinte redação:

> *"Art. 1º Esta Lei torna obrigatória a instalação de câmeras de filmagem nas creches e escolas públicas localizadas no Município de Rio Brilhante/MS.*
>
> *Parágrafo único. A instalação de equipamento considerará proporcionalmente o número de alunos e funcionários existentes na unidade escolar, bem como, as suas características territoriais e dimensões, respeitando as normas técnicas exigidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.*
>
> *Art. 2º As câmeras mencionadas nesta Lei serão instaladas na entrada do estabelecimento, pátios de convivência comum e dentro das salas de aula.*
>
> *Parágrafo único. O equipamento apresentará recurso de gravação, devendo as imagens obtidas serem armazenadas por um período mínimo de dois meses.*
>
> *Art. 3º Esta Lei entre em vigor no primeiro dia do exercício seguintes ao de sua publicação."*

Como se constata, o ato atacado torna obrigatória a instalação de câmeras de filmagem nas creches e escolas públicas localizadas no Município de Rio Brilhante/MS.

Contudo, referida legislação, ao menos nessa fase preliminar, não invade competência do Chefe do Poder Executivo como alega o requerente, tampouco viola o art. 46, da Lei Orgânica Municipal, porquanto não trata da estrutura da Administração ou da atribuição de seus órgãos.

Vale salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal, através da repercussão geral reconhecida, decidiu que:

> *"(...) Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal"* (tema 917).

Assim constou na ementa:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – REPERCUSSÃO GERAL. 2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL – LEI 5.616/2013, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE MONITORAMENTO EM ESCOLAS E CERCANIAS. 3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL – NÃO OCORRÊNCIA – NÃO USURPA A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LEI QUE, EMBORA CRIE DESPESA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NÃO TRATA DA SUA ESTRUTURA OU DA ATRIBUIÇÃO DE SEUS ÓRGÃOS NEM DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS. 4. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA COM REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO."* (ARE 878911 RG, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/09/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-217 Divulg 10-10-2016 Public 11-10-2016)

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL PREVENDO A REALIZAÇÃO DE DESPESAS – PERIGO DA DEMORA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO – PRETENSÃO INICIAL CONTRARIANDO ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA NO TEMA 917 DOS RECURSOS JULGADOS COM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF – INDEFERIMENTO DA MEDIDA.*
>
> *A concessão de medida cautelar em ação de direta de inconstitucionalidade pressupõe, a exemplo das demais medidas cautelares, demonstração da fumaça do bom direito e o perigo da demora.*
>
> *2. Suficientemente demonstrado perigo da demora, tendo em vista a estipulação de prazo para realização das despesas.*
>
> *3. Ausente, contudo, a fumaça do bom direito, tendo em vista a orientação sedimentada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal" (tema 917).*
>
> *4. Ausentes qualquer dos requisitos legais, impõe-se o indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar."* (TJMS. Direta de Inconstitucionalidade nº 1402937-27.2019.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 16/05/2019, p: 20/05/2019)

Destarte, nesse momento, não vislumbro o alegado vício de forma, porquanto a lei impugnada não versa sobre nenhuma das matérias dispostas no art. 46, da Lei Orgânica Municipal, não se fazendo presente o requisito do *fumus boni iuris*.

Pelo exposto e com o parecer, indefiro a concessão da cautelar.

Notifique-se a Câmara Municipal de Rio Brilhante, na pessoa de seu Presidente, para que se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias (RITJMS, art. 519, *caput*; Lei nº 9.868/99, art. 6º, *caput*, e parágrafo único).

Após, colham-se o parecer ministerial no prazo de quinze dias. (art. 522 RITJMS)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, indeferiram a cautelar, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran, 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. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 14 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0802002-89.2018.8.12.0026 - Bataguassu

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRESCRIÇÃO – REPARAÇÃO DE DANOS INDIVIDUAIS PROVOCADOS POR DANO AMBIENTAL – INAPLICABILIDADE DA TESE DE IMPRESCRITIBILIDADE – ARTIGO 206, § 3º, INCISO V, DO CC/2002 – TERMO INICIAL – TEORIA DA *ACTIO NATA* – ARTIGO 189, DO CC/2002 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A respeito da prescrição, a reparação de dano ambiental coletivo é imprescritível, justamente por cuidar do direito fundamental à vida e à saúde. Em contrapartida, a imprescritibilidade não alcança os danos individuais decorrentes do dano ambiental; estes sim estão sujeitos à prescrição.

Segundo a teoria da *actio nata* adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, o termo inicial da prescrição é o momento do nascimento da pretensão, assim considerado o exato tempo em que se torna possível o exercício do direito de ação em juízo.

Os danos materiais e morais pretendidos na lide são conhecidos desde a ocorrência do desastre ambiental em novembro/2009, mormente porque desde aquele momento ocorreu a diminuição considerável e perceptível na quantidade de pescado no Rio Paraná, não havendo que se falar em suspensão ou interrupção do curso do prazo prescricional.

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, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Jair Maruchi, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais (Feito nº 0802002-89.2018.8.12.0026, da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu/MS) ajuizada em face de Cesp - Companhia Energética de São Paulo, que reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão autoral, interpôs apelação cível (f. 1905-1909).

Afirmou que no final do ano passado tomou conhecimento de que havia um laudo que responsabilizava a empresa apelada pela enorme mortandade de peixes do rio Paraná, que prejudicou a classe ribeirinha.

Referiu que o citado laudo registra o evento danoso como ocorrido no ano de 2009, bem como seu responsável,

> *"(...) fato, que deu oportunidade para que os pescadores entendessem o motivo pelo qual houve a diminuição da pesca no rio, e, por consequência natural e lógica, sofreram os danos, passaram necessidades, e, até hoje sofrem dados em decorrência destes fatos* (sic. f. 1914-1915)."

Dispôs, assim, que deve ser afastada a alegada prescrição da pretensão autoral, devendo-se ser computado como termo inicial da contagem do prazo prescricional como o dia seguinte à apresentação do laudo acima referido – janeiro de 2016.

Alegou que não existem indícios de que o apelante tenha tido ciência do fato em data anterior, para que seja possível o início da contagem do prazo prescricional, considerando não haver a possibilidade de ciência da lesão, do responsável e do dano.

Expôs que, como seu conhecimento do fato deu-se no final do ano de 2018, esta data deve ser considerada como termo inicial da contagem do prazo prescricional.

Destacou que fora julgado recurso de apelação interposto pela Confederação Nacional dos Pescadores e Agricultores, em que se pleiteia a indenização coletiva pelos danos causados pelos mesmos atos ilícitos do presente caso (Feito nº 0803414-70.2018.8.12.0021), cujo julgamento deu-se em 14/05/2019, afastando-se a alegada prescrição.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja afastada a prescrição alegada, devolvendo-se os autos ao juízo de primeira instância para o regular processamento da ação.

A CESP apresentou resposta ao recurso (f. 1942-1956) e pugnou pelo seu não provimento.

VOTO (10/09/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jair Maruchi, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de indenização (Feito nº 0802002-89.2018.8.12.0026, da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu/MS) ajuizada em face de Cesp - Companhia Energética de São Paulo, que reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão autoral, objetivando a reforma do *decisum*.

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, que objetivam a insubsistência da sentença que reconheceu a prescrição da pretensão autoral.

Mérito recursal – prescrição

Extrai-se dos autos que, segundo narrativa da parte autora, em 10/11/2009, ocorreu um blecaute na Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias, decorrente da falta de energia elétrica, ocasionando a redução de vazão de água no local, com o consequente aprisionamento de peixes em ilhas micrófitas (plantas aquáticas), que ocasionou a mortandade de toneladas de peixes.

Declinou-se que, como se trata de pescador profissional, a comprovação dos danos e sua extensão somente foram conhecidos em 15/01/2016, com a confecção de laudo pericial, razão por que pleiteou a condenação da empresa demandada ao pagamento de indenização a título de dano material e moral.

Após a apresentação de contestação (f. 1012-1052), o juízo *a quo* proferiu a sentença recorrida e acolheu a prejudicial de prescrição arguida pela empresa demandada (f. 1905-1909).

Inconformada, a parte demandante interpôs o presente recurso, em que afirmou que deve ser afastada a prescrição da pretensão da parte autora.

Assiste razão à parte autora, porquanto evidenciado que o prazo prescricional aplicável ao caso não se coaduna com aquele considerado pelo juízo sentenciante.

Na hipótese, a pretensão autoral envolve danos individuais decorrentes de dano ambiental.

Para o STJ:

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

Desta forma, em que pese a pretensão para reparação de dano ambiental seja imprescritível, quando eventuais danos individuais forem decorrentes daquele dano ambiental, estes sujeitam-se à prescrição, a contar da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo.

Neste sentido, confira-se a orientação da Corte Superior sobre o tema:

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E AMBIENTAL – CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE – AUSÊNCIA – PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU CONGRUÊNCIA – INTERPRETAÇÃO AMPLA DA INICIAL – POSSIBILIDADE – DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – CIÊNCIA INEQUÍVOCA – PRECEDENTES – AÇÃO COLETIVA – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS – POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 07/12/2012. Recurso especial interposto em 05/02/2014 e atribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. Inviável o reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC/73 quando não verificada no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade apontadas pelos recorrentes. 3. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.* ***4. O dano ambiental pode ocorrer na de forma difusa, coletiva e individual homogêneo este, na verdade, trata-se do dano ambiental particular ou dano por intermédio do meio ambiente ou dano em ricochete. 5. Prescrição: perda da pretensão de exigibilidade atribuída a um direito, em consequência de sua não utilização por um determinado período. 6. O termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização por dano ambiental suportado por particular conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. Precedentes.*** **(...)**" (REsp 1641167/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018) Destaquei.

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL – CONTAMINAÇÃO DO SOLO E DO LENÇOL FREÁTICO POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – SÚMULA Nº 7/STJ – NÃO CABIMENTO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA – PRECEDENTES. 1. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e o paradigma, o que não ocorreu no caso. 2. Inviável a incidência da Súmula nº 7/STJ a obstaculizar o conhecimento do recurso, visto que se trata, na espécie, tão somente de firmar posição sobre tese jurídica, isto é, qual o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Precedentes.* ***3. Não há como se presumir que, pelo simples fato de haver uma notificação pública da existência de um dano ecológico, a população tenha manifesto conhecimento de quais são os efeitos nocivos à saúde em decorrência da contaminação. 4. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo.*** *5. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte não provido, para dar prosseguimento ao processo."* (REsp 1346489/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 26/08/2013) Destaquei.

Portanto, considerando o que dispõe a teoria da *actio nata*, por se tratar de direito individual, segundo a qual, havendo violação do direito, o prazo para a prescrição começa a correr, em algumas hipóteses, a partir do momento em que o ofendido possua ciência do ato ilícito.

No caso, a parte autora tomou ciência da extensão do dano ambiental que sustenta a sua pretensão, com a realização de perícia nos autos da Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021, promovida pelo Ministério Público Estadual em face da Companhia Energética de São Paulo – CESP, que declinou na inicial, realizado em 15 de janeiro de 2016.

Até porque, na pendência de ação coletiva, não flui o prazo prescricional para a pretensão individual.

Sobre este pormenor, o STJ vem decidindo que o ajuizamento de ação coletiva interrompe o prazo prescricional à ação individual. Confira-se as seguintes ementas:

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E AMBIENTAL – CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE – AUSÊNCIA – PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO OU CONGRUÊNCIA – INTERPRETAÇÃO AMPLA DA INICIAL – POSSIBILIDADE – DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – CIÊNCIA INEQUÍVOCA – PRECEDENTES – AÇÃO COLETIVA – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS – POSSIBILIDADE. (...) 7.* ***O ajuizamento de ação versando interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para a apresentação de demanda judicial que verse interesse individual homogêneo.*** *8. Necessidade, na hipótese dos autos, da completa instrução processual. 9. Recurso especial conhecido e não provido."* (REsp 1641167/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018) Destaquei.

> *"ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO COLETIVA DE COBRANÇA EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AJUIZADA PELO SINDICATO DA CATEGORIA – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – CITAÇÃO VÁLIDA – INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL – OCORRÊNCIA – PRESCRIÇÃO – NÃO CONFIGURADA (...) 2.* ***Diante desse contexto, a citação válida no processo coletivo, ainda que este venha ser julgado extinto sem resolução do mérito em face da ilegitimidade do Substituto Processual, configura causa interruptiva do prazo prescricional para propositura da ação individual.*** *3. Recurso especial a que se nega provimento."* (REsp 1055419/AP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. em 06.09.2011) Destaquei.

Conclui-se, portanto, que o ajuizamento de ação coletiva causa sim a interrupção do prazo de prescrição para as demandas individuais, razão por que no caso dos autos, levando-se em conta o prévio ajuizamento de ação coletiva (Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021), promovida pelo Ministério Público Estadual em 12/08/2011, no qual foi realizado acordo extrajudicial entre as partes, em junho de 2018, permaneceu suspensa a pretensão da autora.

Logo, defeso falar-se em prescrição, vez que o ajuizamento de ação versando interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para o ajuizamento de demanda judicial que verse sobre interesse individual homogêneo.

Em casos análogos, confira-se precedentes deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – A****ÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL – BLECAUTE EM EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA – MORTE DE PEIXES – PREJUÍZOS AOS PESCADORES – DANO REFLEXO AO AMBIENTE – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – CIÊNCIA DO EXTENSÃO DO DANO – AJUIZAMANETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERRUPÇÃO DO PRAZO*** *– SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO."* (TJMS. Apelação Cível nº 0801951-78.2018.8.12.0026, Bataguassu, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 08/07/2019, p: 11/07/2019) Destaquei.

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA –* ***REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – BLECAUTE EM EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA – MORTE DE PEIXES – PREJUÍZOS AOS PESCADORES – DANO REFLEXO AO AMBIENTE – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – CIÊNCIA DO EXTENSÃO DO DANO – AJUIZMANETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERRUPÇÃO DO PRAZO*** *– SENTENÇA ANULADA – TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA – NÃO ANALISADA PELO MAGISTRADO A QUO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO."* (TJMS. Apelação Cível nº 0803414-70.2018.8.12.0021, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 30/05/2019, p: 03/06/2019) Destaquei.

Assim, prospera a pretensão recursal, a fim de que o julgado seja desconstituído, porque afastada a alegada prescrição da pretensão autoral, devolvendo-se os autos ao juízo de primeira instância para regular processamento e julgamento da demanda.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Jair Maruchi e dou-lhe provimento, para tornar insubsistente a sentença recorrida, com o fito de afastar a alegada prescrição da pretensão autoral e, por isso, determinar o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, para regular processamento da demanda.

Por ausência de substrato fático, deixo de aplicar o § 11 do art. 85 do vigente CPC.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Eduardo Machado Rocha), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (17/09/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º Vogal)

Jair Maruchi interpôs recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em desfavor de Cesp Companhia Energética de São Paulo, reconheceu a prescrição, extinguindo o feito nos termos do artigo 487, inciso II, do CPC/2015.

Compulsando os autos, verifiquei que a autora ajuizou a presente demanda afirmando ser pescadora profissional e que em 10.11.2009 ocorreu a morte de diversas espécies de peixes no Rio Paraná em decorrência de um blecaute que provocou a redução da vazão de água da Usina Hidrelétrica Engenheiro Souza Dias, operada pela requerida. Em razão de ter sido prejudicada pela diminuição do pescado, pediu a condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais.

O magistrado *a quo*, reconhecendo a prescrição da pretensão indenizatória, julgou extinto o processo com exame do mérito, nos moldes do artigo 487, inciso II, do CPC/2015.

A autora interpôs o presente recurso pretendendo o afastamento da prescrição.

Em seu voto, o i. Relator entendeu ser o caso de provimento do apelo para:

> *"(...) tornar insubsistente a sentença recorrida, com o fito de afastar a alegada prescrição da pretensão autora e, por isso, determinar o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, para regular processamento da demanda".*

No entanto, com a devida vênia do e. Desembargador Relator, entendo que o presente recurso merece ser desprovido.

Em primeiro lugar é imprescindível destacar que a reparação de danos pretendida na exordial decorre de dano ambiental, mas não versa especificamente sobre a tutela ambiental.

A respeito da prescrição, a reparação de dano ambiental coletivo é imprescritível, justamente por cuidar do direito fundamental à vida e à saúde. Em contrapartida, a imprescritibilidade não alcança os danos individuais decorrentes do dano ambiental. Estes sim estão sujeitos à prescrição. Neste sentido:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.*
>
> *(...)*
>
> *3. Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.*
>
> *4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.*
>
> *5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.*
>
> *6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.*
>
> *7.* ***Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação****.*
>
> *8.* ***O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental****.*
>
> *(...)*
>
> *11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido"* (REsp 1120117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009) – destacado.

No caso dos autos, a parte autora busca a reparação por danos materiais e morais individuais decorrentes do dano ambiental ocorrido em novembro/2009, razão pela qual incide o prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do CC/2002:

> *"Art. 206. Prescreve: (...) § 3.º Em três anos: (...) V – a pretensão de reparação civil; (...)".*

Quanto ao termo inicial para sua contagem, o ordenamento jurídico estabeleceu como regra a teoria da *actio nata*, ou seja, havendo violação do direito, o prazo prescricional começa a correr desde o momento em que é possível o exercício do direito de ação. Confira-se:

> *"Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".*

A respeito do assunto, Fabrício Zamprogna Matiello leciona que:

> *"A pretensão surgida com a violação do direito subjetivo não fica ad aeternum à espera de que o titular a exerça e faça valer o seu conteúdo. Se de um lado é importante que seja assegurado tal exercício a fim de evitar prejuízos ao indivíduo investido nos atributos da pretensão, de outro não se afigura produtivo admitir que essa prerrogativa persista intacta indefinidamente no tempo, sob pena de levar insegurança ao obrigado e desnecessária tutela a quel revela desinteresse através da inércia em que se mantém"* (Código Civil Comentado. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 152).

Frise-se, então, que o termo inicial da prescrição é o momento do nascimento da pretensão, assim considerado o exato tempo em que se torna possível exercício do direito de ação em juízo. Em geral, a pretensão nasce com a violação do direito a que se refere.

Não obstante alguns Tribunais venham relativizando a aplicação da teoria da *actio nata*, o caso em análise não permite que se postergue o início do curso da prescrição trienal.

Isto porque, os danos materiais e morais ora pleiteados são conhecidos desde a ocorrência do desastre ambiental ocorrido em novembro/2009, mormente porque desde aquele momento houve a diminuição considerável e perceptível na quantidade de pescado no Rio Paraná.

Tais argumentos são suficientes para refutar a alegação de que o prazo prescricional somente teria início na data da realização do laudo pericial na ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual em desfavor da ora requerida (Autos nº 0003954-98.2011.8.12.0021).

Aliás, restou muito bem destacado pelo magistrado sentenciante o fato de que:

> *"(...) seria um contrassenso admitir como marco inicial da prescrição o dia 15 de janeiro de 2016 – data em que o autor alega ter tomado ciência dos danos e do seu responsável -, mormente por apontar prejuízos materiais de grande monta (R$ 95.400,00), não sendo crível imaginar que somente após seis anos da pane elétrica percebeu a dimensão da lesão, até porque afirma na inicial ter havido uma diminuição significativa dos pescados".*

Nesse sentido, transcrevo julgado:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – PRAZO PRESCRICIONAL PARA COBRAR A REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA – TERMO INICIAL – CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DO FATO E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS PELO TITULAR DO DIREITO SUBJETIVO – TEORIA DA ACTIO NATA – INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. 1.* ***O termo inicial para o ajuizamento de ação em que se busca a reparação de danos tem como marco a ciência inequívoca pelo titular do direito subjetivo violado acerca da existência do fato e da extensão de suas consequências, conforme a teoria da actio nata****. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula nº 7/STJ). 3. Agravo interno a que se nega provimento".* (STJ; AgInt no REsp 1761518/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019) – destacado.

Finalmente, a despeito da parte autora pretender emplacar a tese de interrupção do prazo prescricional, invocando a aplicação do artigo 200, do CC/2002[1], fato é que referido dispositivo legal trata da prescrição em ação civil de reparação de danos decorrente de ilícito criminal, o que não corresponde ao caso dos autos.

Sendo assim, considerando que o dano ambiental ocorreu em novembro/2009 e que a ação somente foi ajuizada em novembro/2018, a manutenção da sentença que reconheceu a prescrição é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, divirjo do entendimento externado pelo Relator e voto no sentido de negar provimento ao recurso. Nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/2015 majoro em R$ 500,00 a verba honorária devida ao patrono da apelada, observada a regra do artigo 98, § 3º, do CPC/2015.

1 "Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva".

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação Cível nº 0801613-67.2014.8.12.0019 - Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – EVICÇÃO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – INOVAÇÃO RECURSAL – NÃO CONHECIDO – MÉRITO – EVICÇÃO – CARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Aquele que figurar no polo da demanda, seja ativo ou passivo, deve guardar relação com o direito pleiteado, analisada sob a perspectiva da teoria *statu assertionis*, adotada pelo STJ (REsp 88364/SP).

É defeso ao Tribunal conhecer de matérias não ventiladas anteriormente, ainda que versem sobre questão suscetível ao reconhecimento de ofício, sob pena de supressão de instância.

Tendo em vista que o comprador sofreu prejuízo pela perda do bem imóvel, em razão de processo anterior à transação firmada entre as partes, caracterizada está à evicção, devendo o alienante restituir o valor pago ao alienatário.

É irrelevante a existência ou não de culpa do alienante para que este seja obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade, nada impede que o adquirente busque o ressarcimento também com base na regra geral da responsabilidade civil contida nos arts. 159 e 1.059 do Código Civil (REsp 4836/SP).

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, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão proferida pelo MM Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, nos autos da ação de indenização c/c perdas e danos movida por Jandira Kades e Maria do Carmo dos Santos Silva.

Em síntese, alega que a autora ingressou com a presente demanda em face de Jandira Kades ao argumento de que adquiriu o imóvel matriculado sob o nº 25.155 no CRI local, descrito como Lote R, quadra 15 do loteamento Residencial Mooca em Ponta Porã, e que não havia sido reportado qualquer gravame, no entanto, foi surpreendida com uma notificação para desocupar o imóvel recebida em 20 e março de 2014, em razão do trânsito em julgado da sentença que imite na posse Maria Shinzuko Mukai Kanomata em demanda existente entre essa e o Banco do Brasil.

Em razão dos fatos acima, defende, preliminarmente, sua legitimidade passiva, vez que não é proprietário do imóvel em discussão, não tendo responsabilidade por dar baixa no gravame de bem hipotecado em seu favor, destacando inexistir nexo causal entre sua conduta e os danos alegados, devendo ser excluída da lide.

Também em preliminar, alega ausência de interesse de agir pelos seguintes fundamentos: (a) não possui qualquer vínculo com a apelada que firmou contrato com terceiro, também demandado, sem a sua participação; (b) não é possível a obtenção da outorga da escritura definitiva, pois não houve notificação prévia da primeira requerida a fim de comprovar sua recusa, sem o qual não há se falar em inadimplemento da obrigação, a teor do disposto no art. 397, do CC, não se fazendo presente o binômio necessidade e adequação, invocando, ainda, o art. 17, do CPC.

No mérito, apregoa: I – não possui qualquer responsabilidade relacionada ao evento danoso, já que não praticou qualquer ato contra a autora; II – eventual dano foi causado por fato exclusivo da vítima ou de terceiro, devendo ser reconhecida a excludente de responsabilidade; III – agiu no exercício regular do seu direito, razão pela qual não pode ser condenado nos ônus da sucumbência.

Prequestiona os dispositivos legais citados e pede o provimento do recurso, para julgar improcedente o pedido inicial.

Em contrarrazões Janira Kade (f. 439-447) e Maria do Carmo dos Santos Silva (f. 448-455) rebatem os argumentos do apelante e pedem o desprovimento recursal.

O apelante, intimado para se manifestar a respeito de possível não conhecimento de parte do seu recurso, defendeu que as condições da ação e as matérias de ordem pública não se sujeitam ao instituto da preclusão, razão pela qual a tese de ilegitimidade pode ser apreciada a qualquer tempo.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã nos autos da ação de indenização c/c perdas e danos movida por Jandira Kades e Maria do Carmo dos Santos Silva.

Ab initio, esclareço que a demanda foi proposta por Maria do Carmo dos Santos Silva ao argumento de que suportou prejuízos decorrentes da evicção sobre o imóvel de matrícula nº 25.155 do CRI local, descrito como Lote Letra "R", quadra 15, Bairro Residencial Mooca adquirido em 2006 da requerida Jandira Kades.

Citada, a requerida denunciou à lide o Banco do Brasil (f. 45-55), já que arrematou o imóvel ainda no ano de 1999, nos Autos Executivos nº 0030034-33.1996.8.12.0019, onde figurava como exequente e tinha como executada Maria Shizuko Mukai Kanomata.

O Banco do Brasil, por sua vez, apresentou contestação (f. 206-229) arguindo sua ilegitimidade passiva e a ausência de interesse processual, permeando argumentos sobre excludente de responsabilidade pela evicção.

Sobreveio a sentença de f. 343-350 que rechaçou as prefaciais arguidas pelo Banco do Brasil S.A e reconheceu sua responsabilidade pelos danos suportados pela autora, o condenando ao pagamento de indenização material no valor de R$ 260.000,00.

Colhe-se daquele *decisum:*

> *"Pois bem. Verifica-se que o banco adquiriu o imóvel matriculado sob o nº 25.155 do CRI local, descrito como Lote Letra "R", quadra 15, Bairro Residencial Mooca, no ano de 1998, por meio de arrematação ocorrida nos autos executivos nº 0030034-33.1996.8.12.0019, onde figurava como exequente e tinha como executada Maria Shizuko Mukai Kanomata. Após*

arrematar o bem, vendeu-lhe a Sra. Jandira Kades, ora requerida, no ano de 1.999, essa por sua vez alienou o bem a requerente e ao seu cônjuge, no ano de 2006. Contudo, nos autos executivos verificou-se que o título que embasava a execução era inexequível, o que acarretou a nulidade de todos os atos praticados no processo de execução, atingindo também a arrematação do imóvel acima descrito.

Afere-se no presente caso a ocorrência de evicção (art. 447, CC), ou seja, a perda pela requerente da posse/domínio do imóvel, reconhecendo direito anterior de um terceiro (evictor) por meio de decisão judicial, sendo que tal instituto independe da boa-fé.

(...)

Isso posto, julgo procedente o pedido contido na inicial para condenar o Banco do Brasil S/A a pagar à autora indenização por dano material no valor de R$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais), atualizado pelo índice IGPM desde 04/04/2014 (data do laudo) e com juros de 1% ao mês desde a citação.

Condeno a demandada no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, com base no art. 85, § 2º do Código de Processo Civil, considerando o trabalho realizado pelo procurador do demandante e o tempo despendido.

Considerando que reconhecida a responsabilidade do Banco do Brasil a ressarcir os danos causados pela evicção na integralidade, condeno-o também ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da ré Jandira Kades, no importe de 10% do valor da condenação, com base no art. 85, § 2º do Código de Processo Civil, considerando o trabalho realizado pelo procurador do demandante e o tempo despendido."

Insurge-se a instituição financeira demandada, reiterando em suas razões recursais, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, já que não é proprietário do imóvel em discussão, não tendo responsabilidade por dar baixa no gravame de bem hipotecado em seu favor, destacando inexistir nexo causal entre sua conduta e os danos alegados, devendo ser excluída da lide.

Legitimidade é condição da ação na qual se estabelece a pertinência subjetiva da demanda. Quer dizer que aquele que figurar no polo da demanda, seja ativo ou passivo, deve guardar relação com o direito pleiteado.

In casu, se busca a indenização pelos prejuízos decorrentes da evicção em virtude da nulidade de todos os atos praticados sob o imóvel, declarada em sentença de ação executiva promovida pelo banco recorrente em desfavor de Maria Shizuko Mukai Kanomata, o que inclui a arrematação e posteriores alienações do bem objeto do litígio.

Desta forma, sob a perspectiva da teoria *statu assertionis*, adotada pelo STJ (REsp 88364/SP), não há como afastar a legitimidade passiva do recorrente, posto que, seguindo a inteligência do Código Civil "*nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública*."

Desta feita, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva, passando a análise da defendida ausência de interesse de agir, pois não houve interpelação prévia que o constituísse em mora, como condição para propositura da demanda.

Ocorre que a tese defendida em suas razões recursais constituem inovação recursal posto que não foram expostas quando da contestação. Tanto que não houve enfrentamento do juízo de origem sobre a matéria.

Em que pese em primeiro grau fazer referência sobre ausência de interesse processual, não há fundamentos pela ausência de interpelação mas tão somente por argumentos que nada se relacionam ao fato - sobre ausência de ilegalidade e fundos em conta corrente para cobrir pagamento de cheque - tanto que o magistrado de origem assim decidiu:

"(...) Acerca da preliminar de falta de interesse de agir apontada pelo banco

requerido, verifica-se que os argumentos que fundamentam tal alegação estão embasados em fatos totalmente alheios aos autos. O requerido fala em culpa exclusiva da autora por devolução de cheque ante a falta de fundos em conta, quando o que se discute nestes autos é a responsabilidade sobre o prejuízo sofrido pela autora em decorrência da perda do imóvel acima mencionado.

Assim, inexistindo relação entre este feito e os fatos narrados pelo requerido em sede preliminar, rejeito a preliminar de falta de interesse de agir alegada".

Desta forma, sendo defeso ao Tribunal conhecer de matérias não ventiladas anteriormente, ainda que versem sobre questão suscetível ao reconhecimento de ofício, sob pena de supressão de instância, deixo de conhecer desta matéria.

Cumpre destacar que, no caso concreto, o Relator está dispensado da exigência de intimação do recorrente para, em cinco dias, sanar o vício determinante ao não conhecimento do recurso (art. 932, parágrafo único do NCPC[1]), haja vista estar-se diante de vício insanável.

A respeito da desnecessidade de prévia intimação em se tratando de vício insanável, já decidiu o STJ:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE.

1. A intempestividade é considerada vício grave, logo, insanável, motivo pelo qual é incabível a intimação da parte para sua regularização, tornando inaplicável a disposição do art. 932, parágrafo único, do CPC/15.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, a legislação processual (art. 557 do CPC/73, equivalente ao art. 932 do CPC/15, c/c com a Súmula 568 do STJ) permite ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível ou, ainda, aplicar a jurisprudência consolidada deste Tribunal. Ademais, a possibilidade de interposição de recurso ao órgão colegiado afasta qualquer alegação de ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes.

3. Razões do agravo interno que não impugnam especificamente os fundamentos invocados na decisão agravada, nos termos do artigo 1.021, § 1º, do CPC/15, a atrair a aplicação da Súmula 182/STJ.

4. Preliminares afastadas. Agravo interno não conhecido." (AgInt no AREsp 1316582/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 26/02/2019)

Dito isso, não conheço da prefacial.

Por sua vez, a alegação de que não possui qualquer vínculo com a apelada que firmou contrato com terceiro, também demandado, sem a sua participação, confunde-se com o próprio mérito da demanda, razão pela qual será com ele apreciada.

O banco apelante aduz ausência de responsabilidade diante da culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro, defendendo que não procedeu com irregularidades na alienação do imóvel.

No caso dos autos, da análise de todo o caderno probatório, é evidente e incontroversa a ocorrência de evicção. Isso porque, o litigio decorre dos Autos Executivos nº 0030034-33.1996.8.12.0019, no qual se verificou que o título que embasava a execução era inexequível, acarretando a nulidade de todos os atos praticados no processo de execução, alcançando a arrematação do imóvel acima descrito.

É princípio fundamental inerente ao direito de propriedade, que somente pode ser objeto de alienação o imóvel que pertença ao vendedor. Consiste a evicção, precisamente, na obrigação do alienante ou do cedente de indenizar o adquirente caso o imóvel vendido seja, realmente, de propriedade de terceiro.

1 Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Nesse sentido, estabelece o art. 447 do Código Civil, *verbatim:*

> *"(...) nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública".*

Ocorrendo a evicção, o adquirente ou evicto tem direito à restituição integral do preço pago para a compra do imóvel, valor este acrescido, se for o caso, da indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir, das despesas dos contratos e dos prejuízos que diretamente resultaram da evicção, além das custas judiciais (Código Civil, art. 450).

Como se vê, a evicção se traduz em uma garantia prevista em lei, a qual beneficia o adquirente nos contratos onerosos, responsabilizando o alienante pelos efeitos advindos da perda do bem por força de decisão judicial, que reconhece a titularidade da coisa em favor de terceiro.

As alegações de excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro não tem o condão de afastar o dever indenizatório decorrente da evicção, isso porque,

> *"(...) é irrelevante a existência ou não de culpa do alienante para que este seja obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade, nada impede que o adquirente busque o ressarcimento também com base na regra geral da responsabilidade civil contida nos arts. 159 e 1.059 do Código Civil"* (REsp 4836/SP).

Nesta esteira, as provas colacionadas aos autos não contemplam informações neste sentido notadamente porque a escritura pública (f. 32-38) obsta identificar que a época da alienação do banco apelante a Jandira Kades, sequer lhe foi dado da possibilidade da evicção em virtude da ação executiva.

Registra-se, por oportuno que, em que pese a legislação preveja o direito em se pleitear a indenização ao alienante direto (art.447 CC), o diploma processual civil admite a denunciação da lide "ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;" (art.125, I CPC)

Desta forma, sendo indubitável que a evicção discutida decorreu da sentença proferida na Ação Executiva nº 030034-33.1996.8.12.0019, em que figuram como partes Maria Shizuko Mukai Kanomata e Banco do Brasil S/A, e, que foi ele quem alienou o bem a Jandira Kades, nos termos da legislação, responde pela evicção.

Diante disso, considerando que a apelada sofreu a perda do imóvel, em razão de uma decisão emanada pelo Poder Judiciário, é certo que o alienante, ora apelante deve ser responsabilizados pela evicção, *ex vi* do art. 447 do Código Civil, transcrito alhures.

Registro que não houve insurgência sobre os valores da condenação, razão pela qual deixo de analisar.

Por outro lado, o apelante argumenta que não deu causa à propositura da ação, já que é parte ilegítima, pretendendo que seja afastada a condenação em verbas sucumbenciais.

Tanto em sentença quanto neste voto ficou delineado a legitimidade do banco apelante para ser demandado pela evicção.

Pelo princípio da sucumbência, o vencido será o responsável pelo pagamento das despesas que o vencedor antecipou e pelos honorários advocatícios.

Logo, o princípio da causalidade estabelece que aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração do incidente deve responder pelas despesas deles decorrentes.

A respeito, prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria De Andrade Nery:

> *"(...) Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda*

> *ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver resolução do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse decidida pelo mérito."* (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 13ª Ed. RT: São Paulo, 2013, p. 273).

Assim, mantenho os honorários da forma como estabelecido em sentença.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do decisum. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

De qualquer modo, para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Dessa feita, deixo registrado que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC.

Ex positis, conheço parcialmente do recurso interposto por Banco de Brasil S.A e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantenho incólume os termos sentenciados.

Com fulcro no § 11 do art. 85, do CPC, majoro os honorários sucumbenciais para 15% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

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. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação Cível nº 0803017-45.2017.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO PRENOME E GÊNERO – TRANSEXUAL – ADEQUAÇÃO À IDENTIDADE DE GÊNERO – CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES DO STF – RECURSO PROVIDO.

Não há falar em cerceamento de defesa, quando a prova que a parte pretendia produzir e que o Julgador singular indeferiu, não é útil à confirmação dos fatos alegados na inicial, nem seria apta a alterar o deslinde da demanda.

Com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, não se pode condicionar a alteração do gênero no assento de registro civil, à realização de um procedimento cirúrgico, porque assim estar-se-ia negando o direito da pessoa ao pleno exercício de sua afirmação pública.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF, por meio de voto do Ministro Marco Aurélio de Melo, em julgamento realizado no dia 01.03.2018, decidiu que:

"(...) Os transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil."

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com as ressalvas do voto do 1º vogal.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por J.W. de O., contra decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos de pedido de alteração de prenome e gênero de registro civil, que julgou parcialmente procedente o pedido, para o fim de deferir apenas a alteração do prenome da parte autora em seu assento de nascimento, para constar J.V. de O., indeferindo o pedido de retificação do gênero constante no registro civil.

Ratifico os termos do relatório de f. 109-111, acrescentando que o presente recurso retornou a esta Câmara, por determinação da Vice-Presidência desta Corte, tendo em vista que o acórdão proferido em 26.06.2018 está em desconformidade com o que ficou decidido no Recurso Extraordinário nº 670.422, na sistemática da Repercussão Geral, tratando-se pois de precedente com efeito vinculante.

Naquela ocasião, por maioria, vencido este Relator, esta Corte, seguindo voto divergente apresentado pelo 1º vogal Des. Marco André Nogueira Hanson, negou provimento ao recurso, entendendo ser cabível apenas a troca de nome, mas não de gênero, admitindo como exceção a troca de sexo quando existe prévia cirurgia de transgenitalização.

Diante disso e da possibilidade de retratação, inclua-se o recurso na pauta de julgamento.

VOTO (EM 09/07/2019)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por J.W. de O., contra decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos de pedido de alteração de prenome e gênero de registro civil, que julgou parcialmente procedente o pedido, para o fim de deferir apenas a alteração do prenome da parte autora em seu assento de nascimento, para constar J.V. de O., indeferindo o pedido de retificação do gênero constante no registro civil.

Alega, em síntese, que: a sentença é nula por cerceamento de defesa, uma vez que foi requerida pelo recorrente produção de provas, especialmente a avaliação psicológica e oitiva de testemunhas, a fim de evidenciar a transexualidade do apelante, mas o pleito não foi considerado pelo julgador singular, o que determina a nulidade da decisão atacada; no mérito alega que o pedido do apelante relaciona-se com a preservação da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a posição de vulnerabilidade dele na prática de atos comuns da vida cotidiana, quando tem que expedir ou apresentar documentos de identificação pessoal, já que se apresenta como pessoa do sexo feminino; não há como exigir que o apelante se submeta a procedimento cirúrgico para só então ser reconhecido o seu direito à mudança de gênero no seu registro civil, tendo em vista que o gênero é elemento morfológico composto por fatores psicológicos, culturais e familiares, não se restringindo a simples aspecto anatômico sexual; ressalta que se apresenta como mulher, veste roupas femininas, tem corpo com contornos femininos e é reconhecido socialmente desse modo, conforme documentos apresentados nos autos, desse modo, a autorização judicial para modificação de gênero indicado no registro de nascimento do recorrente é medida de justiça e tem natureza de proteção de minoria, que deve prevalecer sobre o princípio da imutabilidade registral;

Diante de todos esses argumentos, pede o provimento do recurso para que seja deferido o pedido inicial.

Em contrarrazões o Ministério Público Estadual pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, de outro modo, manifestou-se pelo provimento do recurso, para julgar totalmente procedente o pedido.

De início, consigno que o presente recurso será analisado sob as regras do CPC de 2015, tendo em vista que a decisão objurgada foi proferida quando já em vigor o referido código.

Ante tal, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o presente recurso no efeito suspensivo.

Por questão de prejudicialidade, analiso *a priori* a preliminar suscitada de nulidade da sentença, por

cerceamento de defesa.

Aduz o recorrente que a sentença objurgada é nula, porque apesar de ter requerido a produção de prova testemunhal e uma avaliação psicológica, provas imprescindíveis à comprovação dos fatos alegados na inicial, o magistrado *a quo* procedeu ao julgamento da lide, sem oportunizar a produção de tal prova, o que implicou prejuízo à parte autora.

Ante tal, vejo que diversamente do que considerou o autor, o julgador singular reconheceu o fato de que ele é reconhecido socialmente como uma pessoa do sexo feminino, não havendo dúvida quanto a isso, tanto que deferiu o pedido de alteração do prenome.

Desse modo, a prova que a parte autora pretendia produzir somente ratificaria os fatos já reconhecidos pelo Juízo como verdadeiros, o que determina que não alterariam o deslinde do feito.

Há que se ressaltar que o indeferimento parcial do pedido se deu porque o magistrado *a quo* entendeu que para a retificação do gênero no registro civil, no caso de transexual, é necessário que antes ele se submeta a procedimento cirúrgico de mudança de sexo, conclusão essa que não poderia ser alterada pela oitiva de testemunhas ou avaliação psicológica, uma vez que o próprio autor confessa que não é operado.

Assim, não se verificando a existência de cerceamento de defesa, fica afastada a isagógica cogitada.

No mérito, conforme se aufere dos autos, o autor J.W. de O., com 32 anos, ao tempo do ajuizamento da ação, afirmou que embora tenha nascido com o sexo masculino, desde tenra idade se apresenta como uma pessoa do sexo feminino, pelo seu modo de agir, se vestir e se identificar, além do que aduz que seu corpo tem tomado contornos femininos, motivo por que adotou, desde os 21 anos de idade, o nome de J.V., sendo assim que é conhecida no seu convívio diário.

O fato de ter nome masculino e constar nos seus documentos que se trata de pessoa do gênero masculino, tem ocasionado inúmeros transtornos e constrangimentos ao autor, ante a divergência havida entre sua aparência e o que vem descrito nos seus documentos pessoais.

Por tal motivo, pede a tutela jurisdicional para o fim de ser deferido seu pedido de retificação no seu registro civil do seu prenome e gênero, para que passe a constar de seus documentos pessoais J.V. de O., no lugar de J.W. de O. e sexo feminino, onde está inserido sexo masculino.

Ressalta que o deferimento do pedido atende ao princípio da dignidade da pessoa humana e vai ao encontro dos precedentes das Cortes Superiores.

Nesse contexto, observo que o julgador singular julgou parcialmente procedente o pedido, deferindo apenas a alteração do prenome da parte autora em seu assento de nascimento, para fazer constar J.V. de O., indeferindo, no entanto, a retificação de gênero, por entender que a retificação do gênero somente pode ser autorizada, se o autor se submeter à intervenção cirúrgica de mudança de sexo, sendo tal ponto da decisão objeto da insurgência neste recurso, como alhures relatado.

A questão tratada nestes, já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim se posicionou: *"O direito dos transexuais à retificação do prenome e do sexo/gênero no registro civil não é condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização"*. (STJ. 4ª Turma. REsp 1.626.739-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 9/5/2017 (Info 608)).

O entendimento da Corte Superior teme por escopo a proteção da dignidade da pessoa humana, que não implica incompatibilidade, nesta hipótese, com a segurança jurídica que os registros públicos buscam proteger, ressaltando que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana se constitui em vetor interpretativo

de toda a ordem jurídico constitucional.

Assim, em atenção à cláusula geral de dignidade da pessoa humana, deve-se autorizar a retificação do sexo do indivíduo transexual no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de adequação sexual, desde que dos autos se extraia a comprovação da alteração no mundo fenomênico, ou seja, se na prática a pessoa já está fisicamente de acordo com o gênero para o qual deseja mudar seus documentos.

O STJ entendeu que deveria evoluir e dar um passo além para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana.

Sob essa ótica, restaram firmados os seguintes preceitos: devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral).

Desse modo, com base nos direitos fundamentais, não se pode exigir que o transexual, para ter reconhecido seu direito à retificação de gênero no seu registro civil, tenha que se submeter à cirurgia de transgenitalização, mormente porque se sabe que tais procedimentos procedimento além do alto custo é de risco, sob o ponto de vista médico.

Nessa mesma linha de entendimento o Ministro Marco Aurélio de Melo, afirmou que é impossível, juridicamente, impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana (ADI 4275-DF – Ministro Marco Aurélio de Melo).

Na citada ação declaratória de inconstitucionalidade o Ministro Marco Aurélio de Melo votou pelo julgou parcialmente procedente o pedido feito pela Procuradoria-Geral da República (PGR), autora da ação, para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, no sentido de ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, mesmo sem cirurgia. Para ele, é inconstitucional interpretação do dispositivo que faça tal exigência.

O ministro observou ainda que, após a alteração no registro civil, a pessoa continua responsável por atos praticados anteriormente. "*A adequação do nome à identidade psicossocial de gênero não elimina o caminho trilhado até aquele momento pelo transexual",* ressaltou. A alteração do registro, segundo o relator, decorre da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a incompatibilidade da morfologia sexual com a identidade de gênero, para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade tal como se percebe. Para ele, é dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo.

Em março desse ano, a Corte Suprema então definiu:

> *"(...) Os transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, possuem o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil."* (STF. Plenário. ADI 4275/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/2 e 1º/3/2018 (Info 892).

Para tanto estabeleceu as seguintes premissas: o direito à igualdade sem discriminações abrange a

identidade ou a expressão de gênero. O respeito à identidade de gênero é uma decorrência do princípio da igualdade; a identidade de gênero é uma manifestação da própria personalidade da pessoa humana. Logo, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Isso significa que o Estado não diz o gênero da pessoa, ele deve apenas reconhecer o gênero que a pessoa se enxerga; a pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Assim, se cabe ao Estado apenas o reconhecimento dessa identidade, ele não pode exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico. A alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero.

Por conseguinte, pela decisão do STF, a alteração nos documentos poderá ser feita sem exigência de modificações corporais, como cirurgias ou terapias hormonais, e sem a necessidade de pareceres e laudos de psicólogos ou médicos. Bastará a autodeclaração.

Desse modo, estando comprovado nos autos que o autor é conhecido no meio em que vive como uma pessoa do sexo feminino, com o nome de J.V. de O., não há dúvida de que, considerados os precedentes suso citados, deve ser reconhecido seu direito à alteração do seu prenome e gênero no seu assento de nascimento.

Por todas essas considerações, com o parecer ministerial, afasto a preliminar cogitada e no mérito dou provimento ao recurso, para o fim de julgar procedente o pedido inicial, para que se proceda à respectiva retificação no registro civil do autor, onde deverá constar o prenome indicado por ele na sua inicial e o gênero feminino, expedindo-se o mandado respectivo.

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

VOTO (EM 23/07/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1º Vogal)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por J.W. de O., contra decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, nos autos de pedido de alteração de prenome e gênero de registro civil, que julgou parcialmente procedente o pedido, para o fim de deferir apenas a alteração do prenome da parte autora em seu assento de nascimento, para constar J.V. de O., indeferindo o pedido de retificação do gênero constante no registro civil.

Por determinação da Vice-Presidência desta Corte, tendo em vista que o acórdão proferido em 26.06.2018 está em desconformidade com o que ficou decidido no Recurso Extraordinário nº 670.422 (Tema 761), na sistemática da Repercussão Geral, portanto, com efeito vinculante, o recurso retornou a Câmara para reanalise.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

Considerando o disposto no RE nº 670.422, de observância obrigatória e, ainda, o Provimento nº 73 de 28/06/2018 do Conselho Nacional de Justiça, ressalvada minha convicção jurídica pessoal sobre o tema, a qual já externei no julgado ora submetido a reanálise, e em respeito ao princípio da colegialidade, tenho por acompanhar o relator para, em juízo de retratação, dar provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial, a fim de se retificar o registro civil do autor, onde deverá contar o prenome indicado por ele e o gênero feminino.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com as ressalvas do voto do 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação nº 0803455-39.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – PROCESSO EROSIVO E ASSOREAMENTO DE CÓRREGOS – DANO AMBIENTAL EVIDENCIADO – CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO NA REALIZAÇÃO DE OBRAS – DANO MORAL COLETIVO – PLEITO NÃO ACOLHIDO – RECURSOS VOLUNTÁRIOS DESPROVIDOS – SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA NECESSÁRIA.

O princípio da dialeticidade recursal impõe à parte recorrente o ônus de motivar o recurso, expondo as razões hábeis à reforma da decisão recorrida frente ao que nela foi decidido, o que foi observado pelo Ministério Público Estadual.

O constituinte de 1988 conferiu ao meio ambiente um tratamento singular e consequente à concepção de direito intergeracional, eis que a tutela da natureza tem por objetivo propiciar vida hígida e saudável às presentes e futuras gerações.

Incontroverso nos autos os danos ambientais (erosão e assoreamento dos córregos Desbarrancado, Coqueiro e Pedregulho) causados no trecho do anel viário que liga as saídas de São Paulo/SP e Cuiabá/MT, na altura do Bairro Taquaral Bosque.

O Município de Campo Grande demonstrou a adoção de medidas, contudo, não comprovou terem sido elas suficientes à solução de todos os problemas apresentados, o que impõem a manutenção da determinação de execução das obras necessárias para interrupção definitiva do processo erosivo no local.

O pedido de delimitação das obrigações impostas ao Município de Campo Grande nos termos pugnados na exordial, não é possível pois, ainda que aqueles pedidos tenham sido feitos com base em laudos técnicos e compreendam uma série de soluções indispensáveis para a solução dos danos ambientais noticiados na exordial, decorreu grande lapso temporal e há provas nos autos de que o ente público realizou obras no local.

A reparação dos danos ambientais é a questão principal nos autos a ser efetivada por meio das medidas de contenção, estabilização da erosão e demais obras necessárias à solução dos problemas apontados. Considerando que a verba pública é limitada, condenar os entes públicos ao pagamento de indenização extrapatrimonial, acaba por punir a sociedade e não o administrador público que se manteve inerte ao longo dos anos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimentos recursais de apelação cível interpostos pelo Ministério Público Estadual e pelo Município de Campo Grande e de remessa necessária da sentença prolatada pelo MM Juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação civil pública que o Ministério Público Estadual ajuizou contra o Município de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul e Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – Agesul.

O Município de Campo Grande, em suas razões recursais (f. 770-784), defende que: adotou diversas ações para sanar o problema das erosões decorrentes da impermeabilização do solo da pista do anel viário, no trecho que liga as saídas para São Paulo e para Cuiabá, próximo ao bairro Taquaral Bosque, que dependem sempre de um tempo razoável, seja para providências de medidas judiciais, seja para inclusão em políticas públicas; respeita todos os preceitos ambientais, sendo certo que exerce com rigor sua função de fiscalização, tendo notificado os réus particulares e promovido atos para melhorar o entorno da área afetada, nos limites dos seus recursos; a rejeição das arguições de defesa configuram a mais clara ameaça constitucional ao exercício da autonomia administrativa, implicando em verdadeira usurpação do poder, posto que a ordem administrativa compreende o exercício regular das competências públicas e, destarte, a rigorosa observância da legalidade.

Prequestiona, para fins de interposição de recurso, as questões legais e constitucionais aduzidas, requerendo, ao final, o conhecimento e provimento do apelo, para o fim de reformar a sentença proferida, julgando-se totalmente improcedentes os pedidos formulados pelo Órgão Ministerial.

O Ministério Público Estadual também se insurgiu contra a sentença (f. 799-818), alegando, em síntese, que:

(a) a ausência de delimitação das obrigações mínimas do município na sentença comprometerá a efetividade do julgado, abrindo-se inútil e alongada discussão no cumprimento de sentença sobre a forma de recomposição dos danos, já que não foram estabelecidas orientações e ações de piso, embora tenham os pedidos iniciais sido feitos com base em laudos técnicos e não aleatoriamente, compreendendo uma série de soluções indispensáveis para a solução dos danos ambientais noticiados na exordial;

(b) os réus se quedaram inertes por mais de uma década, apenas observando os danos se agravarem, as ameaças à integridade de famílias que viviam próximas às erosões se intensificarem e permitindo a lenta e agonizante morte do Córrego Coqueiro, que ficou completamente assoreado;

(c) existe nos autos demonstração inequívoca da alegada ofensa à coletividade, sendo possível concluir que das condutas praticadas resultou efetivo prejuízo de ordem moral à coletividade, configurando conduta capaz de ensejar indenização a título de danos morais;

(d) com a reforma da decisão no tocante à condenação ao pagamento de danos extrapatrimoniais, por via de consequência reformar-se-á a sentença no que tange à Agesul, que deverá responder solidariamente pela indenização extrapatrimonial.

Requer o provimento do recurso, reformando-se a decisão impugnada, acolhendo-se os pleitos iniciais nos moldes em que formulados, bem como julgando procedente o pedido de condenação dos requeridos Município de Campo Grande e Agesul em danos morais coletivos, arbitrando-se valor compatível com a danosidade demonstrada nos autos.

O Ministério Público apresentou contrarrazões pelo desprovimento do apelo manejado pelo ente municipal.

A Agesul - Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos de Mato Grosso do Sul, em suas contrarrazões (f. 840-849), pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso interposto pelo Ministério Público, por ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, requereu o desprovimento do apelo.

Contrarrazões do Município de Campo Grande (f. 850-863), pela negativa de provimento do recurso

interposto pelo *Parquet* estadual.

Contrarrazões do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 864-868), pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer pelo provimento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, *"para que a sentença seja reformada, acolhendo-se os pedidos iniciais nos moldes em que formulados, inclusive no que tange à condenação dos requeridos Município de Campo Grande e Agesul em danos morais coletivos"* e pelo desprovimento do recurso manejado pelo Município de Campo Grande.

O feito foi convertido em diligência (f. 893).

O Ministério Público Estadual refutou a prefacial de ofensa ao princípio da dialeticidade levantada pela Agesul (f. 908-910).

A Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – Agesul, manifestou-se às f. 911-913, defendendo que o recurso manejado pelo Município de Campo Grande opõe-se, justamente, contra o julgamento proferido em face da autarquia, não se opondo às suas razões.

O Estado de Mato Grosso do Sul reiterou sua ilegitimidade passiva, requerendo a manutenção da sentença (f. 914).

A Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer anteriormente exarado.

O feito retornou concluso em 1º de agosto do corrente ano.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimentos recursais de apelação cível interpostos pelo Ministério Público Estadual e pelo Município de Campo Grande e de remessa necessária da sentença prolatada pelo MM Juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação civil pública que o Ministério Público Estadual ajuizou contra o Município de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul e Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – Agesul.

Em apertada síntese, nos recursos voluntário, o Município de Campo Grande alega ter adotado todas as medidas necessária para evitar o desgaste ambiental ocorrido, enquanto que o Ministério Público Estadual defende a necessidade de delimitar as obrigações impostas ao município a fim de facilitar o cumprimento de sentença, bem como que a inércia dos requeridos causou dano moral coletivo, defendo a Agesul ser responsabilizada solidariamente pelo seu pagamento.

Por questão de prejudicialidade, analiso primeiramente a prefacial de não conhecimento do recurso manejado pelo Ministério Público Estadual, ventilada pela Agesul em suas contarrazões.

O princípio da dialeticidade recursal impõe à parte recorrente o ônus de motivar o recurso, expondo as razões hábeis à reforma da decisão recorrida frente ao que nela foi decidido, consoante bem dito por Fredie Didier Jr.[1]:

> *"(...) Para que o recurso seja conhecido, é necessário, também, que preencha determinados requisitos formais que a lei exige; que observe "a forma segundo a qual o recurso deve revestir-se.*
>
> *Assim, deve o recorrente, por exemplo, sob pena de inadmissibilidade de seu recurso:*

1 Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal – 13. ed. refornn. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.v. 3., p. 124

a) apresentar as suas razões, impugnando especificamente os fundamentos da decisão recorrida (art. 932, III, CPC); (...)"

O artigo 1.010, do CPC, aponta os requisitos formais de interposição da apelação, cuja ausência impede o conhecimento do recurso, por falta de pressuposto recursal, sendo que como consequência lógica do contraditório, o processo é dialético. Por assim ser, todos os sujeitos do processo que comparecem para a emissão de um ato processual devem motivar, fundamentar e expor as razões de fato e de direito que dão base à pretensão formulada.

Nesse passo, não é difícil constatar que se constitui em elemento indispensável do recurso a apresentação das razões pelas quais se deseja obter a reforma do julgado, exigência esta contida nos incisos II e III do artigo 1.010 do CPC, pois somente assim o recorrido poderá insurgir-se contra a pretensão reformista e o Tribunal poderá conhecer ou não do recurso e, pelo mérito, dar-lhe ou negar-lhe provimento.

No caso dos autos, o Ministério Público em seu apelo insurge-se contra a ausência de condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, atacando de forma clara e objetiva os fundamentos utilizados pelo juízo singular para afastar o pleito.

De igual forma, fundamenta seu pedido de delimitação das obrigações impostas ao município na facilitação do cumprimento de sentença.

Assim, atendeu a todos os requisitos exigidos pelo art. 1.010, do CPC, não havendo se falar em ofensa ao princípio da dileticidade.

Rejeito a prefacial e, no mérito, analiso em conjunto os recursos voluntários com a remessa necessária, passando à apreciação das teses de acordo com sua prejudicialidade.

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública objetivando, em síntese, que os requeridos sejam obrigados à recomposição de danos ambientais (erosão e assoreamento dos córregos Desbarrancado, Coqueiro e Pedregulho) causados no trecho do anel viário que liga as saídas de São Paulo/SP e Cuiabá/MT, na altura do Bairro Taquaral Bosque.

De acordo com a exordial, a construção do anel viário (BR 163) no trecho mencionado, a ocupação desordenada das regiões onde estavam áreas verdes no entorno da nascente do Córrego Coqueiro por volta dos anos 1990/1991 e a implantação do loteamento Estrela Dalva numa área de talvegue sem os cuidados adequados com o escoamento da água das chuvas foram as causadoras de problemas ambientais, quais sejam, processo de erosão na pista da rodovia e danos nos córregos Desbarrancado e Coqueiro.

Por oportuno, extrai-se da exordial:

"(...) Diante da inexistência de galerias de águas pluviais no bairro Estrela D'Alva, essas águas escorrem sobre as ruas, desaguando no Taquaral Bosque, continuando com o escoamento superficial até atingir os processos erosivos existentes nas margens do córrego, causando a erosão de sua cabeceira e de todas as ruas por onde passa.

(...)

Como se pode observar dos fatos narrados e mais o que consta nos autos de IC anexo, Município de Campo Grande e Estado de Mato Grosso do Sul, através da Agesul, sempre tiveram conhecimento das causas da erosão na pista do anel rodoviário, na BR 163, que interliga as saídas de São Paulo e Cuiabá, e, principalmente, sabiam dos graves danos que os córregos Desbarrancado e Coqueiro estavam sendo vítimas, assim como tinham plena ciência das medidas necessárias à sua recuperação."

Em razão dos fatos narrados, o Ministério Público Estadual requereu a condenação dos demandados:

"1. Município de Campo Grande:

I. Executar e concluir todas as obras previstas no projeto do Complexo Taquaral Bosque, conforme projetos e licenças ambientais apresentados;

II. Executar, com dimensionamento correto, interligações entre os bairros, desde o conjunto Estrela d'Alva, Novos Estados, Montevidéo, Taquaral Bosque e a ligação com a canalização que passa sob a pista do anel viário, envolvendo a área de contribuição dos córregos Desbarrancado e Coqueiro;

III. Não impermeabilizar o solo da região dos bairros que compreendem a bacia dos córregos Desbarrancado e Coqueiro antes da instalação das redes de drenagem urbana;

IV. Executar ações em prol do saneamento básico da região tratada, notadamente para fazer valer o manejo das águas pluviais urbanas através de atividades e obras de infraestrutura e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas, nos termos do que prevê o artigo 3º, inciso I, alínea "d", da Lei 11.445/07;

V. Realizar a manutenção e limpeza da rede de drenagem existente, pois o acúmulo de sedimentos pode comprometer a capacidade de armazenamento de volume das águas pluviais, bem como causar o assoreamento nas tubulações de saída (apresentando cronograma das atividades);

VI. Instalar, recuperar, conservar e preservar áreas verdes nos bairros localizados dentro da área de contribuição dos córregos Desbarrancado e Coqueiro (bairros Taquaral Bosque, Montevidéo, Novos Estados, Estrela d'Alva, Jardim Arco Íris, Bosque da Esperança, dentre outros) a fim de que auxiliem na infiltração de águas pluviais, melhorando a drenagem do local;

VII. Promover a retirada das famílias que ocupam a APP dos Córregos Desbarrancado e Coqueiro e recuperar essas áreas;

VIII. Executar corretamente o PRAD para a área de preservação permanente dos Córregos Desbarrancado e Coqueiro, na área vistoriada, nesta capital, devidamente aprovado pelo órgão ambiental competente;

IX. Apresentar as licenças ambientais das obras que já foram executadas bem como, das que serão realizadas.

2. Condenar o Estado de Mato Grosso do Sul e a Agesul a executar o Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD, aprovado pelo órgão ambiental e com cronograma detalhado, para recomposição da área degradada em decorrência da construção do anel viário e da implantação de ineficiente sistema de drenagem no trecho que interliga as saídas de Cuiabá e de São Paulo, na BR 163, nesta capital.

3. Sejam os réus Município de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul e Agesul condenados, definitivamente, no pagamento de indenização a título de dano extrapatrimonial coletivo, a fim de reparar os danos já causados, em importância arbitrada por este juízo, a serem destinados ao Fundo de Proteção de Direitos Difusos e Coletivos do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, consoante dispõe o art. 13 da Lei nº 7.347/1985". (Lei da Ação Civil Pública).

A sentença julgou:

"(...) parcialmente procedente o pedido, para condenar o Município de Campo Grande a executar as obras que forem necessárias para interromper definitivamente o processo erosivo encontrado próximo ao anel viário da BR 163, no projeto do Complexo Taquaral Bosque, com a recomposição dos danos ambientais já causados na região e nos Córregos Desbarrancado, Coqueiro e Pedregulho. Deverá, ainda, em 180 dias, apresentar o plano de recuperação da área degradada (PRAD), aprovado pelo órgão ambiental, e o cronograma de atuação previsto para implementar as obras que se fizerem necessárias. Acolho a preliminar de ilegitimidade de parte do Estado de Mato Grosso do Sul e julgo prejudicada a ação em relação à Agesul".

Primeiramente, nenhum reparo merece a sentença quanto ao reconhecimento da legitimidade passiva da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – Agesul e consequente ilegitimidade passiva do Estado

de Mato Grosso do Sul, uma vez que, nos termos do Decreto Estadual nº 13.129, de 2 de março de 2011, aquela é responsável pela infraestrutura da malha rodoviária do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo o dever de exercer as atribuições relativas à manutenção, conversação e fiscalização da rodovia estadual.

Por oportuno, deste Colegiado:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REALIZAÇÃO DE OBRAS DE RECUPERAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO DO TRECHO DA RODOVIA MS 040 – COMPETÊNCIA DA AGESUL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO ACOLHIDA. De acordo com o Decreto Estadual nº 14.769/2017, a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – Agesul é o órgão responsável pela infraestrutura da malha rodoviária do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo o dever de exercer as atribuições relativas à construção, restauração e conservação da rodovia estadual. Além disso, possui personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e autonomia técnica, administrativa e financeira, razão pela qual não pode o Estado de Mato Grosso do Sul figurar no polo passivo da ação que tem por objeto justamente a realização de obras e recuperação de via cuja competência é da autarquia estadual."* (TJMS. Apelação Cível nº 0900027-74.2017.8.12.0026, Bataguassu, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 07/03/2019, p: 08/03/2019)

Vale destacar que os fatos narrados na exordial restaram incontroversos, uma vez que os requeridos reconhecem a existência de processo erosivo no local e assoreamento dos córregos, por conta da construção do anel viário mencionado e da ocupação desordenada dos bairros já mencionados.

Em suas defesas, o Município de Campo Grande alegou já adotou diversas medidas para contornar os problemas apresentados, sendo necessário prazo razoável para que sejam concluídas, enquanto que a Agesul defende que a erosão teria estabilizado e a área já estaria se recompondo.

Os documentos anexados a exordial demonstram que desde o ano de 2001 as vistorias realizadas pelo Corpo Técnico do Ministério Público no local constatam a ocorrência de problemas ambientais, tendo as autoridades competentes adotado medidas para solução dos danos.

Contudo, quando da segunda vistoria feita em 04.10.2002, justamente com o intuito de verificar se as obras realizadas foram suficientes para solucionar os problemas apontados, constatou-se que o inadequado sistema de drenagem aumenta gradativamente os processos erosivos, além de inexistir mata ciliar na área de preservação permanente. Em razão de tanto, foi requisitado ao Município de Campo Grande e à Agesul que apresentasse o PRAD, além de adotarem as recomendações do DAEX de f. 165-169.

Em 2007 o IMASUL realizou vistoria *in loco* e constatou que a APP da nascente do córrego Coqueiro e a vegetação ciliar do córrego Desbarrancado estavam em processo acelerado de degradação decorrente da inadequação dos projetos de drenagem dos bairros adjascentes, tendo oficiado tanto o Município de Campo Grande quanto à Agesul para adoção de medidas para controle e prevenção da degradação apresentada.

A vistoria realizada pelo autor em janeiro de 2007 também constatou problemas no local, reiterando a necessidade de apresentação de PRAD, além de projetos para solução dos danos.

Em 2009, o DAEX constatou a presença de empresa contratada pelo Município de Campo Grande para execução de obras no entorno dos córregos, destacando a presença de processo erosivo (voçorocas), assoreamento dos córregos e entulhos ao longo do leito hídrico.

As recomendações dadas na ocasião foram, basicamente, para aguardar a conclusão das obras já em andamento que *"provavelmente vão tratar o problema na sua origem"*, para posteriormente realizar nova avaliação no local.

Em setembro 2013 foi realizada nova vistoria pelo DAEX que, confrontando os serviços realizados com o PRAD apresentado, concluindo pela necessidade de *"conclusão das obras descritas nos relatórios*

apresentados pelo Município de Campo Grande o mais rápido possível". Após o envio do relatório produzido pelos técnicos do DAEX, foi ajuizada a presente ação civil pública no ano de 2014, quando, como visto, já haviam sido implementados diversos para solucionar os problemas ambientais identificados, que, contudo, ainda não estavam concluídos.

Ora, o constituinte de 1988 conferiu ao meio ambiente um tratamento singular e consequente à concepção de direito intergeracional[2], eis que a tutela da natureza tem por objetivo propiciar vida hígida e saudável às presentes e futuras gerações. Diante dessa realidade constitucional, impõe-se a proteção do meio-ambiente como princípio fundante, a prevalecer diante de outros princípios de menor preponderância, ainda que legítimos[3].

E no caso a Agesul comprovou ter realizado todas as obras que estavam sob sua responsabilidade, consoante se vê dos documentos de f. 541-584, não merecendo qualquer censura a sentença que julgou prejudicada a demanda em relação à autarquia.

Por outro lado, inexistem provas de que os problemas tenham sido todos solucionados, ônus este que cabia ao ente municipal, diante da inversão operada (f. 443-444). Isso porque os documentos de f. 385-389 comprovam que medidas foram adotadas pelo Município de Campo Grande, mas não encerram a dúvida a respeito da eficácia e, até mesmo, a conclusão das obras necessárias.

Dessa feita, por evidente que ao julgar procedente o pedido de execução das obras necessárias para interrupção definitiva do processo erosivo no local, o magistrado singular fez incidir a vontade concreta da lei sobre a hipótese posta, qual seja, a tutela do meio ambiente, não havendo se falar em invasão da esfera de competência do Poder Executivo.

Por elucidativo, extrai-se da sentença:

> *"Note-se, ainda, que o problema vem de longa data e que sua solução não esteve como prioridade do município por muito tempo, situação que parece ter mudado mais recentemente. De qualquer modo, a sentença de procedência serve justamente para isto, para que a solução desta questão ambiental e social seja tratada efetivamente como prioridade pelas respectivas administrações municipais, sob as penas da lei, seja em relação a pessoa física dos administradores (improbidade), seja em relação à pessoa jurídica de direito público (multa). A própria situação desastrosa narrada neste processo revela isto, ou seja, um descuido, ou um desinteresse, ou uma ausência de prioridade permitiu que a ocupação desorganizada de áreas gerasse uma enorme erosão e danos muito graves, em área ambiental importante para o abastecimento hídrico da capital."*

Quanto ao pleito realizado pelo *Parquet* de delimitação das obrigações impostas ao Município de Campo Grande nos termos pugnados na exordial, observa-se, *a priori,* que a ação foi proposta no ano de 2014 e na própria exordial havia a informação de que o município havia contratado empresa que estava executando os serviços, tanto que a vistoria realizada em setembro de 2013 indicada a necessidade de conclusão daquelas obras para que fosse realizado nova avaliação no local.

Ainda que os pedidos iniciais sido feitos com base em laudos técnicos e compreendam uma série de soluções indispensáveis para a solução dos danos ambientais noticiados na exordial, considerando o grande lapso temporal decorrido e a evidência de que o ente público realizou obras no local, não é possível o seu acolhimento naqueles termos.

Dito isso, mantém-se a determinação de apresentação pelo município do PRAD aprovado pelo órgão ambiental, acompanhado do cronograma de atuação previsto para implementar as obras que se fizerem necessárias para interromper definitivamente o processo erosivo encontrado próximo ao anel viário da BR 163, no projeto do Complexo Taquaral Bosque, com a recomposição dos danos ambientais já causados na região e nos Córregos Desbarrancado, Coqueiro e Pedregulho.

2 Art. 225, CF

3 TJSP; Feito não Especificado 0162844-87.2006.8.26.0000; Relator (a): José Renato Nalini; Órgão Julgador: N/A; Foro Central Cível - São Paulo; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 29/09/2006

Resta analisar o pleito de condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

Ainda que se admita não apenas a existência do dano ambiental quando do ajuizamento da demanda, como também que o problema não foi tratado com a prioridade necessária pelos entes públicos, por evidente que condená-los ao pagamento de danos extrapatrimoniais acabará por colocar em risco, não apenas a execução das obras necessárias à solução definitiva dos problemas, como possivelmente a realocação de verbas e outras áreas igualmente essenciais à população para o pagamento da indenização.

Ora, não se pode perder de vista que os cofres públicos são alimentos com as verbas dos contribuintes que encontram-se sobrecarregados com a pesada carga tributária necessária à manutenção dos serviços essenciais.

Também, que embora os problemas tenham origem o longínquo ano de 1991, a administração municipal não é a mesma desde então, tendo havido diversos gestores distintos e inúmeras obras locais importantes realizadas.

Considerando que a verba pública é limitada, entendo que condenar os entes públicos ao pagamento de indenização extrapatrimonial, embora haja previsão legal para tanto, implica em desvirtuamento da finalidade do instituto, eis que acabara por punir a sociedade e não o administrador público que se manteve inerte ao longo dos anos.

Ademais, importante observar que a reparação dos danos ambientais é a questão principal nos autos a ser efetivada por meio das medidas de contenção, estabilização da erosão e demais obras necessárias à solução dos problemas apontados.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

De qualquer modo, para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Ex positis, contrariando o parecer da PGJ, nego provimento aos recursos voluntários interpostos pelo Ministério Público Estadual e pelo Município de Campo Grande e, em remessa necessária, mantenho na íntegra a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, rejeitaram a preliminar e negaram provimento a todos os recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação nº 0803408-72.2018.8.12.0018 - Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA – ADICIONAL DE PRODUTIVIDADE – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EIVADA SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 46 – DIREITO À INCORPORAÇÃO DO ADICIONAL – REQUISITOS PREENCHIDOS – SENTENÇA MANTIDA – APELO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDOS.

Um dos princípios basilares da Administração Pública é a da estrita legalidade, na qual concerne que esta somente poderá agir, atuar, se a lei expressamente autorizar, por força do dispositivo Constitucional, artigo 37, *caput*.

Segundo art. 41 da Lei Complementar Municipal de Paranaíba nº 46/11, para que o servidor tenha direito à incorporação do adicional de produtividade, basta que este comprove que recebia tal verba em data anterior à edição da Lei (06/04/11).

No caso, como a parte autora comprovou que realmente auferia o adicional de produtividade previamente, razão pela qual faz *jus* à incorporação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de junho de 2019

Des. João Maria Lós

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação cível interposta pelo juiz(a) de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, Município de Paranaíba em face da sentença de f. 89-94 que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c cobrança ajuizada por Edina Aparecida Vieira Fonseca em que o magistrado singular julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para o fim de determinar que o requerido incorpore ao salário base da autora o adicional de 40% (quarenta por cento), bem como efetue o pagamento das verbas pretéritas, incluindo os reflexos em décimo terceiro e férias, a partir de 11/09/2013 observada a prescrição das verbas vencidas há mais de 05 (cinco) anos antes do ajuizamento desta ação.

Alega o município recorrente, em resumo, que não há subsunção à hipótese legal, visto que a autora percebia gratificação por trabalho técnico ao tempo em que adveio o artigo 41 da Lei Complementar Municipal nº 46/2011, o que não se equipara ao adicional de produtividade, então previsto no artigo 111 da Lei Complementar nº 45/2010, a autorizar a incorporação pretendida, inclusive pelos requisitos exigidos no Decreto nº 191/2011, regulador da questão.

Destaca que atualmente a servidora é recompensada mediante o pagamento da gratificação de produtividade instituída no artigo 41 da Lei Complementar Municipal nº 46/2011 e regulada pelo Decreto Municipal nº 203/2011.

Esclarece que o acórdão paradigma juntado às f. 51-56 versa sobre hipótese diversa, visto que o servidor que deu azo ao acórdão recebia gratificação diferente da apelada e igualá-las ofende ao princípio da isonomia.

Requer, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 138-150, defendendo a manutenção da sentença. A autora anexou vários precedentes do caso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Trata-se de apelação cível (f. 99-123) interposta pelo Município de Paranaíba contra a sentença (f. 89-94) proferida nos autos da ação de obrigação de fazer c/c cobrança movida por Magno Moreira da Silva, que julgou parcialmente procedente a ação, nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na prefacial, para o fim de determinar ao réu que incorpore ao salário base do autor o adicional de 40% (quarenta por cento), bem como efetue o pagamento das verbas pretéritas, incluindo os reflexos em décimo terceiro e férias, a partir de 11/09/2013, observada a prescrição das verbas vencidas há mais de 05 (cinco) anos antes do ajuizamento desta ação.*
>
> *Os valores atrasados deverão ser corrigidos monetariamente pela TR até 25/03/2015 e a partir daí pelo IPCA-E, bem como acrescidos de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da data em que cada prestação deveria ser paga, nos termos do art. 1.º-F da Lei nº 9.494/97, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4425 e 4357, devendo o valor ser apurado em futuro cumprimento de sentença. Ante a sucumbência, condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da parte autora, os quais deverão ser fixados quando liquidado o julgado, nos termos do artigo 85, §§ 3º e 4º, inciso II, do CPC. Sem custas, nos termos do art. 24, inciso I, da Lei Estadual 3.779/2009."*

Alega, em resumo, que não há subsunção à hipótese legal, visto que a autora percebia gratificação por trabalho técnico ao tempo em que adveio o artigo 41 da Lei Complementar Municipal nº 46/2011, o que não se equipara ao adicional de produtividade, então previsto no artigo 111 da Lei Complementar nº 45/2010, a autorizar a incorporação pretendida, inclusive pelos requisitos exigidos no Decreto nº 191/2011, regulador da questão.

Destaca que atualmente a servidora é recompensada mediante o pagamento da gratificação de produtividade instituída no artigo 41 da Lei Complementar Municipal nº 46/2011 e regulada pelo Decreto Municipal nº 203/2011.

Esclarece que o acórdão paradigma juntado às f. 51-56 versa sobre hipótese diversa, visto que o servidor que deu azo ao acórdão recebia gratificação diferente da da apelada e igualá-las ofende ao princípio da isonomia.

Requer, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões às f. 138-150, defendendo a manutenção da sentença.

Pois bem.

Verifica-se que o cerne da questão é se a apelada tem direito à incorporação em seu vencimento do adicional de qualificação previsto no art. 41 da Lei Complementar Municipal nº 46/11.

Como é cediço em matéria concernente a servidor público, a Administração Pública fica adstrito ao Princípio da Legalidade, previsto no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal, constituindo-se parâmetro normativo importante para salvaguardar o Estado de Direito, por meio da compreensão de primazia da lei e reserva legal, como refere Itiberê de Oliveira Rodrigues:

> *"Primazia ou supremacia da lei. Esse princípio determina que todos os atos estatais emanados na forma de lei possuem primazia ou supremacia em relação a todos os demais atos estatais infraconstitucionais, como, por exemplo, os decretos, instruções, portarias e circulares da Administração Pública. (...) "Em relação a todas as atividades da Administração Pública, esse princípio significa que ela necessita observar e aplicar as leis e que ela não pode substituir os comandos legais por suas próprias decisões." (...) "Reserva legal. O princípio da reserva legal responde à questão se e até que ponto é necessária uma autorização legal expressa para que a Administração Pública possa agir frente a um determinado âmbito ou fato da vida concreta. Se então a Administração Pública age sem aquela autorização legal expressa, sua atividade será inválida.[1]"*

A Lei Complementar nº 46/11 dispõe em seu artigo 41 que:

> *"Artigo 41. O servidor público que estiver percebendo o adicional de produtividade até a data de aprovação desta Lei Complementar, terá o valor do referido adicional incorporado ao seu salário base. Parágrafo único. A partir da aprovação desta Lei Complementar ficará extinto o adicional de produtividade profissional."*

Pela leitura do referido artigo, nota-se que o adicional de produtividade seria incorporado àqueles servidores que já percebiam tal verba antes de editada a Lei Complementar nº 46/11.

Então, em observância ao princípio da legalidade, para que a servidora apelada tenha direito à incorporação, basta que este comprove que recebia o adicional em data anterior à edição da Lei, que no caso é dia 06/04/11.

No caso, a apelada comprovou que realmente auferia o adicional de produtividade, como se denota no mês de março de 2011 (f. 04), ou seja, até o mês anterior que entrou em vigência a Lei Complementar em questão.

Portanto, o caso em questão trata-se de direito adquirido, cuja previsão está no texto constitucional (inciso XXXVI do art. 5º), assim, a Administração Pública não se pode furtar de incorporar à remuneração da apelada o adicional discutido, sob pena de locupletar-se ilicitamente de verba devida ao servidor.

A propósito, colaciono julgado de processo semelhante ao decidido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA – REMESSA NECESSÁRIA – CONHECIMENTO DE OFÍCIO – SENTENÇA ILÍQUIDA – MÉRITO – VANTAGEM FINANCEIRA RECEBIDA POR SERVIDOR PÚBLICO – ADICIONAL – PRODUTIVIDADE INCORPORÁVEL – MODIFICAÇÃO POSTERIOR – PRESERVAÇÃO – DIREITO ADQUIRIDO – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 41 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 46/2011 – SENTENÇA ILÍQUIDA – CONSECTÁRIOS LEGAIS – INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÃO – ÍNDICES ASSENTADOS EM RECURSOS COM REPERCUSSÃO GERAL PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES – FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS NA LIQUIDAÇÃO – INC. I DO § 4º DO ART. 85 DO CPC – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA – PARCIALMENTE PROVIDA. Diante de sentença ilíquida proferida contra município, há de se conhecer de ofício da remessa necessária, conforme se depreende do art. 496, caput e inciso I, CPC. A propósito, Súmula 490 do STJ. A modificação posterior da vantagem concedida ao servidor público com propósito de compensá-lo pela atividade exercida - adicional de produtividade para gratificação de produtividade - não alcança direito consolidado, mesmo porque a própria legislação que modificou a anterior prevê a incorporação da vantagem àquele que a recebia ao tempo da extinção/modificação. O índice aplicável nas condenações contra a fazenda*

1 Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil, *In*: Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. Humberto Ávila(org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 55-57.

pública referente a servidores públicos é o IPCA-E e juros de mora remunerador da caderneta de poupança. A sentença ilíquida contra fazenda pública tem o arbitramento dos honorários postergado para a etapa de liquidação". (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0803377-23.2016.8.12.0018, Paranaíba, 5ª Câmara Cível, Rel.: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 22/05/2018, p: 23/05/2018).

Logo, se a apelada demonstrou que preencheu os requisitos legais para a incorporação do adicional de produtividade, não há que se falar em improcedência do pedido trazido na ação principal.

Isto posto, nego provimento ao apelo, mantendo-se inalterada a sentença em todos os seus termos.

Deixo de fixar honorários recursais, em razão da sentença ter postergado para fase de liquidação de sentença.

Por tais razões,

É como voto.

Des. João Maria Lós - 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. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0814641-25.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADO COM CANCELAMENTO DE DÉBITO E REPARAÇÃO DE DANOS – PESSOA JURÍDICA – JUSTIÇA GRATUITA – REQUISITOS PREENCHIDOS – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – ESCOLA DE AVIAÇÃO CIVIL – AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO CANCELADA PELA ANAC – DANO MATERIAL DEVIDO – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELOS MÓDULOS NÃO CONCLUÍDOS – DANO MORAL – REDUÇÃO DO *QUANTUM* – RECURSO DA EMPRESA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. Presentes os requisitos autorizadores para a concessão da justiça gratuita, o benefício deve ser concedido, mormente quando a pessoa jurídica está inativa. A irregularidade na prestação de serviços educacionais, consistente na ausência de autorização para o exercício da atividade, enseja a devolução dos valores despendidos pelo autor. A fixação do valor arbitrado a título de dano moral fica a critério do julgador e deve ser balizado na razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto, devendo ser reduzido quando se mostra excessivo ao porte econômico das partes. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

Des. João Maria Lós

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação cível interposta por Dumont Escola de Aviação Civil Ltda em face da sentença de f. 147-159 que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que lhe promove Jhonny Vieira da Silva, julgou parcialmente procedente o pedido.

Em suas razões recursais, sustenta que não praticou qualquer ato ilícito contra o autor, não havendo que se falar em falha na prestação de serviço, visto que o curso somente deixou de ser oferecido por determinação da ANAC, ou seja, por razões alheias à vontade da escola de aviação, não sendo devido, portanto, o pagamento de indenização por danos morais e materiais ao apelado.

Aduz, ainda, que a quantia a ser devolvida ao autor deve ser relativa tão somente ao módulo "Grupo Motopropulsor (GMP)", o qual foi atingido pela portaria da ANAC, vez que o primeiro módulo "Básico" pode ser aproveitado pelo autor em qualquer outra escola de aviação.

Alternativamente, pugna pela redução do valor arbitrado em sentença a título de indenização por danos morais, visto que desproporcional e que ultrapassa a capacidade econômica da empresa apelante.

Ao final, pede que lhes sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita, e o provimento do recurso interposto para o fim de reformar a sentença, afastando a condenação em danos morais e materiais. Caso não seja esse o entendimento, pleiteia a redução do *quantum* indenizatório e a inversão do ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às f. 189-197.

É o relatório. Passo ao voto.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Dumont Escola de Aviação Civil Ltda-ME interpõe apelação cível contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais.

Pois bem. Preliminarmente, a empresa apelante pede que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita.

Em análise aos autos, vejo que os documentos e elementos demonstram a situação de hipossuficiência financeira da empresa recorrente, o que é fator que autoriza a concessão do benefício pleiteado.

A apelante trouxe ao feito os documentos de f. 178-186, qual seja a declaração de informações socioeconômicas e fiscais (DEFIS), comprovando que se encontra inativa, mesmo porque não possui mais autorização da ANAC para operar no ramo de escola de aviação, o que deve ser reputado como verdadeiro e presumidamente suficiente à comprovação da hipossuficiência descrita pelo artigo 98, do NCPC.

A jurisprudência desta Corte possui igual entendimento sobre o tema:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESPEJO CC COBRANÇA – PRELIMINAR DE PRECLUSÃO – REJEITADA – MÉRITO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – PESSOA JURÍDICA – JUNTADA DE DECLARAÇÃO SIMPLIFICADA DA RECEITA FEDERAL – INATIVIDADE DA EMPRESA CONFIRMADA MEDIANTE CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD – PROVA DO ESTADO DE HIPOSSUFICIÊNCIA – BENEFÍCIO DEFERIDO – ART. 5º, LXXIV, CF – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 01. (...) 02. Conforme o Enunciado de Súmula 481 do STJ, "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais". 03. Havendo prova do estado de hipossuficiência, notadamente que a empresa encontra-se em inatividade, devem ser deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. 04. Recurso conhecido e provido."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1412108-13.2016.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 13/12/2016, p: 15/12/2016).

Assim, demonstrada a situação de hipossuficiência, a assistência judiciária gratuita deve ser concedida.

Passa-se a análise do mérito.

A empresa apelante pleiteia o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, visto que entende não ter agido de forma culposa para que o curso de aviação não fosse mais disponibilizado, tendo sido uma determinação externa da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil.

Tem-se, contudo, a existência de relação de consumo entre as partes e, existente o vínculo contratual, incide o regramento do Código de Defesa do Consumidor.

Por conseguinte, a empresa prestadora de serviço deverá responder pelos danos causados ao consumidor na modalidade objetiva, conforme disposição do art. 14 da legislação em comento. Veja-se:

"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;

II - a época em que foi fornecido."

Assim, em se tratando de relação de consumo, deve ser garantido o dever de prestar informações adequadas, claras, com a especificação completa sobre a prestação de serviço, em respeito aos direitos básicos do consumidor. Ainda, o dever de informar pode ser entendido como um reflexo da aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, sendo considerado um dever anexo à conduta.

É bem de ver, entretanto, que a empresa ré tinha conhecimento de que a autorização de funcionamento concedida pela ANAC possuía termo final e, mesmo assim, optou por firmar contrato com o autor, deixando-o de informar sobre a possibilidade de não poder mais funcionar como escola de aviação caso a agência reguladora não mais concedesse a autorização, o que de fato aconteceu. O documento de f. 92 informa que o prazo de autorização seria de 05 anos, a partir de 14 de julho de 2009, sendo que a contratação para o curso de técnico em manutenção de aeronaves se deu em 15/01/2013, ou seja, pouco tempo antes do encerramento da autorização.

Pela análise dos documentos acostados aos autos, verifica-se que o curso contratado teria a duração total de 18 meses. Assim, por óbvio, não seria possível concluir o contrato antes do fim da licença de funcionamento e a empresa apelante possuía total conhecimento desse fato, não tendo informado o autor, o que fere direito básico à informação. Dessa forma, caracterizada a falha na prestação de serviço, o dever de indenizar o autor pelos danos morais e materiais sofridos deve ser mantido.

A empresa apelante se insurge, ainda, quanto ao montante a ser devolvido ao autor, acreditando ser devido apenas a quantia referente ao módulo "Grupo Modo Propulsor (GPM)", visto que o módulo "Básico" não foi atingido pela portaria da ANAC e pode ser aproveitado em qualquer outra escola de aviação. Assiste razão à recorrente.

Comprovada a conclusão do módulo básico do curso, contratado dentro do período de vigência da autorização, não há o que se restituir.

Por seu turno, no que se refere ao segundo módulo (grupo moto propulsor), contratado pelo valor de R$ 1.670,00 (mil seiscentos e setenta reais), que não se concluiu, deve ser o autor ressarcido. Contudo, cumpre destacar que este é o montante definido na sentença, razão pela qual não há como ser provido o recurso nesse aspecto, mantendo-se o entendimento do MM. Juízo quanto ao ponto.

A empresa recorrente pede, ainda, a redução da quantia arbitrada a título de danos morais.

Evidente o abalo moral sofrido pelo autor, em razão da criação de falsas expectativas no sentido de ansiar pela conclusão do curso contratado, não logrando êxito em virtude do decurso do prazo da autorização para funcionamento da escola, o que já era sabido de antemão pela requerida.

Assim, é patente a violação ao direito de personalidade ensejadora do pagamento da indenização por danos morais.

A respeito da quantificação do dano, a apelante afirma que o valor fixado foi arbitrado de forma elevada e desproporcional, vez que o valor da indenização deve atender às peculiaridades do caso concreto, como a repercussão econômica do dano, a dor experimentada pela vítima e o grau de dolo ou culpa do ofensor.

É consenso que uma das dificuldades no arbitramento da indenização por danos morais reside nos parâmetros utilizados para reparar a ofensa e punir o agressor. Não havendo tarifamento no ordenamento jurídico para a reparação pelos prejuízos causados ao ser humano em sua esfera subjetiva, o conjunto de sugestões trazidas pelos estudiosos do tema permite que se estabeleçam alguns critérios.

Na fixação do *quantum* pode o julgador considerar, entre outros, aspectos relacionados à intensidade da culpa, à relevância do bem jurídico protegido, ao grau de sofrimento de um homem médio em relação ao dano, aos reflexos do prejuízo na vida pessoal e social do lesado, bem como à situação econômica e social das partes envolvidas.

O importante é a busca de uma forma equitativa para o cumprimento dessa tarefa, para o fim de definir o que entender como justo e razoável para compensar o prejuízo sofrido e reprimir a prática do ilícito.

No caso, considerado o porte econômico das partes e os danos sofridos, entendo que o valor atribuído à indenização por danos morais no patamar de R$ 10.000,00 mostra-se excessivo, devendo, portanto, ser reduzido para R$ 8.000,00.

Isto posto, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento apenas para o fim de conceder justiça gratuita e reduzir a condenação à título de danos morais para R$ 8.000,00 (oito mil reais), devidamente atualizados nos moldes da sentença.

Fixo honorários nesta fase recursal, em 1% sobre o valor da condenação, eis que a apelante logrou êxito em modificar apenas o valor fixado a título de danos morais. Contudo, a cobrança fica suspensa em razão da justiça gratuita.

Por tais razões,

É como voto.

Des. João Maria Lós - Relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 4 de junho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0800062-38.2017.8.12.0022 - Anaurilândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA EXECUÇÃO EM RAZÃO DO MÉTODO DE CÁLCULO – NÃO OCORRÊNCIA – DESNECESSÁRIA DESCRIÇÃO DAS BENFEITORIAS DO BEM HIPOTECADO – INFORMAÇÃO CONSTANTE DA CÉDULA – CONSTITUIÇÃO DA HIPOTECA MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA – DESNECESSIDADE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Na hipótese, os argumentos aduzidos são suficientes para atacar os fundamentos em que se assentou a sentença, uma vez que, diante da improcedência dos pedidos iniciais, insurge o apelante alegando vícios de nulidade na execução.

O instrumento de crédito não se nulifica se no seu contexto contiver encargos excessivos ou contrários ao ordenamento jurídico, sendo suficiente que se decote o que está a extrapolar os limites legislativos.

O Decreto-Lei nº 413/69 dispõe expressamente que a Cédula de Crédito Industrial é título executivo extrajudicial, conforme a regra já citada do art. 10.

Constando da Cédula de Crédito Industrial que integram o bem hipotecado todas as benfeitorias existentes ou as que a estas sobrevierem, desnecessária sua descrição, porquanto a integralidade destas incorporam de pleno direito ao bem hipotecado, conforme ajustado entre as partes e disposto na legislação pertinente.

Não há obrigatoriedade de constituição da hipoteca mediante escritura pública, bastando a constituição no próprio título, como na hipótese, consoante se infere da ação de execução.

Segundo a Súmula nº 297, aplica-se o CDC às instituições financeiras. Entretanto, ainda que se aplique na hipótese as regras consumeristas, tal não ilide o entendimento ora esposado acerca das alegações de nulidades da execução. Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por maioria, deram parcial provimento ao recurso nos termos do voto do Relator, vencidos os 2º e 3º vogais que negavam provimento. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 1º de agosto de 2019

Des. Divoncir Schreiner Maran

Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Usina Aurora Açúcar e Álcool Ltda interpõe recurso de apelação cível em face da sentença de f. 3650-3671 que, nos autos da ação de embargos à execução ajuizada em face de Banco do Brasil S.A., rejeitou os embargos opostos e declarou extinto o feito com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC. Condeno a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 2° do CPC.

Alega, em síntese, que se trata de execução promovida pelo executado, em razão de suposta dívida oriunda de cédula de crédito industrial no valor de R$ 3.659.655,38 (três milhões, seiscentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e trinta e oito centavos), sendo que sentença objurgada deve ser reformada, porque: o título é nulo, porque lhe falta certeza, exigibilidade e liquidez, uma vez que veio acompanhado de cálculos repletos de cobranças indevidas, além de graves divergências quanto às taxas aplicadas, violando o que dispõe o art. 798 do CPC; é obrigatório que a hipoteca seja feita por escritura pública, mas isto não ocorreu na hipótese, o que determina a invalidade de tal garantia, devendo haver a substituição dos bens, sob pena de se violar o princípio de que a execução deve se dar de maneira menos gravosa ao devedor; ressaltam que no imóvel gravado de hipoteca são realizadas atividades agropastoris, que são a fonte de renda e sustento dos apelantes, devendo ser observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da menor onerosidade da execução; deve ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor, com a inversão do ônus da prova, para o fim de se reconhecer a onerosidade excessiva em desfavor dos apelantes, devendo ser afastadas as irregularidades, abusos e ofensas nos contratos firmados entre as partes e na presente execução; caso não seja o entendimento esposado na retórica anterior mencionada, resta evidente que à teor do artigo 914, V do CPC, foram realizadas benfeitorias no valor de R$ 8.801.902.80 no bem objeto das matrículas nº 1480, 7090, devendo as mesmas serem objeto de retenção; não obstante, em atendimento ao princípio da eventualidade, caso esta apelação não seja provida, o apelante requer a mitigação da verba honorária de 10% (dez por cento) para 2% do valor do débito, como medida mais razoável.

Por fim, requer seja dado provimento ao recurso de apelação cível para o fim de reformar a sentença de primeiro grau, para o fim de: julgar totalmente procedente os embargos à execução para afastar a totalidade da cobrança pretendida pelo apelado, por todos os motivos já expostos; caso Vossas Excelências não entendam pela procedência dos embargos, que seja ao menos reduzida a verba honorária de 10% (dez por cento), devendo ser reduzida e limitada ao percentual de 2% (dois por cento); que seja o apelado condenado ao ônus da sucumbência, assim compreendidos às custas processuais e honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 3678-3694.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposto(a) por Usina Aurora Açúcar e Álcool Ltda em face da sentença de f. 3650-3671 que, nos autos da ação de embargos à execução ajuizada em face de Banco do Brasil S.A., rejeitou os embargos opostos e declarou extinto o feito com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC. Condeno a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 2° do CPC.

Alega, em síntese, que se trata de execução promovida pelo executado, em razão de suposta dívida oriunda de cédula de crédito industrial no valor de R$ 3.659.655,38 (três milhões, seiscentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e trinta e oito centavos), sendo que sentença objurgada deve ser reformada, porque: o título é nulo, porque lhe falta certeza, exigibilidade e liquidez, uma vez que veio acompanhado de cálculos repletos de cobranças indevidas, além de graves divergências quanto às taxas aplicadas, violando o que dispõe o art. 798 do CPC; é obrigatório que a hipoteca seja feita por escritura pública, mas isto não ocorreu na hipótese, o que determina a invalidade de tal garantia, devendo haver a substituição dos bens, sob pena de se violar o princípio de que a execução deve se dar de maneira menos

gravosa ao devedor; ressaltam que no imóvel gravado de hipoteca são realizadas atividades agropastoris, que são a fonte de renda e sustento do apelante, devendo ser observados os princípio da dignidade da pessoa humana e da menor onerosidade da execução; deve ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor, com a inversão do ônus da prova, para o fim de se reconhecer a onerosidade excessiva em desfavor do apelante, devendo ser afastadas as irregularidades, abusos e ofensas nos contratos firmados entre as partes e na presente execução; caso não seja o entendimento esposado na retórica anterior mencionada, resta evidente que à teor do artigo 914, V do CPC, foram realizadas benfeitorias no valor de R$ 8.801.902.80 no bem objeto das matrículas nº 1480, 7090, devendo as mesmas serem objeto de retenção; não obstante, em atendimento ao princípio da eventualidade, caso esta apelação não seja provida, o apelante requer a mitigação da verba honorária de 10% (dez por cento) para 2% do valor do débito, como medida mais razoável.

Por fim, requer seja dado provimento ao recurso de apelação cível para o fim de reformar a sentença de primeiro grau, para o fim de: julgar totalmente procedente os embargos à execução para afastar a totalidade da cobrança pretendida pelo apelado, por todos os motivos já expostos; caso Vossas Excelências não entendam pela procedência dos embargos, que seja ao menos reduzida a verba honorária de 10% (dez por cento), devendo ser reduzida e limitada ao percentual de 2% (dois por cento); que seja o apelado condenado ao ônus da sucumbência, assim compreendidos às custas processuais e honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 3678-3694.

Pois bem.

Da alegada nulidade do título executivo

Conforme relatado, os apelantes afirmam que o título que embasa a execução é nulo, porque lhe falta certeza, exigibilidade e liquidez, uma vez que veio acompanhado de cálculos repletos de cobranças indevidas e realizadas em duplicidade, além de graves divergências quanto às taxas aplicadas, violando o que dispõe o art. 798 do CPC.

Em análise aos autos de execução, observa-se que se trata de execução de cédula de crédito industrial e seus aditivos (f. 6-49 dos Autos nº 0800497-46.2016.8.12.0022).

O art. 10 do Decreto-Lei nº 413/69, que dispõe sobre títulos de crédito industrial e dá outras providências, é expresso ao dispor acerca da suficiência da cédula de crédito industrial para fins de aparelhamento da demanda executiva:

> *"Art 10. A cédula de crédito industrial é título líquido e certo, exigível pela soma dela constante ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório."*

Outrossim, "*embora não seja um requisito para o ajuizamento da execução, consta nos autos originários extrato da conta vinculada à cédula, de modo que ainda que fosse necessário, não teriam razão os apelantes ao alegar a nulidade do título pela falta deste documento, uma vez que presente na execução*" (58-62), não havendo falar, pois, na inexigibilidade da cédula de crédito que embasa a execução, porquanto consiste em título certo, líquido e exigível.

A propósito, precedentes na jurisprudência pátria:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – IMPROPRIEDADE TÍTULO QUE EMBASA A EXECUÇÃO – NÃO CONFIGURAÇÃO – CASO EM QUE O TÍTULO QUE INSTRUI A EXECUÇÃO ESTÁ REVESTIDO DOS REQUISITOS DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE – AUSÊNCIA DO ADITIVO QUANDO DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO QUE NÃO ACARRETA NULIDADE DA EXECUÇÃO, PORQUE INSTRUÍDA COM OS DEMONSTRATIVOS DE CÁLCULO FINANCEIRO QUE DEIXAM*

CLAROS OS TERMOS DO REFINANCIAMENTO LEVADO A EFEITO PELO ADITIVO CONTRATUAL, VIABILIZANDO A DEFESA DOS EXECUTADOS – ADITIVO QUE, AO FIM E AO CABO, RESTOU JUNTADO, NÃO RESULTANDO EM NENHUMA ALTERAÇÃO EM RELAÇÃO À PRETENSÃO INICIAL – APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074847526, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 24/10/2017) "PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – CONHECIMENTO PARCIAL – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – PRETENSÃO DE RETIRADA DO NOME DOS EMBARGANTE DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – PERMANÊNCIA – BEM IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA À FAMÍLIA DADO EM GARANTIA HIPOTECARIA – DÍVIDA CONTRAÍDA PELA PESSOA JURÍDICA – FAVORECIMENTO DESTA – IMPENHORABILIDADE – INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO PREVISTA NO V, DO ARTIGO 3º, DA LEI 8.009/90 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE – TÍTULO EXECUTIVO REVESTIDO DAS FORMALIDADES LEGAIS E ACOMPANHADO DE DEMONSTRATIVO DO DÉBITO – LIQUIDEZ E CERTEZA – ART. 41 DO DECRETO-LEI Nº 413/69 – REVOGAÇÃO PELO ART. 585, INC. VII DO CPC – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – ADMISSIBILIDADE DESDE QUE PACTUADA – TJLP COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA – ADMISSIBILIDADE – ENUNCIADO Nº 288 DA SÚMULA DO STJ – SUCUMBÊNCIA – ALTERAÇÃO. 1. O recurso no ponto em que a parte não restou sucumbente carece de interesse recursal. 2. Para evitar ou excluir sua inscrição nos cadastros restritivos de crédito o devedor deve provar que: a) pende ação proposta contestando, integral ou parcialmente, a existência do débito; b) a negativa do débito em cobrança se funda em bom direito; c) depositou o valor correspondente à parte reconhecida do débito ou preste caução idônea. Não atendidos esses requisitos não há como reconhecer o impedimento de inscrição do nome no cadastro de inadimplentes. 3. A exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 deve se restringir às hipóteses em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários 2 diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios. (STJ. Agr no Ag 597.243-GO, 07.03.2005). 4. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, a teor do contido na Súmula nº 297, do STJ. 5. A cédula de crédito industrial é título executivo hábil a instruir processo executivo por força do disposto no art. 10 do Decreto-lei 413/69, uma vez revestida das formalidades legais e acompanhada do demonstrativo do débito. 6. É entendimento assente no STJ que se encontram revogadas, pelo art. 585, VI, do CPC, as normas contidas no art. 41 do DEL 413/69. (REsp 124.021/AM, Rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, j. 25/08/1998, DJ 13/10/1998) 7. É admissível o pacto de capitalização mensal de juros nas cédulas de crédito rural, industrial ou comercial (Súmula 93/STJ) 8. O Superior Tribunal de Justiça já posicionou-se firmando entendimento, segundo o qual a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários, nos termos do enunciado nº 288 da Súmula daquele Tribunal 9. A incidência da TJLP, quando utilizada como indexador de correção monetária, não exclui a possibilidade da cobrança de juros remuneratórios, nas cédulas de crédito industrial 10. Havendo reforma na sentença que importe em alteração na sucumbência observada entre as partes, impõe-se a modificação dos ônus sucumbenciais. Apelação cível conhecida em parte e, na parte conhecida, provida parcialmente." (TJ-PR - AC: 7472953 PR 0747295-3, Relator: Jucimar Novochadlo, Data de Julgamento: 16/03/2011, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 602)

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL REVESTIDO DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE – LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM 12% AO ANO – PRECEDENTES – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. Conforme a inteligência dos arts. 10 e 41, § 3º do Decreto 413/69 e do art. 585, VIII do CPC, a cédula de crédito industrial é título executivo extrajudicial, estando apta a aparelhar o feito executivo,

porquanto revestida de liquidez, certeza e exigibilidade. JUROS REMUNERATÓRIOS. Não havendo disposição do Conselho Monetário Nacional acerca da taxa de juros aplicável às cédulas industriais, impõe-se a limitação dos juros remuneratórios ao patamar de 12% ao ano. Precedentes jurisprudenciais. Negado provimento aos apelos. Unânime." (Apelação Cível Nº 70060113958, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 02/07/2014).

A alegação de que a planilha apresentada pelo recorrido apresenta erros de cálculo, cobranças indevidas e realizadas em duplicidade, além de graves divergências quanto às taxas aplicadas, violando o que dispõe o art. 798 do CPC, não retira do título, neste caso, a sua executividade.

Eventuais excessos no cálculo da dívida deverão ser objeto de impugnação por meio dos embargos à execução, seja sob o fundamento de excesso de execução ou revisão contratual, porém tal fato não desnatura o título.

A propósito:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – EXECUÇÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. A exceção de pré-executividade é cabível quando se tratar de nulidade flagrante do título, o qual, no presente caso, se apresenta em tese líquido, certo e exigível. Execução que tem por objeto cédula de crédito industrial, título executivo extrajudicial, disciplinado no Decreto-lei nº 413/69, acompanhado do cálculo demonstrativo com a evolução do débito. Eventual irregularidade ou excesso de execução, face à aplicação de juros remuneratórios ou outros encargos incabíveis, não nulifica o contrato, tratando-se de matérias invocáveis em embargos à execução. Seguimento liminarmente negado."(Agravo de Instrumento Nº 70059174656, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 16/06/2014)

E ainda,

"PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DO DEVEDOR – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL–CÓDIGODEDEFESADOCONSUMIDOR–APLICABILIDADE–EXIGÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS – NULIDADE DA EXECUÇÃO – INOCORRÊNCIA – DECOTE DO EXCESSO – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL – ADMISSIBILIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – FRP – INADMISSIBILIDADE – UTILIZAÇÃO DE TR NÃO CONFIGURADA – MULTA MORATÓRIA – LIMITE – PARCIAL PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 3º, § 2º E 52, § 1º AMBOS DO CDC, DECRETO-LEI Nº 413/1969 E ART. 586 DO CPC. Aplica-se o Código Consumerista às relações mantidas entre as pessoas físicas ou jurídicas e as instituições financeiras. O instrumento de crédito não se nulifica se no seu contexto contiver encargos excessivos ou contrários ao ordenamento jurídico, sendo suficiente que se decote o que está a extrapolar os limites legislativos. Afasta-se a regra geral que proíbe a prática de anatocismo sempre que houver dispositivo legal que o admita, como ocorre no caso dos deveres assumidos em cédula rural, impondo-se, todavia, que as partes tenham acordado, prévia e expressamente, nesse sentido. Resultando a comissão de permanência de ato regulamentador do Banco Central, enquanto a correção monetária tem berço legislativo, é de se aplicar a última, sendo vedada a incidência de ambas, simultaneamente. Objetivando a correção monetária apenas a preservar a atualização do valor da dívida, deve ser corrigida segundo as variações do IPC, pactuado pelas partes, não podendo se repreender a utilização da TR, no caso concreto, eis que não foi configurada sua utilização no cálculo do valor exequendo. A multa moratória é de 2% (dois por cento) sobre o débito, notadamente, quando ausente sua aplicação no contrato executado."(TJMG - Apelação Cível 1.0024.03.162142-8/001, Relator (a): Des.(a) Dorival Guimarães Pereira , 5ª Câmara Cível, julgamento em 04/10/2007, publicação da sumula em 25/10/2007)

Desse modo, neste ponto fica mantida a decisão objurgada.

Da alegada nulidade da garantia hipotecária por ausência de escritura pública.

No que tange à alegação de nulidade da execução em função da não observância das regras contidas nos artigos 14, V e 31, ambos do Decreto-Lei nº 413/69, também não merece prosperar o presente recurso.

Com efeito, dispõem referidos dispositivos:

> *"Art 14. A cédula de crédito industrial conterá os seguintes requisitos, lançados no contexto:*
>
> *(...) V - descrição dos bens objeto do penhor, ou da alienação fiduciária, que se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade e marca, se houver, além do local ou do depósito de sua situação, indicando-se, no caso de hipoteca, situação, dimensões, confrontações, benfeitorias, título e data de aquisição do imóvel e anotações (número, livro e folha) do registro imobiliário."*
>
> *"Art 31. A inscrição far-se-á na ordem de apresentação da cédula, em livro próprio denominada "Registro de Cédula de Crédito Industrial", observado o disposto nos artigos 183, 188, 190 e 202, do Decreto 4.857, de 9 de novembro de 1939.*
>
> *§ 1º Os livros destinados à inscrição da cédula de crédito industrial serão numerados em série crescente a começar de 1 (um) e cada livro conterá termos de abertura e de encerramento, assinados pelo Juiz de Direito da Comarca, que rubricará todas as folhas.*
>
> *§ 2º As formalidades a que se refere o parágrafo anterior precederão a utilização do livro.*
>
> *§ 3º Em cada Cartório haverá, em uso, apenas um livro" Registro de Cédula de Crédito Industrial", utilizando-se o de número subsequente depois de findo o anterior."*

Nota-se que a cédula de crédito industrial acostada à inicial traz no item "garantias" a informação de que o bem imóvel gravado de hipoteca, de propriedade dos intervenientes garantes, consta com todas suas características, confrontações e benfeitorias, do título de propriedade anexado à cédula e que dela fará parte integrante até sua final liquidação, havendo descrição no título executivo de suas características, número de matrícula, cartório de registro, localização, tamanho, etc.

Também é possível identificar a matrícula do imóvel dado em garantia, com todas suas características, confrontações e benfeitorias, sendo certo ainda que, consoante ressaltou o julgador singelo, a própria cédula traz à f. 16, cláusula dispondo o seguinte: "*Para fins de direito, integram-se também ao (s) imóvel (is) hipotecado (s) todas as benfeitorias existentes ou as que estas sobrevierem*".

Ademais, importante destacar as regras contidas nos arts. 24 e 25 do Decreto-Lei nº 413/69, que preconizam:

> *"Art. 24: São abrangidos pela hipoteca constituída as construções, respectivos terrenos, instalações e benfeitorias.*
>
> *Art 25. Incorporam-se na hipoteca constituída as instalações e construções, adquiridas ou executadas com o crédito, assim como quaisquer outras benfeitorias acrescidas aos imóveis na vigência da cédula, as quais, uma vez realizadas, não poderão ser retiradas ou destruídas sem o consentimento do credor, por escrito."*

Diante disso, constando da cédula de crédito industrial que integram o bem hipotecado todas as benfeitorias existentes ou as que a estas sobrevierem, desnecessária sua descrição, porquanto a integralidade destas incorporam de pleno direito ao bem hipotecado, conforme ajustado entre as partes e disposto na legislação pertinente.

Quanto à matéria, veja o que dispõe o Decreto-Lei nº 413/69:

> *"Art 25. Incorporam-se na hipoteca constituída as instalações e construções,*

adquiridas ou executadas com o crédito, assim como quaisquer outras benfeitorias acrescidas aos imóveis na vigência da cédula, as quais, uma vez realizadas, não poderão ser retiradas ou destruídas sem o consentimento do credor, por escrito.

Parágrafo único. Faculta-se ao credor exigir que o emitente faça averbar, à margem da inscrição principal, a constituição de direto real sobre os bens e benfeitorias referidos neste artigo.

Art 26. Aplicam-se à hipoteca cedular os princípios da legislação ordinária sobre hipoteca, no que não colidirem com o presente Decreto-Lei." (destaquei)

Portanto, é faculdade do credor exigir do devedor a averbação da constituição da hipoteca à margem da matrícula do imóvel, aplicando-se à hipoteca cedular os princípios da legislação ordinária apenas naquilo que não colida com as regras do citado Decreto.

Logo, não há obrigatoriedade de constituição da hipoteca mediante escritura pública, bastando a constituição no próprio título, como na hipótese, consoante se infere da f. 22 da ação de execução.

Da alegada necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso.

Neste ponto, tenho que assiste razão aos apelantes, pois segundo disposto na Súmula 297: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."*

Os Tribunais Pátrios comungam desse entendimento.

"APELAÇÃO CÍVEL – NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – Impropriedade título que embasa a execução e alegação de pagamento – Não configuração – Caso em que o título que instrui a execução está revestido dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade – Ademais, embora possível o reconhecimento da relação de consumo e consequente aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor inclusive com relação à inversão do ônus da prova, tal circunstância não exime o devedor, mormente se tratando de embargos à execução de título extrajudicial, de trazer elementos mínimos de prova para respaldar o direito que alega ter, o que não ocorreu na hipótese dos autos – Ausência de prova da alegada quitação – Revisão contratual e aplicação do CDC – Viabilidade – Revisão em sede de embargos com aplicação da lei consumerista que se mostra viável, porquanto fundada na ocorrência de abusividades que levam ao desequilíbrio contratual entre a instituição financeira e um empresa – Revisão limitada às alegações específicas da embargante, porque em sede embargos à execução, cabe a esta indicar expressamente quais as cláusulas e cobranças que entende ilegais/abusivas – Juros remuneratórios – Limitação ao patamar de 12% ao ano – Desnecessidade – Caso em que os encargos financeiros contratados entre as partes se referem à taxa de juros de longo prazo (TJLP), que restou estipulada como índice de remuneração do capital, acrescidos de juros de 5,5 % ao ano, e não há prova de que, somados, estejam além ao limite legal de 12% ao ano – Comissão de permanência – Embora constatada a existência de cláusula abusiva no tocante à comissão de permanência e, portanto, nula, em tese, no caso dos autos não há nenhuma repercussão econômica em favor da parte embargante, pois o cálculo apresentado não cumulou a comissão de permanência com outros encargos de mora – Tarifas administrativas – Embora a contratação seja de julho de 2008 e haja previsão contratual a respeito, não há prova da efetiva cobrança com relação às tarifas administrativas, descabendo, portanto, revisão a respeito – IOF – Possibilidade da cobrança reconhecida em recurso repetitivo – APELAÇÃO DESPROVIDA." (Apelação Cível nº 70075781666, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 27/02/2018)

E ainda,

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CIVIL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA – CAPITALIZAÇÃO

MENSAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. A sentença concisa e fundamentada não encerra nulidade, se atende aos aspectos formais e materiais, com indicação precisa dos motivos de convencimento do julgador e as normas que amparam a conclusão. "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados entre instituições financeiras e agricultor, pessoa física, ainda que para viabilizar o seu trabalho como produtor rural"(STJ, AgRg no REsp 1329839/MA). Embora a jurisprudência admita que o alongamento da dívida não constitui uma faculdade da instituição financeira, mas um direito do credor (STJ, Súm. 298), sua concessão somente é possível quando preenchidos os requisitos legais. A capitalização mensal de juros remuneratórios é permitida nas cédulas de crédito rural por previsão específica do Decreto-Lei nº 167 de 1967 (STJ, Súm. 93 e REsp 1333977/MT). "Nas Cédulas de Crédito Rural, Industrial ou Comercial, conforme entendimento pacífico desta Corte, a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, apenas a taxa de juros remuneratórios pactuada, elevada de 1% ao ano, a título de juros de mora, além de multa e correção monetária. Precedentes. Súmula nº 83/STJ" (STJ, AgRg no AREsp nº 429.548/SP). Ficam mantidos os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação que respeitam a determinação legal e se ajustam ao tempo de duração do processo (CPC/15, art. 85, § 2º). Havendo sucumbência mínima de uma das partes, a outra responderá pela integralidade das despesas e honorários (CPC/15, art. 86, p.ú.)." (TJMG - Apelação Cível1.0040.08.080754-4/001, Relator (a): Des.(a) Manoel dos Reis Morais , 10ª Câmara Cível, julgamento em 16/05/2017, publicação da sumula em 16/06/2017).

Apesar disso, mesmo que se reconheça a aplicação no caso das normas consumeristas, tal não ilide o entendimento ora esposado acerca das alegações de nulidades da execução.

Ressaltam ainda o recorrente que no imóvel gravado de hipoteca são realizadas atividades agropastoris, que são a fonte de renda e sustento do apelante, devendo ser observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da menor onerosidade da execução.

Nesse passo, conforme ressaltou o julgador singular o que se observa é que foi o próprio apelante que ofereceu o bem em garantia real, quando já exerciam a atividade agropastoril mencionada.

Desse modo, por meio de livre manifestação de vontade gravaram o bem com garantia real em favor do recorrido, a fim de obterem o crédito necessário ao desenvolvimento de sua atividade empresarial. Assim, não podem agora alegar em seu favor tal exceção, porque não se pode afastar o princípio da boa-fé dos contratos em geral. Ante tal, também neste ponto não merece reparo a decisão objurgada.

Por todas essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de reformar a sentença apenas no sentido de possibilitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, restando mantida nos demais termos e efeitos.

Tendo em vista o resultado deste recurso, com relação aos honorários recursais, fixo referida verba em 5% sobre o valor atualizado da causa, sendo que 80% dos 5% são dos advogados do banco e 10% dos advogados dos apelantes.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (1° vogal)

Acompanho o voto do Relator.

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

Usina Aurora Açúcar e Álcool Ltda nos autos de Embargos À Execução, de nº 0800062-38.2017.8.12.0022, em que contende com o Banco do Brasil S.A., interpõe recurso de apelação cível.

A sentença em questão rejeitou os embargos opostos e declarou extinto o feito com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC, bem como condenou a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85,

§ 2° do CPC. O i. Relator manteve o julgado de primeira instância, porém reformou a sentença apenas no sentido de possibilitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, restando mantida nos demais termos e efeitos.

Pois bem, a divergência cinge apenas quanto a aplicação da legislação consumerista afeta a cédula de crédito industrial no valor de R$ 3.659.655,38 (três milhões, seiscentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e trinta e oito centavos), a qual tem por finalidade capital de giro.

A recorrente aduz que é plenamente possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor de pessoa jurídica, uma vez que é destinatária final do valor contratado, sendo devida, outrossim, a inversão do ônus da prova, já que presentes os requisitos autorizadores.

O presente caso não está subordinado às regras do Código de Defesa do Consumidor, conforme bem explicitado pela magistrada singular (f. 3634-3635), porquanto a Corte Superior tem firmado entendimento de que nos financiamentos bancários para incremento da atividade negocial da pessoa jurídica - cédula de crédito industrial - não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista, porque a recorrente não pode ser considerada consumidora, nos termos do art. 2º, do CDC, já que não é destinatária final dos serviços adquiridos com o recorrido, bem como porque não demonstrado que se encontre em situação de vulnerabilidade em relação a outra parte.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CONSUMIDOR – FINANCIAMENTO BANCÁRIO – PESSOA JURÍDICA – INCREMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO.* ***1. Não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista aos financiamentos bancários para incremento da atividade negocial, haja vista não se tratar de relação de consumo nem se vislumbrar na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final prevista no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ.*** *(...).3. Agravo Regimental não provido."* (AgRg no REsp 1033736/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 30/05/2014). Destacado
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO APELO – AFASTADAS – NO MÉRITO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PESSOA JURÍDICA QUE NÃO PODE SER ENQUADRADA COMO DESTINATÁRIA FINAL DOS PRODUTOS/SERVIÇOS E QUE NÃO DEMONSTRA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE – ABUSIVIDADE DOS ENCARGOS PACTUADOS – NÃO DEMONSTRADA – EXISTÊNCIA OU NÃO DE INTERESSE DE NOVAR – AUSÊNCIA DE PACTOS DEMONSTRANDO A EXISTÊNCIA DE RENEGOCIAÇÕES DE DÍVIDAS ANTERIORES – DA RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS E MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – MATÉRIAS PREJUDICADAS – APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Não há que se falar em não conhecimento do recurso por aplicação do art. 578, § 1º, do CPC/73, porquanto aquele Diploma Processual encontra-se revogado, bem como porque a norma correspondente no CPC/2015 (art. 932, IV, 'a'), não impede o conhecimento da súplica. O princípio da dialeticidade impõe ao recorrente o dever de expor as razões de seu inconformismo, contrastando a decisão recorrida com outros argumentos suficientes para levar o Tribunal a adotar um outro entendimento. Assim, verificando-se, da leitura da peça recursal, que a recorrente atacou os fundamentos da decisão, o recurso deve ser conhecido. O STJ excepcionalmente admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra, o que, no entanto, não é o caso dos autos. Inexistindo qualquer abusividade nos encargos pactuados, não há que se falar em revisão dos ajustes questionados. Não havendo comprovação de que foram celebrados vários pactos com a finalidade de renegociação, descabida a apreciação de que não houve intenção de novar. Em virtude do resultado do julgamento, tornam-se prejudicadas as matérias referentes à restituição dos valores que teriam sido cobrados indevidamente e de modificação do ônus de sucumbência."* (TJMS. Apelação nº 0803509-

34.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 05/10/2018, p: 08/10/2018)

Além disso, não há que se falar em inversão do ônus da prova, pois, como já dito, inaplicáveis as disposições do CDC.

Destarte, a discussão apresentada no feito deve seguir as regras da legislação civil comum e bancária.

Todavia, tal fato não afasta a possibilidade de relativização do princípio da força obrigatória dos contratos, a fim de se obter o equilíbrio nas relações contratuais, desde que a parte autora comprove o fato constitutivo do seu direito.

Diante do exposto, peço vênia ao i. Relator para divergir em parte e negar provimento, mantendo a sentença integralmente com seus fundamentos. Em relação aos honorários recursais, acompanho o i. Relator para fixar referida verba em 5% sobre o valor atualizado da causa, porém considerando o resultado diverso, tal percentual deverá ser integralmente em favor dos advogados do banco.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan (3° vogal)

Peço vênia ao eminente Relator para dele divergir e, assim, acompanhar a divergência e o entendimento explicitado pelo Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Somo aos fundamentos apresentados, o julgamento, pela Terceira Turma do STJ, do REsp nº 1.348.081/RS, de relatoria do Ministro João Otávio, no mesmo sentido de inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em caso semelhante ao destes autos.

Permito-me transcrever parte do voto do eminente Ministro, especificamente sobre a questão, *verbis*:

> *"III - Recurso Especial da Fazenda Nacional*
>
> *a) Incidência do Código de Defesa do Consumidor*
>
> *A União pugna pela não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, sob o principal argumento de que os financiamentos de que tratam os autos foram obtidos com o fim de fomentar atividade produtiva.*
>
> *Com razão a recorrente.*
>
> *A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados entre instituições financeiras e agricultor, mas pessoa física:*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – PROCURAÇÃO – AUTENTICAÇÃO – DESNECESSIDADE – SÚMULA Nº 306/STJ – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURADO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – REQUISITOS ATENDIDOS – FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO IMPUGNADOS NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL – SÚMULA Nº 283/STF AFASTADA – SÚMULA Nº 7 DO STJ – NÃO APLICAÇÃO – CONTRADIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO AFASTADA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – LICITUDE DA COBRANÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – COMPENSAÇÃO – CABIMENTO. 1. É desnecessária a autenticação de cópia de procuração e de substabelecimento, porquanto se presumem verdadeiros os documentos juntados aos autos pelo autor, cabendo à parte contrária arguir-lhe a falsidade.*
>
> *2. A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário depende da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado.*
>
> *3. A partir do vencimento do mútuo bancário, o devedor responderá exclusivamente*

pela comissão de permanência (assim entendida como juros remuneratórios à taxa média de mercado acrescidos de juros de mora e multa contratual) sem cumulação com correção monetária (Súmula nº 30 do STJ).

4. Nos termos do artigo 21, caput, do CPC, em caso de sucumbência recíproca, as custas processuais e os honorários advocatícios devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados. Súmula nº 306/STJ.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp nº 1.329.839/RS, relator Ministro Sidnei Benetti, DJe de 18.9.2012.)

A Segunda Seção desta Corte adotou a teoria subjetiva ou finalista na interpretação do conceito de consumidor, superando a discussão sobre o alcance da expressão "destinatário final" (art. 2º do CDC). Assim, entende-se que consumidor é aquele que, no ciclo da atividade econômica, retira de circulação o bem ou serviço a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação pessoal. Portanto, para ser classificado como consumidor, o adquirente do bem ou serviço deve dar-lhe destinação final econômica, e não só fática. Confiram-se estes precedentes:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – SOCIEDADE EMPRESÁRIA – CONSUMIDOR – DESTINATÁRIO FINAL ECONÔMICO – NÃO OCORRÊNCIA – FORO DE ELEIÇÃO – VALIDADE – RELAÇÃO DE CONSUMO E HIPOSSUFICIÊNCIA – NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1 - A jurisprudência desta Corte sedimenta-se no sentido da adoção da teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido (REsp 541.867/BA).

2 - Para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor.

2 - No caso em tela, não se verifica tal circunstância, porquanto o serviço de crédito tomado pela pessoa jurídica junto à instituição financeira de certo foi utilizado para o fomento da atividade empresarial, no desenvolvimento da atividade lucrativa, de forma que a sua circulação econômica não se encerra nas mãos da pessoa jurídica, sociedade empresária, motivo pelo qual não resta caracterizada, in casu, relação de consumo entre as partes.

3 - Cláusula de eleição de foro legal e válida, devendo, portanto, ser respeitada, pois não há qualquer circunstância que evidencie situação de hipossuficiência da autora da demanda que possa dificultar a propositura da ação no foro eleito.

4 - Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo." (CC nº 92.519/SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, DJe de 4.3.2009.)

Na espécie, o objeto da ação é o financiamento rural de pessoas jurídicas, tanto que a ação foi promovida por Arrozeira Chasqueiro Ltda., Cia Agrícola Extremo Sul, Frigorífico Extremo Sul S.A., Granja Mangueira Agropecuária S.A., Cooperativa Arrozeira Extremo Sul Ltda. e mais duas pessoas físicas, a saber, Érico da Silva Ribeiro e Laura Piriz Ribeiro, tratando-se de um conglomerado, como esclarece o Banco do Brasil em sua peça de f. 1.125-1.224. Foram vários financiamentos rurais, que somam centenas de milhões de dólares, desde os idos da década de 1980.

Portanto, a tomada de empréstimos por pessoa natural e jurídica com a finalidade de implementar ou incrementar sua atividade negocial não se caracteriza como relação de consumo, e sim como atividade produtiva. Os autores da ação levantaram dinheiro por anos

consecutivos, a juros subsidiados, como são os da espécie, e não devolveram nada, tanto que tais créditos tiveram o destino da securitização, absorvendo o Governo Federal os prejuízos a eles inerentes.

Não havendo, pois, relação de consumo, o recurso especial da União deve ser provido para se declarar que o Código de Defesa do Consumidor não tem incidência sobre as operações constantes do presente feito."

No caso, não caracterizada a relação de consumo, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Acompanho o voto do eminente Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso nos termos do voto do relator, vencidos os 2º e 3º vogais que negavam provimento. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 1º de agosto de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0001674-81.2011.8.12.0013 - Jardim

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS PELO CÔNJUGE DO EXECUTADO – RECURSO DO EMBARGADO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA EMBARGANTE – PREJUDICADA – MÉRITO – EXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA, OBRIGANDO OS BENS COMUNS DO CASAL E TAMBÉM OS PARTICULARES – COMPETE AO CÔNJUGE DO EXECUTADO, ORA EMBARGANTE, O ÔNUS DA PROVA DA INEXISTÊNCIA DE BENEFÍCIO FAMILIAR – SENTENÇA REFORMADA, PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DE TERCEIRO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – RECURSO DO ADVOGADO DA EMBARGANTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PREJUDICIADO, DIANTE DO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA.

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 arguida e, no mérito, dar provimento ao recurso de Geraldo Augusto Siqueira Ribas e não conhecer do recurso de Heron dos Santos Filho, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de apelações interpostas por Geraldo Augusto de Siqueira Ribas e Heron dos Santos Filho em face da sentença proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos por Lucimeire Bearari, a qual determinou a desconstituição da penhora efetivada sobre 50% do imóvel descrito na inicial, a fim de respeitar a meação da embargante.

Geraldo Augusto de Siqueira Ribas alega preliminar de ilegitimidade da apelada para a oposição dos embargos de terceiros, eis que casada, à época da assunção da dívida, sob o regime de comunhão universal de bens com o devedor emitente do título, tendo sido regularmente intimada da penhora.

No mérito, afirma que não há prova nos autos de que a dívida não foi contraída em benefício da família, motivo pelo qual deve ser mantida a penhora sobre a totalidade do imóvel penhorado. Assim, requer a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Heron dos Santos Filho, advogado da embargante Lucimeire Bearari, pleiteia a reforma da r. sentença, a fim de que os honorários advocatícios sejam arbitrado em 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído a causa, devidamente atualizado.

Contrarrazões às f. 141-143 e 146-150.

Os apelos foram inicialmente distribuídos ao Des. Alexandre Bastos, porém, em sessão de julgamento foi suscitada questão de ordem pelo Des. Sideni Soncini Pimentel, quanto a minha prevenção para julgamento.

Sendo acolhida a questão de ordem, os autos foram a mim remetidos, para novo julgamento.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de apelações interpostas por Geraldo Augusto de Siqueira Ribas e Heron dos Santos Filho em face da sentença proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos por Lucimeire Bearari, a qual determinou a desconstituição da penhora efetivada sobre 50% do imóvel descrito na inicial, a fim de respeitar a meação da embargante.

Síntese dos autos

Lucimeire Bearari ajuizou ação de embargos de terceiro em desfavor de Geraldo Augusto de Siqueira Ribas.

Na inicial, alegou que é ex-esposa de Derli Martins, o qual é executado por Geraldo Augusto de Siqueira Ribas.

Afirmou que o imóvel de matrícula nº 13.721 foi penhorado nos autos da execução e, como o bem foi adquirido na constância do matrimônio, tem direito a 50% do imóvel a título de meação. Ademais, não teria participação na obrigação contraída pelo ex-marido, motivo pelo qual requereu a desconstituição da penhora recaída sobre sua metade do imóvel.

O juízo *a quo* julgou procedente os pedidos iniciais, condenando a parte embargada ao pagamento de custas e honorários advocatícios, no valor de R$ 1.000,00.

Da sentença, sobreveio os apelos.

Geraldo Augusto de Siqueira Ribas, embargado na ação, alega preliminar de ilegitimidade da apelada para a oposição dos embargos de terceiros, eis que casada, à época da assunção da dívida, sob o regime de comunhão universal de bens com o devedor emitente do título, tendo sido regularmente intimada da penhora.

No mérito, afirma que não há prova nos autos de que a dívida não foi contraída em benefício da família, motivo pelo qual deve ser mantida a penhora sobre a totalidade do imóvel penhorado. Assim, requer a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Heron dos Santos Filho, advogado da embargante Lucimeire Bearari, pleiteia a reforma da r. sentença, a fim de que os honorários advocatícios sejam arbitrado em 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído a causa, devidamente atualizado.

Recurso de Geraldo Augusto de Siqueira Ribas

Preliminar de ilegitimidade ativa

Destaca-se, de saída, que, irei reformar o julgado para decreto de improcedência do pedido, restando prejudicada a alegação de ilegitimidade *ad causam* da autora da ação, dado que, nos termos do artigo 488 do Código de Processo Civil, *"desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485"*.

Em outras palavras, como no caso é possível a resolução do mérito em favor do apelante, a quem aproveitaria a extinção sem julgamento de mérito, irei priorizar a sentença definitiva, ao invés da terminativa.

Isso porque, o referido artigo 488 do NCPC funda-se no princípio da economia, uma vez que visa evitar diverso ajuizamento de demanda, sendo que, no presente momento, é possível chegar a mesma conclusão.

Sendo assim, superada tal questão, no mérito, comporta acolhida o apelo interposto.

Mérito recursal

O apelante (embargado/exequente) pede provimento ao recurso para acolher a tese de que incumbia à apelada fazer prova que a dívida não foi contraída em benefício da família, e disso não se desincumbiu.

E a meu ver, entendo de fato que a apelada não se desincumbiu do ônus que lhe competia, nos termos do art. 373, I, do CPC/15, ou seja, de provar o fato constitutivo do seu direito.

Explico,

Dispõe o art. 790, IV, do NCPC, que: "São sujeitos à execução os bens: (...) do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida".

O Código Civil, por seu turno, estabelece solidariedade entre os cônjuges em relação a dívidas contraídas para aquisição de bens necessários à economia doméstica (arts. 1.643 e 1.644):

> *"Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:*
>
> *I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;*
>
> *II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir".*
>
> *"Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges".*

Ademais, a jurisprudência é assente em admitir tal solidariedade quanto às dívidas contraídas em favor ou proveito do casal ou da família.

Sobre o assunto, leciona Sérgio Shimura:

> *"(...) A lei civil, ao dispor sobre o regime de bens entre os cônjuges, permite a qualquer deles, independentemente de autorização do outro, a efetuar compras ou obter empréstimos para aquisição de coisas necessárias à mantença doméstica (art. 1.643, CC). Nessas situações, as dívidas contraídas por um deles geram obrigação solidária entre ambos (art. 1.644, CC). Essa ideia de solidariedade é transportada para o processo, em que, mesmo que um dos cônjuges tenha contraído a dívida, os bens do outro, próprios ou de sua meação, podem ser atingidos pela execução."* (BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). Comentários ao código de processo civil vol. 3 (arts. 539 a 925). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 555)

Percebe-se, assim, que para afastar a presunção de solidariedade, deve o outro cônjuge comprovar que o débito não foi obtido em proveito à família. O ônus da prova é do cônjuge, porque o credor, alheio à economia doméstica, não poderia ser responsável por essa demonstração.

E, no caso dos autos, entendo que existem provas de que a obrigação reverteu-se em proveito da apelada/embargante.

Primeiramente, verifica-se que a dívida objeto da execução fora contraída pelo cônjuge da apelada no ano de 1.995, consoante faz prova o documento de fs. 12, ao tempo em que a apelada era casada sob o regime de comunhão universal de bens, conforme demonstram sua certidão de casamento (f. 17) e respectiva averbação do divórcio (f. 55-56).

Como se não bastasse, como mencionado pelo Des. Alexandre Bastos à f. 176 (entendimento ao qual me filio):

> *"(...) O que há são elementos nos autos que apontam que reverteu, sim. Um desses elementos é que, quando do divórcio, a embargante assume o conhecimento da dívida e, portanto, não é o que ordinariamente aconteça do art. 375 do CPC, que esse valor tenha sido utilizado exclusivamente pelo seu ex-esposo, mormente e aqui está o outro elemento dos autos, se ele exerce a atividade de trabalhador rural, em corroborando que os valores foram investidos no imóvel rural do casal, à época"* - f. 176.

Nesses termos, entendo que a apelada não se desincumbiu do seu ônus probatório, de demonstrar que a dívida não foi contraída em benefício da família, motivo pelo qual a sentença deve ser reformada.

Conclusão

Ante ao exposto, conheço e dou provimento ao recurso interposto por Geraldo Augusto de Siqueira Ribas, para julgar improcedente o pedido contido na ação de embargos de terceiros e, por via de consequência, não conheço do recurso interposto por Heron dos Santos Filho, por perda de objeto superveniente (vez que pedia a majoração dos honorários sucumbenciais fixados na sentença).

Inverto o ônus da sucumbência contido na sentença. Sem sucumbência recursal do art. 85, § 11 do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade rejeitaram a preliminar arguida e, no mérito, deram provimento ao recurso de Geraldo Augusto Siqueira Ribas e não conheceram do recurso de Heron dos Santos Filho, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 09 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Agravo de Instrumento nº 1406192-90.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE AUTORIZOU A ONERAÇÃO DE IMÓVEL DAS RECUPERANDAS PARA A OBTENÇÃO DE CAPITAL DE GIRO – POSSIBILIDADE DA ALIENAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 66 DA LEI Nº 11.101/05, ANTE A COMPROVAÇÃO DE SUA UTILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, 9 de julho de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Banco Santander S/A interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da recuperação judicial da São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria Ltda e outras, autorizou a alienação do bem pertencente ao ativo do grupo São Bento matriculado sob o número 65.637, na cidade de Campo Grande/MS.

Afirma que a decisão equivocou-se em autorizar a alienação do bem da empresa recuperanda, uma vez que já existe plano de recuperação aprovado e a alienação de ativos pode comprometer seu cumprimento, de modo que compete aos credores deliberarem acerca da alienação proposta, mediante o respectivo aditamento ao plano de recuperação judicial.

Salienta que o juízo de origem é incompetente para deferir o pedido de alienação de bem, pois seria da Assembleia Geral de Credores a submissão da proposta de alienação do imóvel.

Afirma que o plano de recuperação judicial ainda está sob análise do Judiciário e contém previsão genérica sobre a alienação de ativos, sendo esta nula de pleno direito.

> *"(...) Assim, tendo em vista que a forma como as agravadas apresentaram a previsão de alienação de ativos é incontestavelmente genérica e não garante a transparência necessária que se recomenda à apreciação do agravante e dos demais credores, referida clausula é nula de pleno direito"* - f. 11.

Por fim, afirmam que não foi demonstrada pela agravada a utilidade na venda do imóvel.

Pleiteia o recebimento do recurso em ambos os efeitos, sob o fundamento de que a agravante e todos os demais credores terão prejuízo de difícil reparação, diante do risco de as agravadas se desfazerem arbitrariamente do seu patrimônio.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos.

Contrarrazões às f. 546-555.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Banco Santander S/A interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juízo da Vara de Falências, Recuperações, Insolvências e Cartas Precatórias Cíveis da Comarca de Campo Grande/MS que, nos autos da recuperação judicial da São Bento Comércio de Medicamentos e Perfumaria Ltda e outras, autorizou a alienação do bem pertencente ao ativo do grupo São Bento matriculado sob o número 65.637, na cidade de Campo Grande/MS.

Afirma que a decisão equivocou-se em autorizar a alienação do bem da empresa recuperanda, uma vez que já existe plano de recuperação aprovado e a alienação de ativos pode comprometer seu cumprimento, de modo que compete aos credores deliberarem acerca da alienação proposta, mediante o respectivo aditamento ao plano de recuperação judicial. Salienta que o juízo de origem é incompetente para deferir o pedido de alienação de bem, pois seria da Assembleia Geral de Credores a submissão da proposta de alienação do imóvel.

Assevera que o plano de recuperação judicial ainda está sob análise do Judiciário e contém previsão genérica sobre a alienação de ativos, sendo esta nula de pleno direito.

> *"(...) Assim, tendo em vista que a forma como as agravadas apresentaram a previsão de alienação de ativos é incontestavelmente genérica e não garante a transparência necessária que se recomenda à apreciação do agravante e dos demais credores, referida cláusula é nula de pleno direito"* - f. 11.

Por fim, afirma que não foi demonstrada pela agravada a utilidade na venda do imóvel.

Nesses termos, pugna pela reforma da r. decisão, a fim de obstar a oneração do bem imóvel de matrícula nº 65.673.

Pois bem.

Conforme o art. 66, *caput*, da Lei 11.101/05, a empresa recuperanda não poderá onerar seus bens, com exceção de evidente utilidade reconhecida pelo Juízo:

> *"Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial."*

A respeito de referido dispositivo legal Fábio Ulhoa Coelho comenta o seguinte:

> *"(...) O empresário individual ou a sociedade empresária em recuperação judicial não tem suprimida sua personalidade jurídica. Continua existindo como sujeito de direito apto a contrair obrigações e titularizar crédito. Uma única restrição sofrerá em sua personalidade. Os atos de alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo permanente só podem ser praticados se úteis à recuperação judicial. A utilidade do ato é presumida em termos absolutos se previstos no plano de recuperação judicial aprovado em juízo. Nesse caso, o bem pode ser vendido ou onerado, independentemente de qualquer outra formalidade ou anuência. Mas, se não constarem do plano de recuperação homologado ou aprovado pelo juiz, a utilidade do ato para a recuperação judicial deverá ser apreciada pelos órgãos desta. Assim, a alienação ou oneração só poderá ser praticada mediante prévia autorização pelo juiz, ouvido o Comitê"* (Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 66).

Percebe-se, portanto, que a não oneração é a regra que, em situações excepcionais, poderá ser mitigada.

E, quanto a utilidade da medida, verifica-se que está presente. As recuperandas apontaram nos autos principais que o valor obtido com a alienação do imóvel de matrícula nº 65.673 será utilizado para a formação de capital de giro, qual seja, para manter as atividades da empresa através de injeção de capital diretamente no caixa.

Ademais, restou comprovado que o imóvel em questão não constitui bem essencial à empresa, por tratar-se de unidade fechada, que além de não trazer qualquer lucro para as recuperandas, acaba por acumular prejuízos.

Isso, inclusive, foi mencionado pelo administrador judicial em seu parecer de concordância pela oneração de bens das recuperandas (f. 97-103 dos autos originais):

> *"(...) Assim sendo, pode-se verificar que o bem relacionado para alienação e que se encontra fechado e sem inquilino, apesar de possuir valor significativo, não representa, caso vendido, o esvaziamento dos bens da empresa e sua venda será convertida em geração de receita para manutenção de suas atividades, posto que as recuperandas apontam que o valor obtido com a alienação será utilizado para a formação de capital de giro, qual seja, para manter as atividades da empresa através de injeção de capital diretamente no caixa. (...)*
>
> *Noutro norte, não se pode perder de vista que a empresa permanece em sede de recuperação judicial, e, portanto, busca seu reestabelecimento no mercado e que sem competitividade e poder de compra está fadada ao fim eminente, não alcançando assim o louvável objetivo da recuperação judicial de empresas, levando centenas de funcionários ao desemprego".*

Quanto ao valor do imóvel, conforme salientado pelo administrador judicial, constitui apenas aproximadamente 1,37% do patrimônio da empresa, de maneira que, ainda que o imóvel fosse vendido pela menor oferta do mercado, a empresa perderia 0,137% de seu patrimônio – f. 102 dos autos originais – parecer do administrador judicial.

De outra banda, esperar a realização de uma nova Assembleia Geral de Credores, para que esta delibere sobre a alienação de bens da recuperanda, é praticamente inviabilizar a venda.

Isso porque, a Assembleia Geral de Credores, que aprovou o plano de recuperação judicial foi anulada por acórdão em Agravo nos Autos nº 1404715-03.2017.8.12.0000.

De referido acórdão, foi interposto Recurso Especial nº 1404715-03.2017.8.12.0000/50003, o qual se encontra suspenso, uma vez que outra decisão judicial em ação conexa (Edcl nº 1404736.76-2017.8.12.0000/5000) entendeu por bem anular o referido acórdão.

Portanto, uma nova Assembleia Geral de Credores nem mesmo possui previsão de ser realizada. Há de se aguardar o deslinde da matéria nas Cortes Superiores, motivo pelo qual não vejo óbice em ser decidida a oneração por agora, pelo juízo da recuperação judicial (como assim já foi feito em momentos anteriores).

Assim, vislumbro que a decisão agravada conforme foi proferida buscou preservar a recuperação das empresas envolvidas, o que é o fim maior do procedimento de recuperação judicial**.**

Ademais, consigno que medida como esta, de oneração patrimonial de bens da recuperanda, já foi concedida, conforme se verifica do Agravo de nº 1410153-10.2017.8.12.0000:

> *"EMENTA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE AUTORIZOU A ONERAÇÃO DE IMÓVEIS DAS RECUPERANDAS PARA CONCESSÃO DE LINHAS DE CRÉDITO JUNTO A FORNECEDORES – POSSIBILIDADE DA ALIENAÇÃO E ONERAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 66 DA LEI Nº 11.101/05, ANTE A COMPROVAÇÃO DE SUA UTILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO".* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410153-10.2017.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 07/11/2017, p: 08/11/2017)

Nesses termos, com fulcro no fim precípuo de preservação do interesse social da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), cumulado com a reconhecida importância da oneração de bens no processo de soerguimento das recuperandas (art. 66 da Lei 11.101/05), hei por bem manter a decisão agravada, pelos fundamentos expostos acima.

Conclusão

Ante ao exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo intacta a decisão agravada.

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. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 09 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0833960-08.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – HOMICÍDIO EM PRAÇA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO – CONDUTA OMISSIVA – AUSÊNCIA DE CULPA OU DOLO ESTATAL – ATO DE TERCEIRO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIO.

Nas situações em que o dano somente foi possível em decorrência da omissão do Poder Público (o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente), deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva.

Se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. Se não foi o autor, cabe responsabilizá-lo apenas na hipótese de estar obrigado a impedir o evento lesivo, sob pena de convertê-lo em "segurador universal".

Comprovado que o dano ocorreu por ato de terceiro, e que não havia meios da administração pública evitá-lo, exclui-se a sua obrigação de indenizar a mãe da vítima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de setembro de 2019

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Janice Borges interpõe apelação cível em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização ajuizada em face do Município de Campo Grande, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em preliminar, alega cerceamento de defesa, em razão da necessidade de realização de perícia médica judicial, na área de psiquiatria, em favor da apelante, a fim de comprovar a extensão dos danos ocasionados pela conduta do município apelado.

No mérito, alega que sua filha foi assassinada em uma emboscada, no dia 31 de janeiro de 2016, por volta das 23h30, na Praça do Rádio Clube.

Afirma que, acaso a guarda municipal estivesse presente no local, teria sido possível amenizar as consequências da ocorrência ou até mesmo evitar o crime, vez que a praça se trata de bem público municipal, e que o posto de atendimento situado naquele local deveria zelar por tal patrimônio.

Argumenta que a jurisprudência encontra-se pacificada pelos tribunais pátrios no sentido de que é objetiva a responsabilidade civil da administração pública em razão dos danos decorrentes de omissão específica do Estado.

Por fim, pede a reforma da sentença, a fim de que seja julgado procedente o pedido para condenar o município à indenização por danos morais e materiais a ser arbitrado por este juízo.

Contrarrazões às f. 127-134.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Janice Borges interpõe apelação cível em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização ajuizada em face do Município de Campo Grande, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Inicialmente, cumpre registrar que a preliminar de cerceamento de defesa deve ser afastada, uma vez que é desnecessária a produção de prova pericial médica na apelante. Isso porque, conforme será demonstrado, o dano ocorreu por ato de terceiro, excluindo a obrigação do município de indenizar a mãe da vítima, ora apelante.

Passo ao mérito.

Segundo consta dos autos, a apelante visa indenização em razão da omissão estatal que levou sua filha a ser vítima de homicídio na praça do Rádio Clube, após ser esfaqueada na região do pescoço no dia 31 de janeiro de 2016.

O juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos inicias, por entender *"ausente o nexo de causalidade entre o ato omissivo imputado ao requerido e os eventos danosos, não faz jus a requerente ao recebimento de indenização por danos morais e materiais"* - f. 108.

Nas insurgências recursais, a apelante argumenta que a jurisprudência encontra-se pacificada pelos Tribunais Pátrios no sentido de que é objetiva a responsabilidade civil da administração pública em razão dos danos decorrentes de omissão específica do Estado.

Afirma ainda que resta comprovado nos autos que a jovem, filha da apelante, foi assassinada na Praça do Rádio Clube, por falta de segurança pública suficiente por parte da guarda municipal de Campo Grande.

Assim sendo, a controvérsia reside em saber se a presente ação de reparação proposta em virtude de danos causados por ação e omissão do município deve ser aplicada a responsabilidade objetiva da administração ou a subjetiva.

E, a meu ver, entendo por bem acompanhar o entendimento exarado pelo magistrado de origem.

Explico.

Cinge-se a controvérsia à responsabilidade civil do município em razão da morte de Thays Gierdy Borges dos Santos, filha da apelante, após ser esfaqueada na região do pescoço, em 31/01/2016.

A apelante, como dito alhures, afirma que é objetiva a responsabilidade civil da administração pública em razão dos danos decorrentes de omissão específica do Estado. Já o município sustenta que se trata de responsabilidade civil subjetiva por parte do Estado decorrente de omissão e, portanto, dependente de prova.

José dos Santos Carvalho Filho, ao versar sobre o tema, ensina (*in* Manual de Direito Administrativo, 21ª ed., Editora *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2009, pág. 538):

> *"O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença de seus pressupostos: o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.*
>
> *A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. Esta origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas."*

No mesmo sentido, julgados do Supremo Tribunal Federal:

> *"CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – DANO EM VEÍCULO AUTOMOTOR EM DECORRÊNCIA DE PASSAGEM SOBRE BURACO EM VIA PÚBLICA – OMISSÃO DO ESTADO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – MATÉRIA DE FATO – SÚMULA 279 DO STF. (...)"* (RE 585007 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 05-06-2009).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO – POLICIAL AGREDIDO POR DETENTO NO INTERIOR DE DELEGACIA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – ART. 37, § 6º, DA CB/88 – Policial civil agredido por detento no interior de delegacia – Obrigação do Estado de indenizar o funcionário pelos danos sofridos – Agravo regimental a que se nega provimento."* (RE 602223 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe- 12-03-2010).

Cito ainda julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO-CONFIGURADA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO – ELEMENTO SUBJETIVO RECONHECIDO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA – SÚMULA 7/STJ – JUROS DE MORA – ÍNDICE – ART; 1.062 DO CC/1916 E ART. 406 DO CC/2002 – PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) 2. A jurisprudência dominante tanto do STF como deste Tribunal, nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva. (...) 8. Recurso especial parcialmente provido."* (Resp 1069996/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 01/07/2009).
>
> *"ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – NAUFRÁGIO DE EMBARCAÇÃO MUNICIPAL – ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. (...) 2. A responsabilidade do Estado, nos casos de omissão, é subjetiva. Precedentes do STJ e do STF. (...)"* (Resp 1059562/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 09/03/2009).

Nota-se, portanto, que a pacífica jurisprudência do STF e do STJ, bem como a doutrina, compreende que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessária, dessa forma, a comprovação da negligência na atuação estatal, ou seja, a omissão do Estado não obstante o dever legalmente imposto de agir, além, obviamente, do dano e do nexo causal entre ambos.

Assim sendo, a responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.

Nesse segmento, para configuração do dever de reparação da Municipalidade em decorrência de morte de cidadão em Praça Pública, deve ser comprovado o fato administrativo, o dano, o nexo direto de causalidade e a culpa.

In casu, os documentos colacionados aos autos demonstram que não há nexo de causalidade entre os danos alegados pela apelante e o ato do Poder Público, vez que a função da guarda municipal é zelar pelo patrimônio público, possuindo sua definição fixada na Lei de Ação Popular nº 4.717/65, art. 1º, § 1º.

Outrossim, não há como assegurar que, acaso estivem presentes no momento dos fatos, o crime poderia ter sido evitado.

Às f. 29 e 69-71, é possível constatar que o delito teria ocorrido em qualquer circunstância, uma vez que foi premeditado com o uso do celular, a fim de efetuar a emboscada.

Sendo assim, é possível afirmar que a situação narrada corresponde a fato de terceiro, uma vez que o Poder Público está afastado do nexo causal entre a conduta ou omissão e o dano.

A propósito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32 – PREJUDICIAL AFASTADA – HOMICÍDIO PRATICADO POR PARTICULAR – ARMA DE FOGO EXTRAVIADA DO FÓRUM – ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO DO ESTADO E O DANO SOFRIDO PELA AUTORA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A pretensão indenizatória ajuizada em desfavor da Fazenda Pública Estadual prescreve em cinco anos, a teor do disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32; não se aplicando o prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do novo Código Civil. Em se tratando de ato omissivo do Poder Público, decorrente do descumprimento de um dever legal de agir, a responsabilidade civil é da modalidade subjetiva, na qual o lesado, para obter sua reparação, deve comprovar o nexo de causalidade entre a omissão e o dano sofrido, além da culpa ou do dolo por parte da Administração. Não há nexo de causalidade entre eventual negligência do Poder Público e o homicídio perpetrado por terceiro, considerando que a procedência da arma de fogo mostrou-se irrelevante para a consumação do delito, pois partiu do próprio agente causador do dano a intenção de portar o revólver e de utilizá-lo como instrumento para resolução de desentendimentos pessoais; não guardando, dessa forma, relação de dependência com a omissão dos prepostos do Estado ao descuidarem-se da guarda do arsenal sob custódia do Poder Judiciário."* (TJ-MS; AC-Or 2011.016019-7/0000-00; Nova Andradina; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJEMS 01/02/2012; Pág. 44)

Portanto, nas situações em que o dano somente foi possível em decorrência da omissão do Poder Público (o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente), deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. Se não foi o autor, cabe responsabilizá-lo apenas na hipótese de estar obrigado a impedir o evento lesivo, sob pena de convertê-lo em "segurador universal". Comprovado que o dano ocorreu por ato de terceiro, e que não havia meios da administração pública evitá-lo, exclui-se a sua obrigação de indenizar a mãe da vítima.

Conclusão.

Ante ao exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença *a quo*.

Em razão do desprovimento do recurso, à luz do que dispõe o § 11 do art. 85 do vigente CPC, majoro a verba honorária em benefício do patrono da recorrida em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita concedida a apelante.

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. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 27 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0804640-36.2019.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – NULIDADE DA ARREMATAÇÃO – AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO – IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL TRABALHADA PELA FAMÍLIA – MEDIDAS EFETIVADAS NA EXECUÇÃO PRINCIPAL – INTERESSE PROCESSUAL EXISTENTE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Evidenciado o interesse da autora com a demanda no intuito de livrar de constrição bem também de sua propriedade, deve ser anulada a sentença que rejeitou liminarmente os embargos de terceiro.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Brigida Naomi Toyama Shimada interpõe apelação contra sentença que, nos embargos de terceiro cível movidos em face de Jangada Sementes e Fertilizantes Ltda, indeferiu a inicial e rejeitou liminarmente os embargos.

Sustenta ser nula a arrematação efetivada nos Autos nº 0800793-86.2017.8.12.0037, haja vista a ausência de sua cientificação e, ainda, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família da qual, juntamente com seu genitor, são coproprietários.

Afirma que não restou evidenciado nos autos, de forma clara e induvidosa, a ocorrência de litigância temerária, porquanto somente a presença de dolo instrumental estimulador da conduta cujo resultado é o ilícito processual, serve de fundamento à aludida pena, de forma que deve ser afastada a multa aplicada.

Requer, assim, o provimento do recurso para reformar a sentença a fim de reconhecer a nulidade da arrematação e a impenhorabilidade do bem, ou, alternativamente, para afastar a multa.

Contrarrazões às f. 187-201.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Brigida Naomi Toyama Shimada contra sentença que, nos embargos de terceiro cível movidos em face de Jangada Sementes e Fertilizantes Ltda, indeferiu a inicial e rejeitou liminarmente os embargos. Custas pela embargante.

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo (art. 1.003, § 5º c/c 219, caput, do CPC), está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma e devidamente preparado (art. 1.007, caput, CPC).

Fundamentação

A apelante opôs os presentes embargos de terceiro objetivando o reconhecimento da nulidade da arrematação efetivada nos autos nº 0800793-86.2017.8.12.0037, haja vista a ausência de sua cientificação e, ainda, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família da qual, juntamente com seu genitor, são coproprietários.

O magistrado indeferiu a inicial e rejeitou liminarmente os embargos sob a seguinte fundamentação, *in verbis*:

> *"Nos termos do art. 674, da Processual Civil, quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.*
>
> *E, não sendo atendidos tais requisitos de plano, o juiz rejeitará liminarmente os embargos, notadamente quando se mostrarem manifestamente protelatórios (art. 918, III).*
>
> *No caso posto em juízo, os embargos se insurgem contra a arrematação porque não lhe deu direito de preferência para arrematar o imóvel e, se tanto "não bastasse, consoante dicção do art. 833, VIII, do CPC, é absolutamente impenhorável 'a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família'".*
>
> *Entrementes, sua propositura revela-se manifestamente protelatório por uma série de motivos.*
>
> *A uma, porque não se trata de constrição na sua cota parte. E tanto só por só afasta a incidência dos embargos de terceiro.*
>
> *A duas, porque o direito de preferência deve ser exercido no praceamento em igualdade de condições com a proposta vencedora, na forma dos arts. 504 e 1.322 do Código Civil. Contudo, aqui, a embargante não ofereceu pagamento nessas condições.*
>
> *Pelo contrário, busca apenas a nulidade da arrematação. A três, porque, consoante se vê da matrícula do bem f. 10, da carta precatória -, o imóvel penhorado foi dado em garantia hipotecária pelo próprio executado. E tanto, obviamente, afasta a impenhorabilidade do bem. Notadamente porque, nos termos do art. 1.419, do Código Civil, nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.*
>
> *E, nesses termos, o credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro (art. 1.422).*
>
> *Nessa ordem de ideias, a rejeição liminar dos embargos é medida que se impõe, nos termos da combinação dos arts. 485, VI; 330, II e III; 918, III; e 674, todos da processual civil.*
>
> *Soçobram considerações sobre o mais; fundamentado pela parte, por não terem força de mutação no deslinde da vexata quaestio.*

Posto isso, rejeito liminarmente os embargos, indeferindo a inicial.

De conseguinte, tendo em conta que o requerimento representa litigância de má-fé, por deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, bem como opor resistência injustificada ao andamento do processo e provocar incidente manifestamente infundado (CPC, art. 80, I, IV e VI), e considerando máxima a gravidade do ato, condeno a embargante a pagar multa de 10% sobre o valor da causa."

A sentença deve ser reformada.

Isso porque há probabilidade do direito contido nas alegações da embargante.

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1404716-17.2019.8.12.0000, interposto por Naochi Toyama e Gilberto Mineo Kawauchi Toyama (pai e irmão da apelante) em face da ora apelada, foi declarada a impenhorabilidade da propriedade objeto da matrícula nº 30.481 do CRI de Dourados-MS e, consequentemente, anulada a arrematação levada a cabo no feito nº 0012327-34.2018.8.12.0002, bem como revogada as multas aplicadas por litigância de má-fé.

Assim, em que pese a referida decisão não esteja acobertada pelo manto da coisa julgada, pois pendente o trânsito em julgado, evidente o interesse processual que autoriza o recebimento da inicial destes embargos.

A tutela de urgência pleiteada na inicial resta prejudicada, uma vez que já atendida no mencionado agravo.

Por conseguinte, não sendo, a princípio, temerária a presente lide, não persiste razão para a penalidade aplicada.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se tornar insubsistente a sentença, determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento e afastar a multa por litigância de má-fé.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0806359-24.2017.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – DISTRATO QUE SE OPEROU POR CULPA DO COMPRADOR – RETENÇÃO DE 20% DO VALOR PAGO – CLÁUSULA PENAL – *BIS IN IDEM* – TAXA DE FRUIÇÃO – INDEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A retenção de 20% das prestações pagas, como compensação, se revela suficiente para recompor os custos decorrentes do negócio desfeito.

Incabível a imposição de multa penal de 2% sobre o valor total atualizado do contrato, porque, configurando *bis in idem* importa desvantagem excessiva ao adquirente e acarreta enriquecimento sem causa da vendedora.

Inexistente cláusula contratual e prova de proveito econômico, não há falar-se em taxa de fruição de imóvel não edificado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

São Bento Incorporadora Ltda. interpõe apelação contra sentença que, na ação declaratória de nulidade contratual c.c. rescisão e restituição de valores movida por Givaldo Rodrigues de Menezes, julgou parcialmente procedentes os pedidos para: declarar (i) a rescisão do contrato de compra e venda do lote urbano descrito na exordial; (ii) a abusividade da cláusula penal de 2% sobre o preço total (cláusula segunda, parágrafo segundo, item A) e da retenção de 20% sobre o valor total do contrato, determinando que incida apenas sobre o efetivamente pago (cláusula segunda, parágrafo segundo, item B); e condenar a requerida a devolver 80% das parcelas pagas, corrigidas pelo IGPM desde cada desembolso e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, de imediato e em parcela única, descontado o IPTU.

Custas e honorários pela incorporadora, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado a ser restituído.

Alega que: a cláusula penal de 2% e a multa de 20%, ambas sobre o valor do contrato, não são abusivas diante da inadimplência e dos custos ocorridos; sendo o intuito da retenção indenizar a vendedora e recompor os custos da operação, deve o percentual de retenção fixado na sentença ser majorado para 25% da quantia efetivamente paga, de acordo com a jurisprudência do STJ; a taxa de fruição é devida mesmo em se tratando de lote não edificado, eis que a parte adversa teve o imóvel a sua inteira disposição, podendo alugá-lo ou utilizá-lo como bem entendesse, sendo certo que entendimento contrário causa enriquecimento sem causa do comprador.

Requer o provimento do recurso para reconhecer a legalidade da retenção da multa contratual de 20% e da cláusula penal de 2% sobre o valor atualizado do contrato, ou, a aplicação destas até o limite dos valores efetivamente pagos, ou, a aplicação de multa contratual de 25% sobre os valores pagos e, ainda, a condenação do apelado ao pagamento de taxa de fruição. Pede também prequestionamento.

Contrarrazões às f. 183-190.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

São Bento Incorporadora Ltda. interpõe apelação contra sentença que, na ação declaratória de nulidade contratual c.c. rescisão e restituição de valores movida por Givaldo Rodrigues de Menezes, julgou parcialmente procedentes os pedidos para: declarar a rescisão do contrato de compra e venda do lote urbano descrito na exordial; a abusividade da cláusula penal de 2% sobre o preço total (cláusula segunda, parágrafo segundo, item A) e da retenção de 20% sobre o valor total do contrato, determinando que incida apenas sobre o efetivamente pago (cláusula segunda, parágrafo segundo, item B); e condenar a requerida a devolver 80% das parcelas pagas, corrigidas pelo IGPM desde cada desembolso e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, de imediato e em parcela única, descontado o IPTU.

Custas e honorários pela incorporadora, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado a ser restituído.

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput,* do CPC), está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma e devidamente preparado (art. 1.007, *caput*, CPC).

Retenção e cláusula penal

Em 20.09.2013, o apelado comprou da apelante um terreno localizado no loteamento Eco Park Caarapó. Para tanto deu entrada de R$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), tendo efetuado o pagamento de 29 prestações do total de 100 acordadas.

Alegando que os reajustes impossibilitam a continuação da avença, procurou a Defensoria Pública e o Procon a fim de solucionar o impasse.

Não obtido êxito no que se refere a restituição da quantia paga e sentindo-se lesado, ajuizou a presente ação, a qual foi julgada parcialmente procedente, restando rescindido o contrato, declarada abusiva a cláusula que prevê a taxa de fruição, além de ter sido determinada a restituição das parcelas pagas, abatendo-se do montante o percentual de 20%, a título de penalidade.

Do negócio rescindido, a empresa apelante pretende a retenção do percentual de 20% e da cláusula penal de 2% sobre o valor atualizado do contrato, ou, a aplicação destas até o limite dos valores efetivamente pagos, ou, a aplicação de multa contratual de 25% sobre os valores pagos e, ainda, a condenação do apelado ao pagamento de taxa de fruição.

A sentença, contudo, deve ser mantida inalterada.

No que se refere a retenção, cujo intuito é indenizar a vendedora e recompor os custos da operação, já é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, é admissível o desconto de 10 a 25% do total da quantia paga pelo comprador. Veja-se:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C.C. – REINTEGRAÇÃO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – ALEGAÇÃO AFASTADA – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – REEXAME DE PROVA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE – MULTA CONTRATUAL – SENTENÇA QUE AFASTOU SUA INCIDÊNCIA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – RETENÇÃO ENTRE 10% E 25% DOS VALORES JÁ PAGOS ADMITIDA – INDENIZAÇÃO POR USO DO IMÓVEL DEVIDA – PRECEDENTES – FIXAÇÃO A CARGO DO JUÍZO DE ORIGEM EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, OBSERVADOS OS PARÂMETROS INDICADOS – ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL – DESCABIMENTO – PRECEDENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide sem a produção de prova testemunhal quando o Tribunal de origem entender que o feito foi corretamente instruído, declarando a existência de provas suficientes. A reforma do acórdão, neste aspecto, demandaria revolvimento do contexto fático-probatório, vedado pela Súmula nº 7 do STJ.

2. Não possui interesse de agir quem se insurge contraponto em que se sai vencedor.

3. Nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, esta Corte tem admitido a retenção, pelo vendedor, entre 10% e 25%, do total da quantia paga. Precedentes.

4. Havendo uso do imóvel por considerável período e a reintegração nele pelo vendedor, é devida retenção de percentual correspondente a perdas e danos que suportou, a título de alugueis.

5. Respeitados os parâmetros fixados, os valores a que o vendedor poderá reter deverão ser apurados pelo juízo de origem, em sede de liquidação de sentença.

6. Consoante disposto no art. 105 da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação de dispositivo constitucional, nem sequer a título de prequestionamento.

7. Recurso parcialmente provido." (REsp 1364510/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 14/12/2015)

Na espécie, ideal e justos os 20% de retenção compensatória determinado na sentença, eis que suficiente para compensar a construtora pelos custos decorrentes do negócio desfeito.

É evidente que o terreno em questão será revendido a terceiro interessado pelo valor atualizado, não havendo falar em prejuízo como quer fazer crer a parte.

No que tange a cláusula penal, melhor sorte não lhe assiste.

Como cediço, a referida penalidade tem dupla função, uma vez que atua como meio de coerção dos contratantes, a fim de evitar descumprimento das obrigações, e como prefixação de perdas e danos por culpa contratual. Tem como objetivo, portanto, deixar previamente estabelecida quantia devida como forma de recompor os prejuízos decorrentes da rescisão.

No caso, o contrato prevê desconto de dois percentuais distintos do valor a ser restituído ao comprador na hipótese de rescisão por sua culpa: 2% do valor total ajustado a título de cláusula penal e 20% do valor total do contrato para compensação dos gastos com taxa de administração, comissões, cobranças bancárias e demais despesas.

Assim, observa-se que tais descontos visam satisfazer todos os danos sofridos pelo contratante prejudicado com a rescisão do contrato, especialmente os gastos realizados com a negociação. Logo, a cumulação destes configura *bis in idem* e caracteriza enriquecimento sem causa do vendedor.

Nesse sentido, aliás, já decidiu esta Câmara:

> *"EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA C/C DEVOLUÇÃO DE PARCELAS – RESCISÃO CONTRATUAL – SENTENÇA QUE AFASTOU A COBRANÇA DE TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE DE TERRENO SEM EDIFICAÇÃO – TAXA INDEVIDA – CLÁUSULA PENAL – 25% SOBRE O VALOR DESEMBOLSADO – MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL FIXADO NO CONTRATO – CLÁUSULA PENAL DE 2% SOBRE O VALOR DO CONTRATO – AFASTADA – BIS IN IDEM – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS DE FORMA PARCELADA ABUSIVIDADE – JUROS MORA CITAÇÃO – MULTA POR NÃO COMPARECIMENTO A AUDIÊNCIA CONCILIAÇÃO – AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Discute-se no presente recurso: a) a legalidade da retenção dos valores a título de taxa de fruição, bem como a taxa administrativa no importe de 25%, e a cláusula penal correspondente a 2% do valor total do contrato; b) a restituição dos valores pagos pela apelada de forma parcelada com juros de mora a partir do trânsito em julgado; e c) a cassação da multa do artigo 344, § 8º do CPC. 2. Em se tratando de lote não edificado e inexistindo proveito econômico proporcionado pelo terreno, bem como ausentes evidências de que o apelante tenha deixado de auferir lucro em razão da privação da posse do imóvel, não há que se falar em cobrança da taxa de fruição. 3. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% a 25% do total da quantia paga, conforme as particularidades do caso concreto. 4. A cumulação da cláusula penal prevista no percentual de 2% da totalidade do contrato, com o direito de retenção de 25% das prestações pagas configura bis in idem e caracteriza enriquecimento sem causa do promissário vendedor. 5. É abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. 6. Se o advogado que representa a parte comparece em audiência munido de procuração com poderes para transigir, descabe falar em ato atentatório à dignidade da justiça, sendo portanto, indevida a multa prevista no § 8º, do art. 334, do CPC. 7. Apelação conhecida e parcialmente provida."* (TJMS. Apelação nº 0806393-96.2017.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 30/10/2018, p: 04/11/2018)

Taxa de fruição

A taxa de fruição, como dito pelo juiz, não consta do contrato em tela, circunstância que, por si só, afastaria o pleito da apelante.

Mesmo que assim não fosse, vale dizer, é vedada cobrança de fruição de lote de terreno não edificado, especialmente quando não há demonstração de proveito econômico em favor do consumidor, a exemplo do caso concreto.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES – RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – SENTENÇA QUE AFASTOU A COBRANÇA DE TAXA DE FRUIÇÃO – AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO – IMÓVEL SEM EDIFICAÇÃO – TAXA INDEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.* ***Cuidando-se de lote de terreno não edificado e inexistindo demonstração de proveito econômico proporcionado pelo terreno, bem como ausentes evidências de que o apelante tenha deixado de auferir lucro em razão da privação da posse do imóvel, não há falar em cobrança da taxa de fruição,*** *ademais, quando sequer consta no contrato referida cobrança. 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." (Apelação nº 0800255-54.2015.8.12.0012, Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, julgamento: 30/07/2018). Destacado.

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE PARCELAS – CLÁUSULA PENAL DESARRAZOADA – RETENÇÃO LIMITADA EM 25% SOBRE O VALOR DAS PARCELAS PAGAS – CORRETAGEM E IMPOSTOS – TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE DE TERRENO SEM EDIFICAÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Comprovados prejuízos suportados com a rescisão do contrato, é razoável a retenção de 25% sobre o valor das parcelas pagas. Enquanto detentor do imóvel, o compromissário comprador tem o ônus de responder tributariamente, consoante ditado pelos artigos 34 e 123, do CTN. ***Em se tratando de lote não edificado e inexistindo proveito econômico proporcionado pelo terreno, bem como ausentes evidências de que o apelante tenha deixado de auferir lucro em razão da privação da posse do imóvel, não há que se falar em cobrança da taxa de fruição****. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido."* (Apelação 0836855-78.2013.8.12.0001, Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, 1ª Câmara Cível, julgamento: 27/02/2018). Destacado.

Prequestionamento

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

Assim, se a decisão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

Por conseguinte, ficam majorados os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor a ser restituído.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0800150-46.2017.8.12.0032 - Deodápolis

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARA AJUIZAMENTO DE DEMANDA INDIVIDUAL APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO IDEC – SÚMULA Nº 150, DO STF – MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO PROPOSTA PELO MP NA QUALIDADE DE FISCAL DA LEI – LAPSO PRESCRICIONAL NÃO INTERROMPIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

É de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual de sentença proferida em ação civil pública, contados a partir de seu trânsito em julgado.

O ajuizamento de medida cautelar de protesto pelo Ministério Público em ação que o *Parquet* não figurou como substituto processual e atuou meramente como fiscal da lei, não se presta a interromper o prazo prescricional nos casos em que se busca o cumprimento individual da sentença coletiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Julizar, vencidos o relator e o 2º vogal. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 19 de agosto de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Osmar Boaro, Associação Comunitária de Lagoa Bonita, Maria José dos Santos, Luiz Marinho de Azevedo, Jandira Spalanzani de Sá e Francisco de Castro interpõem recurso de apelação, f. 340-347, contra sentença (f. 330-336) de pronúncia da prescrição para a promoção do cumprimento de sentença coletiva.

Sustenta a não ocorrência da prescrição. Afirma a interrupção do prazo prescricional ante a propositura do protesto, assim o ajuizamento ocorreu dentro do prazo para exercício do direito, em 17/04/2017.

Contrarrazões às f. 365-374.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de cumprimento de sentença interposto pelos exequentes face ao Banco do Brasil, visando o recebimento de créditos referentes às diferenças dos chamados expurgos inflacionários, decorrentes da conversão do plano verão. Às f. 141-173, foi apresentada impugnação ao cumprimento de sentença pela parte executada, a qual foi acolhida com pronúncia da prescrição.

Os recorrentes ajuizaram, em 17/04/2017, liquidação da sentença coletiva que tramitou perante a 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília (Autos de Processo nº 1998.01.1.016798- 9), com trânsito em julgado em 27/10/2009, tendo, a partir daí, começado a fluir o prazo quinquenal para a execução individual, com término previsto para 27/10/14.

Todavia, o Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT) apresentou ação cautelar de protesto, com o objetivo de interromper o prazo prescricional individual, operando, assim, o efeito interruptivo, previsto no art. 202, II, do Código Civil:

> *"Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:*
>
> *(...)*
>
> *II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;"*

Nesse contexto, ao se considerar o disposto no art. 203 do Código Civil, segundo o qual *"a prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado"*, o Ministério Público detém interesse para o efeito de interromper eventual prescrição para execução individual, ante sua legitimidade extraordinária, prevista no art. 82, I, da Lei nº 8.078/90.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido da possibilidade de interrupção do prazo prescricional para a execução individual do título mediante apresentação do protesto pelo Ministério Público quando se tratar de demanda coletiva. Nesse sentido:

> *"ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – PROPOSITURA DE PROTESTO JUDICIAL PELO ENTE SINDICAL – POSSIBILIDADE – JUROS MORATÓRIOS – ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997 – APLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO.*
>
> *1. De acordo com o art. 9º do Decreto nº 20.910/1932, "a prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo". O prazo para propositura de execução contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 e da Súmula 150 do STF, também é de cinco anos, contados do trânsito em julgado do processo de conhecimento.*
>
> *2. Todavia, tratando-se de demanda coletiva, o prazo de prescrição para a execução individual do título pode ser interrompido pela propositura do protesto, voltando a correr pela metade a partir do ato interruptivo.*
>
> *3. Os juros moratórios devem incidir no patamar de 0,5% (meio por cento) ao mês após a vigência do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, incluído pela MP 2.180-35/2001, e no percentual estabelecido para a caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009.*
>
> *4. Agravo regimental provido em parte.* (AgRg no Ag 1.223.632/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/9/2014, DJe 24/9/2014).
>
> *RECURSO ESPECIAL – PROCESSO CIVIL – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

1. Inexiste violação ao arts. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte quando os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A relação jurídica existente entre o contratante/usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante decidido pela Suprema Corte na ADI 2591.

3. No caso em julgamento, o Ministério Público estadual propôs ação cautelar para exibição de documentos bancários (listagem de correntistas da agência bancária e cópias dos contratos celebrados entre as partes), de modo a constatar a ocorrência de alegada prática abusiva quanto à imposição para aquisição de produtos bancários ("venda casada"), com vistas a eventual ajuizamento de ação civil pública.

4. O contingente de inúmeros correntistas, clientes da ré, possivelmente compelidos a adquirir produtos agregados quando buscam abertura de contas-correntes, pedidos de empréstimos ou outros serviços bancários, denota a origem comum dos direitos individuais e a relevância social da demanda, exsurgindo a legitimidade ativa do Parquet também para a ação cautelar.

5. Recurso especial não provido." (REsp 986.272/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 01/02/2012).

Inclusive, tal entendimento é seguido em casos semelhantes a este, conforme é possível verificar nas recentes decisões monocráticas proferidas no STJ: REsp 1740374/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicada em 12/12/2018 e REsp 1.723.099/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicada em 19/3/2018.

Ainda, a 2ª Câmara Cível também segue pela interrupção do prazo prescricional nos casos como o presente:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – LEGITIMIDADE DO AUTOR PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – FILIAÇÃO AO IDEC – DESNECESSIDADE – CONTROVÉRSIA REPETITIVA NO STJ – TEMA 723 E 724 – PRESCRIÇÃO – INTERRUPÇÃO DA CONTAGEM DO PRAZO – CAUTELAR DE PROTESTO PROPOSTA PELO MPDFT EM CARÁTER COLETIVO – LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA – POSSIBILIDADE APROVEITAMENTO PELOS CREDORES INDIVIDUAIS – NECESSIDADE DE PRÉVIA FASE AUTÔNOMA DE LIQUIDAÇÃO – CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA COM ANULAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS.

(...)

5. Se detém legitimidade subsidiária para a liquidação e para a execução da sentença coletiva, quanto mais o terá o Ministério Público para a propositura de medida cautelar, que possui caráter meramente acessório e instrumental do processo principal, e que visa, única e exclusivamente, à assegurar a eficácia do procedimento executivo (processo principal). No caso, a cautelar de protesto, que pretendeu a interrupção da contagem do prazo de prescrição, podia, sem problema alguma, ter sido proposta pelo Ministério Público, sobretudo porque o procedimento executivo pode ser promovido tanto por quem detém legitimação coletiva extraordinária, quanto por eventual credor individual, nos termos do art. 97, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor). 6. Nesse sentido, mesmo que condicionada a atuação dos legitimados extraordinários elencados no art. 82, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), à condição prevista no art. 100 (decurso do prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano), o exercício dessa legitimidade não exclui o exercício da legitimidade individual, tampouco o inverso, já que a legislação não trata de forma excludente o exercício de ambas as legitimidades. (...)" (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1411928-60.2017.8.12.0000, Dourados, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 22/02/2018, p: 25/02/2018)

Assim, diante da interrupção do prazo prescricional ocasionado pela propositura de ação cautelar de protesto em 26/09/2014, pelo Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT), não está prescrita a pretensão de execução individual do título proveniente da Ação Coletiva nº 1998.01.1.016798-9.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para afastar a prescrição pronunciada e determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (1º vogal)

Analisando detidamente o caso, peço vênia para divergir do i. Relator, eis que os fundamentos adotados pelo juiz sentenciante mostram-se, a meu sentir, mais justos e adequados para o caso.

Aquele magistrado reconheceu a prescrição e extinguiu o processo nos seguintes termos:

> *"(...) Na espécie, de fato, a prescrição é quinquenal.*
>
> *Ademais, consoante entendimento sedimentado pelo e. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.273.643, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que, "no âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública".*
>
> *Extrai-se dos autos que a inicial foi protocolada em 17-4-2017, enquanto a sentença coletiva transitou em julgado em 27-10-2009, isto é, após o esgotamento do lapso prescricional quinquenal, que, por questão de logicidade, findou-se em 27-10-2014.*
>
> *Prosseguindo, em que pesem os argumentos expendidos pela parte exequente às f. 283-287 (no que atine à inocorrência da prescrição), entendo que a Ação Cautelar nº 2014.01.1.148561-3, promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (no dia 26-9-2014), não tem o condão de interromper o prazo prescricional no caso em que se busca o cumprimento individual da sentença coletiva.*
>
> *(...)*
>
> *Para além disso, afirma-se que, conquanto se considere válida como causa de interrupção a aludida ação cautelar, é certo que o e. STJ já fixou que a partir da interrupção o prazo prescricional recomeça a correr pela metade (dois anos e meio), de modo que também por essa ótica o feito estaria prescrito, in verbis:*
>
> *PROCESSO DE EXECUÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXECUÇÃO INDIVIDUAL – PRESCRIÇÃO – CONTAGEM A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO COLETIVA – MARCO INTERRUPTIVO – RECONTAGEM PELA METADE – OMISSÃO – OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA SÚMULA 150/STF – QUESTÃO QUE INFLUENCIA NO JULGAMENTO – EFEITOS INFRINGENTES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.*
>
> *1. Na hipótese dos autos, o acórdão objurgado deixou de se pronunciar sobre a incidência da Súmula 150/STF, sendo tal questão fundamental para o julgamento da quaestio iuris.*
>
> *2. In casu, a Ação Coletiva Cognitiva transitou em julgado em 12.4.1999, data a partir da qual, nos termos da Súmula 150/STF, se iniciou o prazo prescricional quinquenal para o ajuizamento a ação de execução individual.*
>
> *3. Em 6.4.2004, antes de findo o prazo prescricional, houve a oposição de protesto interruptivo, postergando-se a prescrição para 6.10.2006, porquanto, consoante entendimento do STJ, a partir da interrupção o prazo prescricional recomeça a correr pela metade (dois anos e meio).*

4. Constatando-se que a ação de execução individual fora proposta em 3.10.2006, não houve prescrição.

5. O processo de conhecimento e o processo de execução são autônomos e, em consequência dessa autonomia, os prazos prescricionais são idênticos, ou seja, cinco anos, iniciando-se, para ação de execução, a partir do trânsito em julgado da ação de conhecimento. Dessa forma, a ação de conhecimento não interrompe o prazo prescricional para ação de execução, como determinou o Tribunal de origem. (AgRg no AREsp 853.352/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/03/2016, DJe 22/03/2016; AgRg no REsp 1572133/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 2/3/2016).

6. O STJ já proclamou que os embargos de declaração constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais do decisório embargado, admitida a atribuição de efeitos infringentes quando esses vícios sejam de tal monta que a sua correção necessariamente infirme as premissas do julgado, como é o caso dos autos. (EDcl no REsp 1.098.804/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 15/3/2016, DJe 28/3/2016);

7. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes. (EDcl no AgRg no REsp 1458956/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 27/05/2016). *(...).*

3. Dispositivo

Isso posto, nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, com resolução de mérito, reconheço a prescrição da pretensão executória deduzida neste Feito nº 0800150-46.2017.8.12.0032.

Condeno a parte exequente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 2°, do Código de Processo Civil."

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo – REsp 1.273.643/PR – Tema 515, *"No âmbito do Direito Privado,* ***é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública****"*. (destacado)

No que tange ao termo inicial da prescrição, também é entendimento consolidado na Corte Superior ser do trânsito em julgado da sentença coletiva.

A propósito:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – APADECO – CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – PRECEDENTES.1. O prazo prescricional quinquenal estabelecido na Lei 4.717/65 para a ação popular aplica-se analogicamente à ação civil pública. 2. Incidência também da prescrição quinquenal nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva, nos termos da Súmula 150/STF. ***3. Fixação do termo inicial do lapso prescricional na data do trânsito em julgado da sentença coletiva.****4. Precedente específico da Segunda Seção do STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.273.643/PR: "No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública." 5. Ressalva da posição pessoal do relator (...)"* (EDcl no REsp 1276072/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 24/09/2013). (destacado)

"PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – FUNGIBILIDADE RECURSAL – RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – POSSIBILIDADE – VERBA HONORÁRIA – REEXAME – SÚMULA Nº 7/STJ – PEDIDO DE

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – NECESSIDADE DE FORMULAÇÃO EM PETIÇÃO AVULSA – PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO – MATÉRIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS – REGRAMENTO DIRIGIDO AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA – PRESCRIÇÃO – EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE AÇÃO COLETIVA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. (...) 4. Considerando a aplicação analógica do art. 21 da Lei nº 4.717/65 e o teor da Súmula nº 150/STF, o prazo prescricional das execuções individuais de sentença proferidas em ação coletiva é quinquenal, contado do trânsito em julgado da sentença exequenda (...)" (EDcl no REsp 1313062/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 05/09/2013). (destacado)

Assim, como o trânsito em julgado da sentença coletiva ocorreu em 27/10/09, o término do lapso prescricional se deu em 27/10/14 e, se a liquidação de sentença foi promovida em 17/04/2017, há muito encontra-se fulminada pelo instituto.

Quanto ao argumento de interrupção do lapso prescricional com base em cautelar de protesto ajuizada pelo Ministério Público, a Ministra Maria Isabel Gallotti rechaçou essa assertiva no REsp 1738415 por entender que:

"(...) à luz do artigo 204 do Código Civil, ***a interrupção é ato pessoal, beneficiando apenas aquele que o promoveu****, salvo as exceções constantes dos parágrafos do referido artigo."*

E acrescentou:

"(...) ***ainda que se considere legítimo o Ministério Público para a execução****, interpretação possível pela teoria do fluid recovery (artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor),* ***não é o órgão ministerial credor solidário, de modo que, se alguma interrupção pode ser havida pela atuação daquele órgão, só a ele aproveita.****"* (destacado)

Nesse sentido tem decidido este Tribunal:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IDEC – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – TERMO INICIAL – A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA EXEQUENDA – OCORRÊNCIA – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM RAZÃO DE MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALEGAÇÃO AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1.273.643/PR – Tema 515, pacificou o entendimento de que o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública é quinquenal, contado do trânsito em julgado da sentença exequenda. ***O ajuizamento de Medida Cautelar de Protesto pelo Ministério Público em ação que o parquet não figurou como substituto processual e atuou meramente como fiscal da lei, não se presta a interromper o prazo prescricional nos casos em que se busca o cumprimento individual da sentença coletiva****. Pretensão autoral prescrita"* (TJMS. Apelação nº 0801839-57.2015.8.12.0045, Sidrolândia, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 27/06/2017, p: 28/06/2017) – destacado.

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRESCRIÇÃO OCORRENTE – PRAZO QUINQUENAL SUPERADO – INTERRUPÇÃO DO LAPSO PELO AJUIZAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – INCABÍVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. I) Segundo entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com base na Súmula 150 do STF, prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação, motivo pelo qual o prazo para dar início ao cumprimento da sentença condenatória proferida em ação coletiva é de cinco anos. Tendo o cumprimento de sentença superado em muito o prazo de 05 anos desde a data do trânsito em julgado, patente a prescrição. II) O ajuizamento de medida cautelar de protesto pelo Ministério Público em ação que o Parquet não figurou como substituto processual e atuou meramente como fiscal da lei, não se presta a interromper o prazo prescricional nos casos em que se busca o cumprimento individual da sentença coletiva. III) Sentença mantida. Recurso improvido." (TJMS. Apelação Cível nº 0827027-53.2016.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 31/01/2019, p: 01/02/2019).

Ressalte-se que as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça colacionadas pelo i. Relator não guardam relação com o caso dos autos, porquanto naqueles a ação cautelar (de protesto e de exibição de documentos) foi ajuizada pelas partes do processo e neste pelo Ministério Público, que não fez parte da lide.

Não bastasse, na hipótese dos autos, mesmo que houvesse interrupção do prazo prescricional pela propositura do protesto, a liquidação de sentença estaria prescrita, pois nesses casos o lapso volta a correr pela metade a partir do ato interruptivo (AgRg no Ag. 1.223.632/RS[1]), e como a cautelar foi proposta em 26/09/14, o decurso de 2 anos e 6 meses expirou em 26/03/2017. Se a ação foi proposta em 17/04/2017, ocorreu a prescrição.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (3º vogal)

A questão posta em discussão cinge-se em saber se restou operada a prescrição da pretensão de execução da sentença proferida em ação civil pública coletiva.

Analisando o feito, observo que a sentença exequenda foi proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9 promovida pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC contra o Banco do Brasil S.A., transitando em julgado em 27.10.2009, mas o cumprimento de sentença somente foi intentado em 17/04/2017.

Pois bem, conquanto a lei da ação civil pública nada disponha acerca do prazo prescricional, é assente o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça de que, para as ações coletivas, aplica-se o prazo prescricional disposto no artigo 21, da Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular:

> *"Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos."*

Aliás, o Ministro Luiz Felipe Salomão, no REsp nº 1.275.215/RS deixou registrado que a execução individual de sentença proferida em ação coletiva também deve observar o prazo quinquenal. Confira:

> *"Porém, cuidando-se de execução individual de sentença proferida em ação coletiva, o beneficiário se insere em microssistema diverso e com regras pertinentes, sendo imperiosa a observância do prazo próprio das ações coletivas,* ***que é quinquenal****, nos termos do precedente firmado no Resp nº 1.070.896/SC, aplicando-se a Súmula nº 150/STF"* – destacado.

Por sua vez, o REsp 1.070.896/SC restou assim ementado:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXPURGOS – PRAZO PRESCRICIONAL – ART. 21 DA LEI Nº 4.717/65 – CINCO ANOS – JURISPRUDÊNCIA ATUAL PACIFICADA – PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 168 DO STJ – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. "****A posição atual e dominante nesta c. Corte Superior é no sentido de ser aplicável à ação civil pública e à respectiva execução, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular****"* (AgRg nos EAREsp 119.895/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte EspeciaL, julgado em 29/08/2012, DJe de 13/09/2012). Outros precedentes colacionados: EREsp 1.285.566/PR, Corte Especial, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 21/08/2012; AgRg nos EAREsp 83322/PR, Corte Especial, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 15/10/2012; AgRg nos EREsp 1293468/PR, Corte Especial, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 18/10/2012; AgRg nos EREsp 1275762/PR, Corte Especial, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de

1 ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - PROPOSITURA DE PROTESTO JUDICIAL PELO ENTE SINDICAL - POSSIBILIDADE - JUROS MORATÓRIOS - ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997 - APLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO.

1. De acordo com o art. 9º do Decreto nº 20.910/1932, "a prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo".

(...). **2. Todavia, tratando-se de demanda coletiva, o prazo de prescrição para a execução individual do título pode ser interrompido pela propositura do protesto, voltando a correr pela metade a partir do ato interruptivo.**

3. (...). 4. Agravo regimental provido em parte. (AgRg no Ag 1223632/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 24/09/2014).

10/10/2012.2. Incide, portanto, sobre a espécie o verbete sumular nº 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".3. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EREsp 1070896/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 25/04/2013, DJe 10/05/2013) – destacado.

E ainda, o STJ, julgando recurso sob a sistemática do artigo 543-C, do CPC/1973, decidiu que:

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA –* ***PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL –*** *PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO TRANSITADA EM JULGADO – INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO –* ***RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL –*** *PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – TESE CONSOLIDADA.****1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: "No âmbito do direito privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública".****2.- No caso concreto, a sentença exequenda transitou em julgado em 3.9.2002 (e-STJ f. 28) e o pedido de cumprimento de sentença foi protocolado em 30.12.2009 (e-STJ f. 43-45), quando já transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, estando, portanto, prescrita a pretensão executória.3.- Recurso Especial provido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, julgando-se prescrita a execução em cumprimento de sentença"* (REsp 1273643/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 27/02/2013, DJe 04/04/2013) – destacado.

Ademais, como a Súmula nº 150, do STF reza que *"prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação"*, chega-se a conclusão de que a execução da sentença prolatada em ação civil pública também prescreve em 05 (cinco) anos.

Quanto ao termo a quo do prazo quinquenal para a propositura do cumprimento da sentença, é cediço que este é contado a partir do trânsito em julgado da sentença coletiva, consoante os precedentes do STJ, *verbis:*

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – APADECO – CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – PRECEDENTES.1. O prazo prescricional quinquenal estabelecido na Lei 4.717/65 para a ação popular aplica-se analogicamente à ação civil pública. 2. Incidência também da prescrição quinquenal nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva, nos termos da Súmula 150/STF.3. Fixação do termo inicial do lapso prescricional na data do trânsito em julgado da sentença coletiva.4. Precedente específico da Segunda Seção do STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.273.643/PR: "No âmbito do direito privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública." 5. Ressalva da posição pessoal do relator (...)"* (EDcl no REsp 1276072/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 24/09/2013) – destacado.

> *"PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – FUNGIBILIDADE RECURSAL – RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – POSSIBILIDADE – VERBA HONORÁRIA – REEXAME – SÚMULA Nº 7/STJ – PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – NECESSIDADE DE FORMULAÇÃO EM PETIÇÃO AVULSA – PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO – MATÉRIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS – REGRAMENTO DIRIGIDO AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA – PRESCRIÇÃO – EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE AÇÃO COLETIVA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. (...) 4. Considerando a aplicação analógica do art. 21 da Lei nº 4.717/65 e o teor da Súmula nº 150/STF, o prazo prescricional das execuções individuais de sentença proferidas em ação coletiva é quinquenal, contado do trânsito em julgado da sentença exequenda (...)"* (EDcl no REsp 1313062/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 05/09/2013).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA – APADECO – EXPURGOS – PLANOS ECONÔMICOS – PRAZO DE PRESCRIÇÃO – PREJUDICADA A DISCUSSÃO ACERCA DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-j DO CPC. 1.Nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva, revela-se imperiosa a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal e* ***contado a partir do trânsito em julgado da sentença coletiva****, nos termos do procedente firmado no julgamento dos recursos especiais 1.275.215/RS e 1.276.376/PR. 2. Mantida a decisão que considerou prescrita a pretensão executiva, encontra-se prejudicada a discussão acerca da incidência da reprimenda prevista no art. 475-J do CPC.3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no Resp nº 1289463/PR – Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0253214-8 – Relator: ministro Luis Felipe Salomão (1140) – Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma – Data do Julgamento 02/02/2012 – Data da Publicação/Fonte DJe 08/02/2012) – destacado.

Não é outro o entendimento dos tribunais pátrios:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 526 DO CPC – AUSÊNCIA DE PROVA CABAL – PRELIMINAR REJEITADA –* ***AÇÃO DE EXECUÇÃO/CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA COLETIVA MOVIDA PELO IDEC*** *– INCIDENTE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADO – CONDENAÇÃO DO BANCO DO BRASIL A PAGAR DIFERENÇA DE EXPURGO INFLACIONÁRIO INAPLICADO EM CONTA POUPANÇA – PLANO VERÃO – JANEIRO/1989 – EFEITO ERGA OMNES DA SENTENÇA, DE ÂMBITO NACIONAL – RECONHECIMENTO PELO STJ – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO DOMICÍLIO DO POUPADOR – RECONHECIMENTO PELO STJ – INÉPCIA DA INICIAL – NÃO VERIFICAÇÃO – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – PRÉVIA LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO – NECESSIDADE – PARÂMETROS FIXADOS NA SENTENÇA E NESTE ACÓRDÃO – EXIGÊNCIA – CÁLCULOS COMPLEXOS- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.(...) - Consoante entendimento pacificado do STJ, no julgamento do REsp 1273643/PR, com efeitos previstos no art. 543-C do CPC, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública. Se o título judicial exequendo transitou em julgado em 27.10.2009 e a presente execução individual foi proposta em 03.07.2013, afastada está a prejudicial de prescrição (...)."* (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0105.13.025714-7/001, Relator(a): Des.(a) Márcia de Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, julgamento em 22/01/2015, publicação da súmula em 28/01/2015) – destacado.

> *"(...) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. Na fase do cumprimento a prescrição, cujo prazo é quinquenal, conta-se do trânsito em julgado, o qual, no caso, se deu em 27 de outubro de 2009 (...)"* (Agravo de Instrumento Nº 70056946924, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 29/01/2014).

Na hipótese vertente, não há dúvida quanto à prescrição da pretensão executiva, pois o trânsito em julgado da sentença coletiva ocorreu em 27.10.2009 enquanto o cumprimento da sentença foi iniciado em 17/04/2017, ou seja, quando já transcorrido o prazo da prescrição quinquenal.

Nem mesmo se diga que a propositura da medida cautelar de protesto teria operado a interrupção da prescrição. Referida ação foi proposta pelo Ministério Público, atuando na qualidade de fiscal da lei e não na condição de substituto processual. Desse modo, a propositura da demanda não interrompeu o prazo prescricional, conforme entendimento já consolidado neste Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IDEC – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – TERMO INICIAL – A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA EXEQUENDA – OCORRÊNCIA – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM RAZÃO DE MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALEGAÇÃO AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO*

NÃO PROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1.273.643/PR – Tema 515, pacificou o entendimento de que o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública é quinquenal, contado do trânsito em julgado da sentença exequenda. ***O ajuizamento de Medida Cautelar de Protesto pelo Ministério Público em ação que o parquet não figurou como substituto processual e atuou meramente como fiscal da lei, não se presta a interromper o prazo prescricional nos casos em que se busca o cumprimento individual da sentença coletiva****. Pretensão autoral prescrita."* (TJMS. Apelação nº 0801839-57.2015.8.12.0045, Sidrolândia, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 27/06/2017, p: 28/06/2017) – destacado.

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL – MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO – ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INOCORRÊNCIA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO – PRETENSÃO EXECUTIVA PRESCRITA – SENTENÇA MANTIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Prazo prescricional da execução individual de sentença proferida em ação civil pública é quinquenal. Precedente STJ. Legitimidade do Parquet para defesa dos interesses individuais homogêneos está consagrada no ordenamento jurídico pátrio (art. 127 da Constituição da República, art. 81 do CDC e arts. 1° e 5° da LACP). Abrange as ações de conhecimento e, excepcional e subsidiariamente, a pretensão executiva, nos termos dos arts. 97, 98 e 100 do CDC. Execução personalizada e divisível, realizada pelos interessados, considerável número de correntistas. Inaplicabilidade do art. 100 do CDC. ***Ilegitimidade do Ministério Público para propositura de medida cautelar de protesto. Inocorrência interrupção da prescrição prevista no art. 202, II do Código Civil. Pretensão executiva prescrita****. Fixação Honorários Recursais. Majoração da verba honorária de sucumbência. Exigibilidade suspensa (art. 98, § 3º do CPC/2015).*" (TJMS. Apelação nº 0800643-66.2016.8.12.0029, Naviraí, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 30/05/2017, p: 31/05/2017) – destacado.

Logo, o desprovimento do presente recurso é medida que se impõe.

Ante o exposto, peço vênia ao e. Relator para conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Por força do artigo 85, § 11, do CPC/2015, majoro a verba honorária devida ao patrono do requerido para 12% sobre o valor atualizado da causa.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (4º vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do des. Julizar, vencidos o relator e o 2º vogal. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 19 de agosto de 2019.

***

Órgão Especial
Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Direta de Inconstitucionalidade nº 1409520-62.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – JULGAMENTO DE MÉRITO – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 2.732/17 – VIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VÍCIO DE INICIATIVA – LEI PROPOSTA PELO LEGISLATIVO TRATANDO DE MATÉRIA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO LOCAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – PEDIDO PROCEDENTE.

É formalmente inconstitucional, por vício de iniciativa, lei municipal, de iniciativa do Poder Legislativo, que trata de matéria relacionada à competência privativa do Poder Executivo. No presente caso, o objeto questionado, de iniciativa do Legislativo local, dispôs sobre as férias dos servidores públicos, invadindo, assim, a iniciativa reservada do Poder Executivo para deliberar, privativamente, sobre a questão. O tema férias é questão que se insere no contexto do regime jurídico dos servidores públicos, razão pela qual o tratamento legislativo se restringe à iniciativa privativa do Poder Executivo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de junho de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por Antônio de Pádua Thiago, Prefeito do Município de Brasilândia/MS, devidamente qualificado nos autos, em face da Câmara Municipal de Brasilândia/MS, órgão também qualificado, pela qual se busca a declaração da inconstitucionalidade formal da Lei nº 2732 de 17 de agosto de 2018, de iniciativa do Poder Legislativo Municipal, que, alterando a Lei nº 2691/17, revogou disposição legal que previa a concessão de férias coletivas aos servidores públicos municipais.

Destaca a parte autora que o Poder Executivo Municipal propôs, em 03 de outubro de 2017, o Projeto de Lei 28/2017, que versava sobre a concessão de férias coletivas aos servidores públicos municipais. Pontua que o referido projeto foi votado e aprovado por unanimidade na Câmara Municipal, dando origem, após a sanção e promulgação, à Lei Municipal nº 2691/17. Relata que, em 17/08/2018, a Câmara Municipal editou a Lei nº 2732 de 17 de agosto de 2018, norma ora impugnada, revogando o art. 2º da Lei nº 2691/17 (que havia acrescentado o § 7º ao art. 123 da Lei Municipal nº 813/93 – Estatuto dos Servidores Municipais), o qual permitia a concessão das férias coletivas aos servidores municipais. Aduz que o objeto ora questionado padece de inconstitucionalidade formal, tendo em vista que feriu matéria de iniciativa reservada do Poder Executivo Municipal, a quem afirmou competir a iniciativa de lei sobre regime jurídico de servidores públicos municipais. Finaliza dizendo que a norma impugnada viola o art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal, o art. 67, § 1º, II, "b", da Constituição Estadual, e o art. 25, § 1º, II, "b", da Lei Orgânica do Município de Brasilândia/MS.

Assim, requer, liminarmente, a concessão de medida cautelar, para declarar a suspensão dos efeitos da Lei nº 2732 de 17 de agosto de 2018, com comunicação ao Poder Legislativo local. No mérito, postula a procedência do pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade formal do objeto impugnado.

Intimada, a parte ré apresentou manifestação, posicionando-se contra a concessão da medida cautelar, afirmando, basicamente, que não estão presentes os respectivos requisitos legais. Sobre o mérito, sustenta que a norma é formalmente constitucional, estando despida de vícios. Também destaca que a edição da norma impugnada foi necessária ante a ilegal regulamentação feita pelo Poder Executivo à Lei que previa as férias coletivas, o que estaria afetando o interesse público. Logo, requer o indeferimento da medida cautelar e, no mérito, a improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 109-117, manifestou-se, opinando pelo deferimento da medida cautelar pleiteada.

Em sessão de julgamento realizada no dia 5 de dezembro de 2018, por unanimidade, foi deferida a medida cautelar pleiteada (f. 123-136).

Novamente intimada, a Câmara Municipal de Brasilândia reiterou os fundamentos outrora ventilados, postulando a improcedência do pedido (f. 156).

Do mesmo modo, o Município de Brasilândia, em nova manifestação, requereu a procedência do pedido formulado na inicial.

Finalmente, com nova vistas dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça também opinou pela procedência do pedido (f. 165-171).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por Antônio de Pádua Thiago, Prefeito do Município de Brasilândia/MS, devidamente qualificado nos autos, em face da Câmara Municipal de Brasilândia/MS, órgão também qualificado, pela qual se busca a declaração da inconstitucionalidade formal da Lei nº 2732 de 17 de agosto de 2018, de iniciativa do Poder Legislativo Municipal, que, alterando a Lei nº 2691/17, revogou disposição legal que previa a concessão de férias coletivas aos servidores públicos municipais.

Destaca a parte autora que o Poder Executivo Municipal propôs, em 03 de outubro de 2017, o Projeto de Lei 28/2017, que versava sobre a concessão de férias coletivas aos servidores públicos municipais. Pontua que o referido projeto foi votado e aprovado por unanimidade na Câmara Municipal, dando origem, após a sanção e promulgação, à Lei Municipal nº 2691/17. Relata que, em 17/08/2018, a Câmara Municipal editou a Lei nº 2732 de 17 de agosto de 2018, norma ora impugnada, revogando o art. 2º da Lei nº 2691/17 (que havia acrescentado o § 7º ao art. 123 da Lei Municipal nº 813/93 – Estatuto dos Servidores Municipais), o qual permitia a concessão das férias coletivas aos servidores municipais. Aduz que o objeto ora questionado padece de inconstitucionalidade formal, tendo em vista que feriu matéria de iniciativa reservada do Poder Executivo Municipal, a quem afirmou competir a iniciativa de lei sobre regime jurídico de servidores públicos municipais. Finaliza dizendo que a norma impugnada viola o art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal, o art. 67, § 1º, II, "b", da Constituição Estadual, e o art. 25, § 1º, II, "b", da Lei Orgânica do Município de Brasilândia/MS.

Assim, requereu, liminarmente, a concessão de medida cautelar, para declarar a suspensão dos efeitos da Lei nº 2732 de 17 de agosto de 2018, com comunicação ao Poder Legislativo Local. No mérito, postula a procedência do pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade formal do objeto impugnado.

Intimada, a parte ré apresentou manifestação, posicionando-se contra a concessão da medida cautelar, afirmando, basicamente, que não estão presentes os respectivos requisitos legais. Sobre o mérito, sustenta que a norma é formalmente constitucional, estando despida de vícios. Também destaca que a edição da norma impugnada foi necessária ante a ilegal regulamentação feita pelo Poder Executivo à Lei que previa as férias coletivas, o que estaria afetando o interesse público. Logo, requer o indeferimento da medida cautelar e, no mérito, a improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 109-117, manifestou-se, opinando pelo deferimento da medida cautelar pleiteada.

Em sessão de julgamento realizada no dia 5 de dezembro de 2018, por unanimidade, foi deferida a medida cautelar pleiteada (f. 123-136).

Novamente intimada, a Câmara Municipal de Brasilândia reiterou os fundamentos outrora ventilados, postulando a improcedência do pedido (f. 156).

Do mesmo modo, o Município de Brasilândia, em nova manifestação, requereu a procedência do pedido formulado na inicial.

Finalmente, com nova vistas dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça também opinou pela procedência do pedido (f. 165-171).

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

Passo, portanto, ao exame do pedido formulado nesta ação.

Conforme exposição feita na decisão que deferiu o pedido cautelar, o objeto impugnado nesta ação, qual seja, a Lei Municipal nº 2732 de 17 de agosto de 2018, de iniciativa do Poder Legislativo, que, alterou a Lei nº 2691/17, revogando disposição legal que previa a concessão de férias coletivas aos servidores públicos municipais, padece de inconstitucionalidade formal. Isso porque, tratou de matéria – regime jurídico dos servidores públicos – cuja iniciativa é reservada ao Poder Executivo, o que, em última análise, viola o princípio da separação dos poderes, atribuindo invalidade ao objeto.

Aliás, considerando a inexistência de fatos supervenientes capazes de alterar a situação jurídica exposta, reitero os fundamentos da decisão liminar outrora proferida, a qual se embasou na seguinte argumentação:

> *"(...) A questão posta à discussão nesta ação diz respeito à constitucionalidade ou não de Lei Municipal, de iniciativa do Poder Legislativo, que revogou disposição legal anterior que previa a concessão de férias coletivas aos servidores públicos do Município.*
>
> *Trago, oportunamente, o texto legal do objeto impugnado (f. 17-18):*
>
> *"Lei nº 2732/201/. De 17 de agosto de 2008.*
>
> *Dispõe sobre a alteração da Lei nº 2691/17, e dá outras providências"(...).*
>
> *Art. 1º Fica revogado o artigo 2º da Lei nº 2691/17 de 25 de outubro de 2017, a qual acrescentou o § 7º ao art. 120 da Lei Municipal nº 813, de 30 de junho de 1993, que permitia a concessão de férias coletivas aos servidores, o qual passará a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *Art. 1º (...).*
>
> *Art. 2º Revogado. (...)."*
>
> *A norma questionada, de fato, ao menos neste juízo sumário de cognição, parece invadir a esfera da competência legislativa privativa do Poder Executivo, padecendo, então de vício de inconstitucionalidade formal.*

*Nos termos do art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição Federal, "são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que (...) disponham sobre (...) servidores públicos da União e Territórios, **seu regime jurídico**, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria". (Destaquei).*

Pelo princípio do paralelismo ou simetria[1], o mesmo entendimento é aplicado às esferas estadual e municipal, sendo, pois, de competência do Poder Executivo a iniciativa legislativa sobre o regime jurídico dos servidores públicos respectivos.

A nível estadual, aliás, assim dispõe o art. 67, § 1º, II, "b", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul:

"Art. 67. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição. (Alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 68, de 15.12.2015 - DOMS, de 22.12.2015.)

*§ 1º **São de iniciativa do Governador do Estado** as leis que:*

I - fixem ou modifiquem os efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;

*II - **disponham sobre**:*

a) a criação de cargos, de funções ou de empregos públicos na administração direta e autárquica ou sobre o aumento de sua remuneração;

*b) **os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico**, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; (...)." (Destaquei).*

A mesma disposição é repetida no art. 25, § 1º, II, "b", da Lei Orgânica do Município de Brasilândia/MS, a saber:

"Art. 25. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe qualquer Vereador ou Comissão, ao Prefeito e aos cidadãos na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica

*§ 1° **São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que:***

I - fixem ou modifiquem o efetivo da Guarda Municipal;

*II - **disponham sobre**:*

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

*b) **servidores públicos dos Município, seu regime jurídico**, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (...)." (Destaquei).*

A partir das normas constituintes acima exaltadas, verifica-se que a Constituição Federal, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica Municipal preveem, em único tom, que é de competência privativa do Poder Executivo, nas respectivas esferas, a iniciativa de lei que disponha sobre o regime jurídico dos servidores públicos.

A propósito, para melhor compreensão do tema em discussão, é importante ressaltar que "a locução constitucional 'regime jurídico dos servidores públicos' corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes". (STF – Pleno – Adin nº 766/RS – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 27 maio 1994, p. 13.186).

1 Aquele segundo o qual é obrigatório aos Estados e Municípios a observância das regras de competência estabelecidas na Constituição Federal.

Em outras palavras, regime jurídico dos servidores públicos é o conjunto de regras e princípios que disciplina a relação existente entre a Administração Pública e seus respectivos servidores públicos, orientando a relação de direitos e deveres reciprocamente existente entre as partes dessa relação.

Diante disso, pode-se concluir que a disciplina relacionada às férias está inserida no contexto do regime jurídico dos servidores públicos, pois se trata de questão afeta a direito social constitucionalmente assegurado a essa classe (art. 39, § 3, da CF).

Portanto, considerando que o objeto, de iniciativa do Poder Legislativo Local, tratou de matéria relacionada ao regime jurídico dos servidores públicos municipais, o que é de competência privativa do Poder Executivo, há evidências de existência de vício formal de inconstitucionalidade, ante a violação das regras de iniciativa reservada, o que, em última análise, viola o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do STF. Veja:

*"EMENTA – **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** – LEI COMPLEMENTAR Nº 252/2002 EDITADA PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – REGIME JURÍDICO – LEI ESTADUAL QUE ESTENDE A DETERMINADA CATEGORIA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS O BENEFÍCIO DA LICENÇA REMUNERADA – USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA RESERVADO AO GOVERNADOR DO ESTADO – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES – **INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL** – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. PROCESSO LEGISLATIVO E INICIATIVA RESERVADA DAS LEIS – **O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo legislativo, que resulte da usurpação de poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do diploma legislativo eventualmente editado.** Situação ocorrente na espécie, em que o **diploma legislativo estadual, de iniciativa parlamentar, incidiu em domínio constitucionalmente reservado à atuação do Chefe do Poder Executivo: regime jurídico dos servidores públicos** e disciplina da remuneração funcional, com consequente aumento da despesa pública (RTJ 101/929 – RTJ 132/1059 – RTJ 170/383, v.g.). A usurpação da prerrogativa de instaurar o processo legislativo, por iniciativa parlamentar, qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da norma que dele resulte. Precedentes. Doutrina. Nem mesmo eventual aquiescência do Chefe do Poder Executivo mediante sanção, expressa ou tácita, do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, tem o condão de sanar esse defeito jurídico radical. Insubsistência da Súmula nº 5/STF (formulada sob a égide da Constituição de 1946), em virtude da superveniente promulgação da Constituição Federal de 1988. Doutrina. Precedentes. SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (CIVIS E MILITARES) – A locução constitucional "regime jurídico dos servidores públicos" corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Nessa matéria, o processo de formação das leis está sujeito, quanto à sua válida instauração, por efeito de expressa reserva constitucional, à exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Precedentes. ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – O Advogado-Geral da União – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.) – não está obrigado a defender o diploma estatal, se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional. Precedentes.* (ADI 2715, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, Processo Eletrônico DJe-176 Divulg 27-08-2018 Public 28-08-2018)." (Destaquei).

"EMENTA – CONSTITUCIONAL – ***DIREITO DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS – REGULAMENTAÇÃO POR LEI ESTADUAL – INICIATIVA PARLAMENTAR – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA.*** *1. Esta Corte firmou entendimento segundo o qual a locução constitucional "regime jurídico dos servidores públicos" corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Nessa matéria,* ***o processo de formação das leis está sujeito, quanto à sua válida instauração, por efeito de expressa reserva constitucional, à exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo.*** *(ADI 1197, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 31/5/2017) 2.* ***A norma impugnada, ao disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos do Estado de Rondônia, apresenta peculiar disciplina normativa concernente à relação jurídica havida entre os servidores públicos estaduais e a Administração Pública.*** *3. Considerada a iniciativa parlamentar da norma impugnada, é de se reconhecer sua* ***inconstitucionalidade formal*** *(art. 61, §1º, II, c, CF). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.* (ADI 5213, Relator(a): Min. Alexandre DE Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2018, Processo Eletrônico DJe-123 Divulg 20-06-2018 Public 21-06-2018)". (Destaquei).

"EMENTA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – LEI 10.893/2001, DO ESTADO DE SÃO PAULO – IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMA ESTADUAL DE SAÚDE VOCAL EM BENEFÍCIO DE PROFESSORES DA REDE ESTADUAL DE ENSINO – ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES – MATÉRIA SUJEITA À RESERVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO – NORMAS DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS ESTADOS-MEMBROS – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA. 1. Ao instituir programa de atenção especial à saúde de professores da rede pública local, a Lei 10.893/01 cuidou de instituir um benefício funcional, alterando o regime jurídico desses servidores, além de criar atribuições e responsabilidades para Secretarias Estaduais. 2. Ao assim dispor, por iniciativa parlamentar, a lei estadual entrou em contravenção com regras de reserva de iniciativa constantes do art. 61, II, alíneas "c" e "e", da CF, que, segundo ampla cadeia de precedentes deste Supremo Tribunal Federal, são de observância obrigatória pelas Constituições Estaduais. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 4211, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, Acórdão Eletrônico DJe-053 Divulg 21-03-2016 Public 22-03-2016)

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGOS E EXPRESSÕES DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, PROMULGADA EM 5 DE OUTUBRO DE 1989, E DE SUAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – PARCIAL PREJUDICIALIDADE – ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL – EFICÁCIA EXAURIDA – MÉRITO – AUTONOMIA FINANCEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VEDAÇÃO DE EQUIPARAÇÃO E VINCULAÇÃO REMUNERATÓRIA – ARTIGO 37, VIII, E ART. 39, § 1º, DA CF – VEDAÇÃO DE CRIAÇÃO DE PROCURADORIAS AUTÁRQUICAS – ARTIGO 132 DA CF – VÍCIO FORMAL – PRERROGATIVA DE PROPOSITURA LEGISLATIVA DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO – PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. Revogação expressa dos arts. 145; 168, § 5º; e 335, parágrafo único, da Carta estadual. Alteração substancial de conteúdo dos arts. 140, parágrafo único; 141, III; 152, caput, I, III, IV; 176, § 10; arts. 183, parágrafo único; 187, § 2º; e 189, § 2º, todos da Carta cearense, de forma a descaracterizar o substrato normativo antes confrontado com a Constituição Federal. Exaurimento dos efeitos da regra de anistia tributária prevista no art. 37 do ADCT, na medida em que o termo a quo de aplicabilidade do benefício fiscal foi atingido no final de 1989. Perda parcial de objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 2. Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 1989, algumas disposições constitucionais apontadas como parâmetro constitucional de controle foram alteradas durante o transcurso do processamento da ação. Afasta-se, no entanto, a alegação de prejuízo da ação em virtude dessas alterações, na esteira da jurisprudência mais recente da Corte (ADI nº 2.158/PR e nº 2.189/PR, de minha relatoria, DJe de 16/12/10; ADI nº 94/RO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 16/12/11; ADI nº 239/RJ, de minha relatoria, DJe 30/10/14). 3. A falta da expressão "autonomia financeira" no art. 127, § 2º, da Constituição Federal não invalida a construção interpretativa de sua efetiva existência como garantia do livre exercício das funções institucionais do Ministério Público. Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 19/98, o STF já consagrava a

competência do Ministério Público para a fixação da política remuneratória de seus membros e dos serviços auxiliares. Precedentes. Constitucionalidade dos arts. 135, caput e I, e 136 da Constituição do Estado do Ceará. 4. É inconstitucional o art. 147, § 1º, da Carta estadual, o qual prevê a aplicação aos defensores públicos do regime de garantias, vencimentos, vantagens e impedimentos do Ministério Público e da Procuradoria-Geral do Estado. Os estatutos jurídicos das carreiras do Ministério Público e da Defensoria Pública foram tratados de forma diversa pelo texto constitucional originário. A equivalência remuneratória entre as carreiras encontra óbice no art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal, que veda a equiparação ou a vinculação remuneratória. A previsão original do art. 39, § 1º, da Constituição Federal, que assegurava a isonomia remuneratória entre os servidores de atribuições iguais ou assemelhadas, não poderia ser invocada a favor dos defensores públicos, tendo por paradigma os membros do Ministério Público, em razão da autonomia financeira de que goza a entidade, da qual, à época, ainda não dispunham as defensorias públicas estaduais, o que somente foi assegurado com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 (art. 134, § 2º, da Constituição Federal). 5. O art. 152, parágrafo único, da Constituição do Estado do Ceará, ao estabelecer que o Governador do Estado deve encaminhar à Assembleia Legislativa projeto de lei dispondo sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado e das procuradorias autárquicas, admite, de forma geral e para o futuro, a existência de órgãos jurídicos, no âmbito das autarquias e fundações, distintos da Procuradoria-Geral do Estado, em clara afronta ao modelo constitucional do art. 132 da Carta Federal. A Constituição Federal estabeleceu um modelo de exercício exclusivo, pelos procuradores do estado e do Distrito Federal, de toda a atividade jurídica das unidades federadas estaduais e distrital – o que inclui as autarquias e as fundações -, seja ela consultiva ou contenciosa. A previsão constitucional, também conhecida como princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos estados e do Distrito Federal, estabelece competência funcional exclusiva da procuradoria-geral do estado. A exceção prevista no art. 69 do ADCT deixou evidente que, após a Constituição de 1988, não é mais possível a criação de órgãos jurídicos distintos da procuradoria-geral do estado, sendo admitida apenas a manutenção daquelas consultorias jurídicas já existentes quando da promulgação da Carta. Trata-se de exceção direcionada a situações concretas e do passado, que, por essa razão, deve ser interpretada restritivamente, inclusive com atenção à diferenciação entre os termos "consultoria jurídica" e "procuradoria jurídica", uma vez que essa última pode englobar as atividades de consultoria e representação judicial. 6. A equiparação remuneratória entre servidores, a teor da redação originária do art. 39, § 1º, da Carta Federal, restringiu-se aos servidores da administração direta, não se mencionando os entes da administração indireta. Precedentes. Por essa razão, é inconstitucional a expressão "das autarquias e das fundações" contida no § 1º do art. 166 da Carta cearense. Além disso, o dispositivo em apreço não foi recepcionado, em sua integralidade, pela redação atual do art. 39 da Constituição Federal, conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98, incidindo, ainda, a vedação de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, prevista no art. 37, XIII, da Constituição Federal. 7. Os parágrafos do art. 184 da Constituição do Ceará, ao estabelecerem equiparação remuneratória entre a carreira dos delegados de polícia e a de promotores de justiça, além de isonomia e vinculação de remuneração entre os servidores das diferentes carreiras da polícia civil, afrontam o art. 37, XIII, da Constituição Cidadã. 8. É constitucional a previsão contida no art. 215, IV, da Constituição do Ceará quando assegura a isonomia salarial para docentes em exercício com titulação idêntica, respeitando-se o grau de ensino em que atuam e a carga horária do respectivo regime. Não há, no caso, equiparação salarial de carreiras distintas, pois se trata especificamente da carreira de magistério público e de docentes com titulação idêntica, devendo, no entanto, ser respeitados os respectivos regime e carga horária. 9. Inconstitucionalidade dos arts. 154, § 2º; 167, XII, XIII, §§ 1º e 2º; e 174 da Constituição do Estado do Ceará, e dos arts. 27 e 28 do ADCT. Os dispositivos questionados tratam de remuneração e direitos de servidores públicos, os quais, não encontrando similares na Constituição Federal, somente poderiam ser veiculados por lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo. São previsões específicas que não tratam da organização ou da estruturação do estado-membro ou de seus órgãos, mas que versam sobre o regime jurídico de servidores públicos, expressamente submetido a tal prerrogativa. Do mesmo modo, a fixação de teto de vencimento para os escrivães de entrância especial, de modo que não exceda oitenta por

cento dos vencimentos dos juízes de entrância inferior, prevista no art. 174 da Constituição do Estado, além de incidir em vinculação de vencimentos de carreiras distintas, afronta a iniciativa legislativa do Poder Judiciário, em atendimento ao disposto no art. 96, inciso II, alínea b, da Constituição Federal. 10. O art. 167, inciso XIII e § 2º, da Constituição estadual estabelece a aposentadoria em montante remuneratório maior do que aquele previsto para o cargo desempenhado em atividade, remetendo o valor dos proventos aos cargos imediatamente superiores do quadro funcional ou com acréscimo de gratificação, o que não encontra paradigma na Constituição Federal. Essa previsão não era considerada materialmente inconstitucional à época da edição da Carta, uma vez que a superação da remuneração em atividade era tolerada na redação original da Carta da República. Porém, toda a parte previdenciária contida no art. 167 da Constituição estadual não foi agasalhada pela Lei Fundamental a partir da Emenda Constitucional nº 20/98. A superação do patamar remuneratório da atividade e a impossibilidade de incorporação da remuneração do cargo em comissão para fins de aposentadoria foram estabelecidas expressamente pelo art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. 11. Ação direta da qual se conheceu em parte, relativamente à qual a ação é julgada parcialmente procedente. (ADI 145, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, Processo Eletrônico DJe-162 Divulg 09-08-2018 Public 10-08-2018)."

Desse modo, ao menos nesse exame preliminar, há indicativos sólidos sobre a inconstitucionalidade formal da norma questionada (...)."

Diante desse cenário, conclui-se que a iniciativa da Câmara Municipal do Município de Brasilândia/MS, invadiu a área de atuação privativa do Poder Executivo, violando o princípio constitucional da separação dos poderes, sendo, pois, impositivo o reconhecimento da procedência da presente ação, para declarar inconstitucional o objeto impugnado, extirpando-o do ordenamento jurídico.

Posto isso, com o parecer, julgo procedente o pedido formulado na presente ação, resolvendo o mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para declarar a inconstitucionalidade formal, com efeito *ex tunc*, da Lei nº 2732 de 17 de agosto de 2018, que alterou os dispositivos da Lei Municipal nº 2691/17, revogando o direito às férias coletivas dos servidores públicos municipais, confirmando os efeitos da medida liminar outra proferida.

Comunique-se a presente decisão aos órgãos competentes para os fins previstos no art. 525 do RITJMS.

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. João Maria Lós.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 05 de junho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação nº 0843827-59.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – MATÉRIA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – ANÁLISE CONJUNTA – APREENSÃO DE MERCADORIAS – ICMS – AQUISIÇÃO DE MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – EMPRESAS DE INCORPORAÇÃO – CONTRIBUINTES – VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA – ATIVIDADE MERCANTIL QUE NÃO SE CONFUNDE COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO CIVIL – LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DO ICMS – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 432, STJ – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONDUTA PRATICADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – SITUAÇÃO NÃO CONTEMPLADA NO ARTIGO 80 DO CPC – PREJUÍZOS EXTRAPROCESSUAIS – PENALIDADE AFASTADA – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA – RECURSO DO ESTADO PROVIDO – RECURSO DA IMPETRANTE NÃO CONHECIDO, PORQUANTO PREJUDICADO.

A preliminar de inadequação da via eleita, nos moldes da abordagem feita pelo apelado nas contrarrazões, confunde-se com o mérito da ação mandamental, motivo pelo qual a apreciação se dará de forma conjunta.

A empresa de construção civil que adquire mercadorias em outros Estados da federação, que serão utilizadas nas obras contratadas, não é contribuinte do ICMS, sendo indevido, por conseguinte, o diferencial de alíquotas (Súmula nº 432, STJ). No entanto, quando a empresa tem no seu objeto social a atividade de incorporação imobiliária - e não a construção civil -, existindo assim a atividade mercantil (venda de unidades imobiliárias) e não a prestação de um serviço de construção civil, inaplicável as disposições da citada Súmula, de forma que a sociedade incorporadora é contribuinte do ICMS.

A multa por litigância de má-fé somente é aplicável às condutas praticadas no decorrer do processo, conforme o rol do artigo 80 do CPC, não alcançando, dessa maneira, as condutas denominadas extraprocessuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, retificar parcialmente a sentença, em remessa necessária, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º vogal. Por unanimidade, deram provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do Relator. Por maioria, não conheceram do apelo de Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda., nos termos do voto do relator, vencidos o 2º e 4º vogais que conheciam e davam provimento. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Hesa 76 - Investimentos Imobiliários Ltda. e Estado do Mato Grosso do Sul apelam simultaneamente da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que concedeu parcialmente a segurança pleiteada, determinando a não apreensão das mercadorias da primeira apelante, relacionadas nas Notas Fiscais Eletrônicas nº 001576137.

A apelante Hesa 76 - Investimentos Imobiliários Ltda., em suas razões (f. 188-200), sustenta que as mercadorias que adquiriu em outros Estados eram destinadas à aplicação na obra específica, construída neste Estado, não sendo sujeita ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS.

Assim, defende que *"ante a ilegal e inconstitucional incidência de ICMS, que no caso em tela é o disfarçado diferencial de alíquota, nas operações em que a apelante adquiriu mercadorias e insumos para o empreendimento, impõe-se a anulação do TVF nº 001576137"* (f. 199), constando dos autos todos os documentos probatórios necessários à anulação.

Requer provimento do recurso para que seja reformada a sentença, anulando-se o Termo de Verificação Fiscal supramencionado.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em suas razões (f. 218-226), sustenta que o fato do fisco aprender mercadorias para averiguação e fiscalização não configura litigância de má-fé, mas sim uma conduta pautada no exercício regular de um direito.

Diz que a apreensão foi realizada antes da propositura da ação, portanto, trata-se de conduta extraprocessual, não sendo possível a aplicação da penalidade.

Ademais, alega a impossibilidade de condenação à multa por litigância de má-fé em razão do descumprimento de súmula que não é dotada de efeito vinculante, da maneira como fundamentou o magistrado singular.

Requer o provimento do recurso para que seja afastada a multa por litigância de má-fé imposta contra o ente público.

Contrarrazões às f. 208-217 apresentada pelo Estado de Mato Grosso do Sul onde arguiu preliminar de inadequação da via eleita e no mérito pugna pelo desprovimento do recurso da parte contrária.

Às f. 228-231 foi apresentada contraminuta pela impetrante.

A sentença também foi submetida à remessa necessária.

A PGJ opinou pelo desprovimento do recurso interposto por e provimento ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

VOTO (EM 09/04/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Hesa 76 - Investimentos Imobiliários Ltda. e Estado do Mato Grosso do Sul apelam simultaneamente da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos que concedeu parcialmente a segurança pleiteada, determinando a não apreensão das mercadorias da primeira apelante, relacionadas na(s) Nota(s) Fiscal(ais) Eletrônica(s) nº 001576137.

A apelante Hesa 76 - Investimentos Imobiliários Ltda., em suas razões (f. 188-200), sustenta que as mercadorias que adquiriu em outros Estados eram destinadas à aplicação na obra específica, construída neste Estado, não sendo sujeita ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS.

Defende que *"ante a ilegal e inconstitucional incidência de ICMS, que no caso em tela é o disfarçado diferencial de alíquota, nas operações em que a Apelante adquiriu mercadorias e insumos para o empreendimento, impõe-se a anulação do TVF nº 001576137"* (f. 199), constando dos autos todos os documentos probatórios necessários à anulação.

Requer provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, anulando-se o termo de verificação fiscal supramencionado.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em suas razões (f. 218-226), sustenta que o fato do fisco apreender mercadorias para averiguação e fiscalização não configura litigância de má-fé, mas sim conduta pautada no exercício regular de um direito.

Diz que a apreensão foi realizada antes da propositura da ação, portanto, trata-se de conduta extraprocessual, não sendo possível a aplicação da penalidade.

Alega a impossibilidade de condenação à multa por litigância de má-fé em razão do descumprimento de súmula que não é dotada de efeito vinculante, da maneira como fundamentou o magistrado singular.

Requer provimento do recurso para que seja afastada a multa por litigância de má-fé imposta contra o ente público.

Contrarrazões às f. 208-217 apresentada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, com arguição de inadequação da via eleita; no mérito pelo desprovimento do recurso da impetrante.

Às f. 228-231 foi apresentada contraminuta pela impetrante.

A sentença também foi submetida à remessa necessária.

A PGJ opinou pelo desprovimento do recurso interposto pela impetrante e provimento do recurso do Estado de Mato Grosso do Sul.

Passo ao voto propriamente dito.

Da admissibilidade recursal.

Os recursos são tempestivos. O preparo do recurso da sociedade empresária foi recolhido, conforme guia e comprovante de f. 202-204. O ente público, por sua vez, é dispensado do recolhimento do preparo, art. 1.007, § 1º, CPC.

Desta forma, presente os requisitos de admissibilidade, recebo-os no efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do artigo 1.012 do CPC, e passo às respectivas análises.

Preliminar de inadequação da via eleita.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em suas contrarrazões (f. 208-217), alega que os documentos colacionados ao feito são insuficientes para demonstrar a legitimidade da pretensão da impetrante, necessitando, assim, de dilação probatória, motivo pelo qual a via eleita pela empresa autora mostra-se inadequada, devendo ser extinto o processo sem resolução de mérito.

No entanto, não é o caso de apreciar a matéria como preliminar, porque a dialética empreendida nas contrarrazões cuida com especificidade da matéria afeta ao mérito, e com ele será enfrentada.

Deixo de intimar a parte contrária para se manifestar a respeito da preliminar arguida em contrarrazões visto que a fundamentação será analisada como mérito recursal.

Da remessa necessária.

Da incidência de ICMS sobre as mercadorias adquiridas pela apelante.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul. A impetrante ora apelante sustenta que é sociedade empresária composta por três empresas sócias, constituída com a finalidade específica de construção do empreendimento imobiliário denominado Passarela Park Prime, motivo pelo qual adquire materiais de construção e insumos em outras unidades da federação.

Diz que o fisco tem efetuado retenções e apreensões de suas mercadorias, condicionando sua liberação ao pagamento de ICMS. Defende que é consumidora final dos produtos e por isso não é contribuinte do ICMS, haja vista que as mercadorias adquiridas são utilizadas como insumo na obra desempenhada.

Pois bem.

O magistrado não analisou o pedido de cancelamento do termo de verificação por entender que no caso versando não há prova pré-constituída, limitando-se a analisar o pedido de liberação da mercadoria. No entanto, a documentação trazida pela apelante é suficiente para análise via mandado de segurança e assim será feito.

A matéria posta *sub judice* já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, por meio do julgamento do REsp nº 1.135.489 – representativo da controvérsia – de Relatoria do Min. Luiz Fux, que ficou ementado da seguinte maneira:

> *"PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ARTIGO 543-C, DO CPC – TRIBUTÁRIO – ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL – MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – NÃO INCIDÊNCIA.* ***1. As empresas de construção civil (em regra, contribuintes do ISS), ao adquirirem, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executam, não podem ser compelidas ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS cobrada pelo Estado destinatário*** *(Precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI 242.276 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16.10.1999, DJ 17.03.2000; AI 456.722 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; AI 505.364 AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE 527.820 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe-078 Divulg 30.04.2008 Public 02.05.2008; RE 572.811 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 Divulg 18.06.2009 Public 19.06.2009; e RE 579.084 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-118 Divulg 25.06.2009 Public 26.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 149.946/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 06.12.1999, DJ 20.03.2000; AgRg no Ag 687.218/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 18.05.2006; REsp 909.343/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007; REsp 919.769/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.09.2007, DJ 25.09.2007; AgRg no Ag 889.766/RR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007; AgRg no Ag 1070809/RR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 02.04.2009; AgRg no REsp 977.245/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 15.05.2009; e REsp 620.112/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 21.08.2009).* ***2. É que as empresas de construção civil, quando adquirem bens necessários ao desenvolvimento de sua atividade-fim, não são contribuintes do ICMS. Conseqüentemente, "há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em***

> ***razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual.*** *(José Eduardo Soares de Melo, in 'Construção Civil - ISS ou ICMS', in RDT 69, pg. 253, Malheiros)*. (EREsp 149.946/MS). 3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (STJ - REsp 1135489/AL, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, j. 09/12/2009, DJe 01/02/2010 - destaquei).

Outro não é o entendimento deste Tribunal, confira-se:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL – MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS CONTRATADAS A TÍTULO DE INSUMO – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – NÃO INCIDÊNCIA – RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C, CPC) – NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 117, IX, D, DO CTE – SENTENÇA RATIFICADA – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO."* (TJMS. Apelação nº 0041310-27.2010.8.12.0001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, j: 20/03/2012, p: 23/03/2012).

Com efeito, a Súmula nº 432 do STJ dispõe que "*as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadoria adquirida como insumo em operações interestaduais."*

Logo, não há dúvida de que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS ao adquirir produtos a serem utilizados como insumo em suas operações. Isto porque, nessas ocasiões, as empresas são consideradas consumidoras finais dos produtos, não havendo a conseguinte circulação econômica do bem - fato gerador do ICMS.

No entanto, a controvérsia sobre a aplicabilidade dos precedentes ao caso em concreto se circunscreve no fato de que a apelante é uma sociedade empresária de incorporação imobiliária, e não uma construtora, motivo pelo qual, ao contrário desta última, é contribuinte do ICMS.

A cláusula 4ª do contrato social juntado às f. 17-31, traz o objeto social da sociedade empresária apelante, cuja redação transcrevo:

> *"(...) A sociedade é de propósito específico, tendo por objeto social única e exclusivamente o planejamento, a incorporação, a promoção, o desenvolvimento sob o regime de incorporação imobiliária nos termos da Lei 4.591/64, compreendendo a venda, a contratação da obra, entrega de unidades habitacionais e o recebimento do preço decorrente da comercialização das unidades imobiliárias do empreendimento residencial denominado 'Passarela Park Prime' (...)".*

Percebe-se, pois, que dentre as finalidades da apelante não se encontra o propósito específico de construção, mas, no máximo, a contratação da obra. Aliás, veja-se o que dispõe o artigo 29 da Lei nº 4.591/64:

> *"Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas."*

Os documentos anexados pela impetrante aos autos traduzem que seu objeto social é a incorporação imobiliária, e não a construção civil. Diante disso, fácil a conclusão de que a impetrante é contribuinte do ICMS, vez que não comporta a característica de construtora descrita na Súmula 432 do STJ, que lhe isentaria do pagamento do tributo.

Quando se fala que empresa de construção civil não é contribuinte do ICMS, parte-se da premissa de que a isenção beneficia apenas as empresas puramente de construção civil, isto é, aquelas que locam seus serviços a terceiros.

Nessas hipóteses, diante da prestação de um serviço de construção, essas empresas são contribuintes do tributo municipal denominado ISS – Imposto Sobre Serviço, não incidindo ICMS sobre as mercadorias adquiridas em outros estados que sejam utilizadas como insumos, *v. ex:* máquinas, equipamentos, peças, que viabilizam a prestação do serviço.

Conforme lição de José Eduardo Soares de Mello[1]:

> *"As empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras."*

O doutrinador ainda esclarece que é necessária se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que:

> *"(...) as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual".*

Havendo a prática de atividade mercantil, revelada na situação de empresa que constrói imóvel para vender, situação fora do conceito de construção civil propriamente dita, ocorrerá o fato gerador do ICMS sobre os insumos adquiridos, vez que os destinatários finais dos produtos não serão as empresas, mas sim os adquirentes das unidades imobiliárias.

Destarte,

> *"(...) insta citar a explicação no sentido de que o ICMS não incide sobre as operações de compra e venda de prédios já concluídos ou de terrenos pelo simples fato desse tributo exigir para a configuração de seu fato gerador, além do contrato, com o fito precípuo de circulação econômica, ou seja, da mudança da propriedade, a própria circulação física da mercadoria da fonte produtora até o consumo. No entanto, a incidência do ICMS sobre a categoria empresarial da construção civil, em obras imobiliárias sob incorporação ou empreitada, vem sendo reconhecida pelos tribunais pátrios."* (STJ, Ag. 778069-SP, Rel. Ministro José Delgado, DJ 23/08/2006).

Desta forma, pela descrição do objeto social da apelante ficou comprovado que ela é empresa de incorporação imobiliária, produzindo unidades autônomas que serão vendidas a terceiros. Há, dessa maneira, a atividade mercantil e não a prestação de serviço de construção civil, incidindo, portanto, o ICMS sobre as mercadorias adquiridas em operações interestaduais.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CIVIL – CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – ICMS – EMPRESAS DE CONSTRUÇAO CIVIL – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – AQUISIÇÃO DE MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL DIFERECIAL DE ALÍQUOTAS – INEXIGIBILIDADE – SÚMULA Nº 432, DO STJ – EMPRESAS DE INCORPORAÇÃO – CONTRIBUINTES DO TRIBUTO – LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – SEGURANÇA DENEGADA. A sociedade empresária que, na qualidade de prestadora de serviços de construção civil, adquire produtos em outro Estado de federação, com o fim exclusivo de serem utilizados nas obras de sua responsabilidade, não se revela contribuinte do ICMS, sendo indevida a cobrança de diferencial de alíquotas do imposto. No entanto, sendo o objeto social da sociedade empresária a incorporação imobiliária e não a construção civil, não se aplica a*

1 **Construção Civil – ISS ou ICMS?**, *in* RDT 69, Ed. Malheiros, p. 253.

Súmula nº 432, do colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo a sociedade incorporadora contribuinte do ICMS, de forma que é legítima a cobrança da alíquota interestadual." (TJMG, Mandado de Segurança 1.0000.14.067211-4/000, Rel. Des. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, j: 10/03/2015, p: 20/03/2015).

"TRIBUTÁRIO – EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL – ICMS – DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – NÃO-INCIDÊNCIA.

A regra legal é que as empresas que atuam no ramo de construção civil não são consideradas contribuintes de ICMS, sendo que pela pertinência dos serviços adstritos à sua razão social deve incidir o ISS, imposto que atinge a prestação de serviços, 'salvo nas situações em que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros' (Precedentes do STJ).

Constando do objeto social da empresa de construção civil também a incorporação e venda de imóveis, não se mostra líquido e certo o direito arguido em mandado de segurança preventivo, em que pretende a não sujeição ao pagamento do ICMS (diferencial de alíquotas interna e interestadual) e por substituição tributária nas aquisições de todos e quaisquer materiais para empregar em suas obras, como materiais de construção (cimento, tijolo, barras de ferro, janelas, portas, acabamentos, bricolagem), que podem ser empregados nos imóveis que constrói para vender, atividade que se caracteriza como ""circulação de mercadorias"" e exclui a hipótese de mera construção civil.

Na compra de mercadorias em operações interestaduais, o Estado em que se localiza o destinatário tem direito à diferença entre a alíquota interna e a interestadual." (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.05.689353-0/003, Rel, Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câmara Cível, j. 07/11/2006, publicação da súmula em 24/11/2006).

Por tais fundamentos hei por bem reformar em parte a sentença para declarar a possibilidade da incidência do ICMS no caso em análise, mas com a determinação da liberação das mercadorias relacionadas na Nota Fiscal Eletrônica nº 001576137, permanecendo a concessão parcial da segurança.

Do recurso interposto por Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda.

A impetrante apelante informou que as mercadorias que adquiriu em outros Estados eram destinadas à aplicação na obra específica, construída neste Estado, não sendo sujeita ao recolhimento de diferencial de alíquota de ICMS.

Requer provimento do recurso para que seja reformada a sentença, anulando-se o termo de verificação fiscal supramencionado.

Diante do resultado do julgamento da remessa necessária, fica prejudicada a análise do recurso interposto pela impetrante.

Do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

O ente público defende que agiu no exercício regular de um direito ao determinar a apreensão das mercadorias de propriedade da apelante. Diz, ainda, que a apreensão foi realizada antes da propositura da ação, portanto, trata-se de conduta extraprocessual, não sendo possível a aplicação da penalidade de litigância de má-fé.

Alega, ainda, a impossibilidade de condenação à multa por litigância de má-fé em razão do descumprimento de súmula que não é dotada de efeito vinculante, da maneira como fundamentado em sentença.

A imposição de multa por litigância de má-fé foi assim fundamentada:

"(...) 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.

(...) 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. (...).” (f. 178-179)

No caso versando o juízo singular aplicou ao ente público multa por litigância de má-fé em razão de ter condicionado a liberação das mercadorias apreendidas ao pagamento do tributo devido.

O artigo 80 do Código de Processo Civil determina que:

“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

Todas as hipóteses descritas nos incisos se tratam de condutas praticada pela parte “dentro” do processo. Isto é, condutas maliciosas endoprocessuais.

No caso concreto, a conduta coibida pelo juízo ocorreu em momento anterior à propositura do *mandamus*. Ou seja, trata-se de situação extraprocessual, que não pode ser considerada como tentativa de ludibrio da prestação jurisdicional.

Ademais, a condenação da parte em litigância de má-fé deve subsumir o fato ocorrido a uma das hipóteses taxativamente previstas no art. 80 do CPC.

Voltando ao caso em análise, o fato de condicionar a liberação de mercadorias apreendidas ao pagamento do tributo não configura nenhuma das hipóteses descritas nos incisos acima transcritos. Portanto, não há subsunção do fato à norma, por corolário, mostra-se impossível a aplicação da pena de litigância de má-fé prevista no artigo 81 do CPC.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CIVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ESBULHO POSSESSÓRIO – DEMOLIÇÃO DE EDIFICAÇÕES EXISTENTES NO TERRENO CUJA POSSE, CLANDESTINA, É EXERCIDA PELO APELANTE – PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA PELA SENTENÇA QUE TAMBÉM CONDENOU O ORA APELANTE COMO LITIGANTE DE MÁ-FÉ – PRETENSÃO RECURSAL QUE OBJETIVA A REFORMA DA SENTENÇA SOB O ARGUMENTO DE QUE AS EDIFICAÇÕES RUÍRAM POR AÇÃO DO TEMPO, BEM COMO A EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INEXISTÊNCIA DE PROVA A RESPALDAR A TESE DO APELANTE, NÃO LOGRANDO ÊXITO O MESMO, PORTANTO, EM PROVAR QUALQUER FATO MODIFICATIVO, EXTINTIVO OU IMPEDITIVO DO AUTOR, ÔNUS ESSE QUE SE LHE IMPUNHA, A TEOR DO QUE DISPÕE O ART.373, II DO CPC – POR OUTRO LADO, A RESPONSABILIZAÇÃO EXSURGE DO FATO DO APELANTE TER EXPLORADO O TERRENO COMO ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS, O QUE PRESSUPÕE, POR ÓBVIO, A DEMOLIÇÃO DAS EDIFICAÇÕES ENTÃO EXISTENTES – A CIRCUNSTÂNCIA DO ORA APELANTE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE POSSUIDOR DE MÁ-FÉ NÃO SE CONFUNDE, EM ABSOLUTO, COM A MÁ-FÉ PROCESSUAL DE QUE TRATA O ART.80 DO CPC, DISPOSITIVO LEGAL ESSE QUE SE REFERE À CONDUTA PROCESSUAL DA PARTE E NÃO ABRANGE OS CASOS DE MÁ-FÉ EXTRAPROCESSUAL – A SANÇÃO PREVISTA PELO ART.81 DO CPC SÓ É ADMISSÍVEL QUANDO A CONDUTA DA PARTE SE SUBSUMA A UMA DAS HIPÓTESES TAXATIVAMENTE ELENCADAS NO ART.80 DO CPC E DA QUAL DECORRA PREJUÍZO PROCESSUAL À PARTE ADVERSA, NÃO VERIFICADO NA HIPÓTESE ORA EM APRECIAÇÃO – EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ QUE SE IMPÕE – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO."*(TJRJ, AC nº 0024123-03.2013.8.19.0002, Rel. Des. Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, 24ª Câmara Cível, j: 12/12/2018).

Portanto, impõe-se a reforma da sentença para que a multa por litigância de má-fé imposta contra conduta não elencada no rol do artigo 80 do CPC seja afastada.

Posto isso, conheço da remessa necessária e dou-lhe parcial provimento, para reconhecer a legalidade da incidência do ICMS no caso em análise e, consequentemente, a legalidade do Termo de Verificação Fiscal n° 001576137.

Conheço do apelo do Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento, para afastar a multa por litigância de má-fé imposta contra o ente público.

Em razão do resultado do julgamento da remessa necessária, fica prejudicada a análise do recurso interposto pela impetrante Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda. Decisão em parte com o parecer.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 14/05/2019 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Júlio), após o relator retificar parcialmente a sentença, em remessa necessária; dar provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e não conhecer do apelo de Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 14/05/2019)

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

Pedi vista para melhor examinar os autos e, após detida análise, acompanho o e. Relator.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 28/05/2019 em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Alexandre), após o relator e o 1º vogal retificarem parcialmente a sentença, em remessa necessária, darem provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e não conhecerem do apelo de Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda.

VOTO (EM 28/05/2019)

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

Pedi vista para uma melhor análise da questão posta à apreciação.

O que se infere do caso posto à apreciação é que a empresa impetrante interpôs mandado de segurança em face de ato administrativo de apreensão de mercadorias e condicionando a liberação mediante o pagamento de ICMS sobre produtos adquiridos para construção em operações interestaduais.

O tema é pacificado nesta Corte, no sentido de se considerar ilegal a apreensão de mercadorias como forma de coagir o adimplemento do débito de natureza fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, por entender que é ilegítima a manutenção da apreensão de mercadorias após a lavratura do respectivo auto de infração e imposição de multa, editou a Súmula nº 323, cujo enunciado relata que *"é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"*.

É cediço que a apreensão de mercadorias somente se justifica quando a autoria da infração ainda não foi identificada; quando se tratar de crime de contrabando ou descaminho ou quando for impossível determinar o destinatário das mercadorias, hipóteses que não se enquadram no caso em questão.

Portanto, trata-se de ato ilegal e abusivo a manutenção da constrição sobre as mercadorias, como meio coercitivo para a cobrança de tributo, devendo a retenção cingir-se apenas ao tempo suficiente e necessário para a materialização do crédito tributário, até porque a Fazenda Pública poderá cobrar seus créditos por meio de execução fiscal, não possuindo autorização para apreender, reter e leiloar mercadorias para receber imposto/taxas.

Já com relação a incidência de ICMS sobre insumos utilizados para construção, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu através da Súmula nº 432 que *"As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais"*[2].

Assim, é descabida a incidência de ICMS sobre os insumos utilizados para a realização de obras contratadas ou que venha a contratar, na medida em que não há circulação de mercadoria, portanto, não existe fato gerador.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – EMPRESA QUE ATUA NO RAMO DE CONSTRUÇÃO CIVIL – NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE MERCADORIA COMO MEIO DE COERÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. 01. Consoante a Súmula nº 432 do Superior Tribunal de Justiça: "As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais". Por sua vez, segundo a Súmula 323, "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, obstando assim as atividades abusivas cometidas pelos agentes fiscais". 02. Remessa Necessária conhecida e desprovida."* (TJMS. Remessa Necessária nº 0821262-09.2013.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 22/01/2019, p: 24/01/2019)

2 Súmula 432, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 13/05/2010.

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR – CONFISSÃO DO CONTRIBUINTE – REJEITADA – MÉRITO – LANÇAMENTO DE ICMS EM OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ATIVIDADE-FIM DE EMPRESA DO RAMO DA CONSTRUÇÃO CIVIL – NULIDADE DOS AUTOS DE LANÇAMENTO E INFRAÇÃO – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – TEMA 810 DOS RECURSOS COM REPERCUSSÃO GERAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. 1. A orientação sedimentada no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em precedente de observância obrigatória (Tema 375 dos recursos repetitivos), é no sentido de inexistência de óbice à repetição de indébito de obrigação tributária diante da confissão levada a efeito pelo contribuinte. De sorte que o parcelamento do débito tributário não retira do contribuinte o interesse de agir na pretensão declaratória de nulidade dos respectivos autos de lançamento tributário. 2. Inexistindo circulação jurídica de mercadorias, que são inteiramente utilizadas no desempenho de suas atividades (construção civil), o lançamento de ICMS contraria orientação jurisprudencial há muito sedimentada no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores, materializada nos Enunciados 166 e 432 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e no Tema 261 dos processos repetitivos daquela mesma Corte superior. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou a questão com a edição do Tema nº 810 dos recursos com repercussão geral, determinando que nas condenações impostas à Fazenda Pública por débitos de natureza tributária devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário (1% ao mês – art. 161, § 1º, do CTN). 4. Estabelece o art. 85, § 5º, do NCPC, que 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 (200 salários mínimos), a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente. Assim, os honorários advocatícios deveriam ter sido arbitrados em pelo menos 10% de 200 salários mínimos e no mínimo em 8% do restante do valor da condenação. Conquanto fixados abaixo desses parâmetros, não há falar em exorbitância do valor dos honorários sucumbenciais."* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0049602-30.2012.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 23/10/2018, p: 25/10/2018)

Passo a análise do caso, verifico que a impetrante é uma sociedade constituída para o fim de:

> *"(...) é de propósito específico, tendo por objetivo social única e exclusivamente o planejamento, a promoção, o desenvolvimento sob o regime de incorporação imobiliária nos termos da Lei 4.591/64, compreendendo a venda, a contratação da obra, entrega de unidades habitacionais e o recebimento do preço decorrente da comercialização das unidades imobiliárias do empreendimento residencial denominado "Passarela Park Prime", que está sendo erigido no imóvel localizado na Rua Tabelião Murilo Rolim, nº 114, no Bairro Santa Fé, cidade de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, incorporado conforme R. 12, AV. 13 e AV. 17 na matrícula nº 221.229 do 1º Oficial de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande/MS"* (f. 20).

Além disso, foi anexado nos autos um contrato de construção global em regime de administração e outras avenças realizadas entre a impetrante e a empresa MGRCON – Construções Ltda (f. 46/85). É possível verificar que ficou acordado que:

> *"7.6.2 Na hipótese da construtora utilizar-se de mão de obra própria ou aplicar materiais de sua propriedade para a realização de partes da obra, deverá emitir Nota Fiscal de Serviços correspondente à prestação realizada, incluindo-se ai os materiais eventualmente aplicados e que não tenham sido adquiridos em nome da contratante. Estas Notas Fiscais integrarão o montante a ser reembolsado pela contratante", bem como que "7.6.3. Somente serão aceitas pela contratante para efeito de reembolso as Notas Fiscais que satisfazem as seguintes condições: a) sejam emitidas contra a contratante".*

Diante disso, é possível verificar que a impetrante (ora contratante) é quem ficou responsável pela aquisição do material a ser utilizado na obra. Assim, não se justifica que a impetrante responda pela cobrança de ICMS dos produtos que são destinados à empresa de construção civil pois as provas dos autos são fartas no sentido de que os insumos foram destinados à construção do edifício *"Passarela Park Prime"*.

E, diante disso, entendo que o material lá constante não pode ser considerado mercadoria, mas sim insumos necessários à execução do serviço que foi contratado, portanto, aplico ao caso a Súmula nº 432 do STJ.

Consequentemente, declaro nulo o Termo de Verificação Fiscal nº 0015761387 (f. 116), bem como a inexistência de débito sobre a operação representada pela NF nº 000146335 (f. 117).

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, peço vênia e respeitando o entendimento do Relator, conheço da remessa necessária e do recurso de apelação interposto por Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda para conceder a segurança e declarar nulo o Termo de Verificação Fiscal nº 0015761387 (f. 116), bem como a inexistência de débito sobre a operação representada pela NF nº 000146335 (f. 117).

Acompanho o relator apenas quanto a análise do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul (para afastar a multa por litigância de má-fé imposta contra o ente público).

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (4° vogal)

Acompanho o voto do 2° vogal.

Por maioria, retificaram parcialmente a sentença, em remessa necessária, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal. Por unanimidade, deram provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do relator. Em relação ao apelo de Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda, a conclusão de julgamento foi adiada para a sessão de 09/07/2019 em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Sideni), após o relator e o 1º vogal não conhecerem do recurso, enquanto o 2º e 4º vogais o conhece e dão-lhe provimento. Este processo está sob a técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 09/07/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3° vogal)

O pedido de vista justifica-se diante da necessidade de melhor análise da matéria posta em debate.

Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda impetrou mandado de segurança em face do superintendente da Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul devido à apreensão de mercadorias para fins de recebimento de ICMS, o qual defende ser indevido em razão da aquisição de materiais de construção como consumidora em outro Estado. Requereu a imediata liberação das mercadorias apreendidas, a nulidade dos termos de verificação fiscal e a declaração de inexistência de débito sobre a operação.

O julgador singelo concedeu parcialmente a segurança para determinar a não apreensão das mercadorias, além de aplicar ao Estado multa por litigância de má-fé.

Inconformados, recorreram a impetrante, o Estado de Mato Grosso do Sul, além da sentença ter sido submetida à remessa necessária.

De acordo com a certidão de julgamento (f. 263), por maioria, houve a retificação parcial da sentença em sede de remessa necessária, nos termos do voto do ilustre relator, vencido o 2º vogal. Por outro lado, por unanimidade, deram provimento ao recurso do Estado, nos termos também do voto do ilustre relator.

Sobeja, então, a análise do apelo interposto pela impetrante Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda, recurso do qual não conheceram o relator e o 1º vogal, enquanto o 2º e 4º vogais o conheceram e deram-lhe provimento.

Pois bem.

Diante do parcial provimento da remessa necessária para reconhecer a legalidade da incidência do ICMS no caso em análise e, consequentemente, a legalidade do Termo de Verificação Fiscal n° 001576137, recurso ao qual não se aplica a regra do art. 942 do CPC, conforme seu parágrafo 4º, inciso II, fica prejudicada a análise do recurso de apelação interposto pela impetrante com pretensão de reforma da sentença para anulação do termo de verificação fiscal, tendo em vista a perda superveniente do interesse recursal.

Assim sendo, só resta acompanhar os ilustres relator e 1º vogal para o fim de não conhecer do apelo da impetrante devido à perda superveniente do interesse recursal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, retificaram parcialmente a sentença, em remessa necessária, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal. Por unanimidade, deram provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto do relator. Por maioria, não conheceram do apelo de Hesa 76 Investimentos Imobiliários Ltda., nos termos do voto do relator, vencidos o 2º e 4º vogais que conheciam e davam provimento. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0900932-91.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA – HIPÓTESE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO NÃO VERIFICADA – MÉRITO – DESVIRTUAMENTO DO OBJETO DO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE ASSOCIAÇÃO FILANTRÓPICA E MUNICÍPIO – CONTRATAÇÕES ILEGAIS – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 10, I, II, XII, XVI, XVII e XIX DA LIA) – DOLO GENÉRICO – OFENSAS AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE, EFICIÊNCIA E DA IMPESSOALIDADE – RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO AO ERÁRIO – CONDENAÇÃO NA FORMA SOLIDÁRIA – MULTA – REDUÇÃO DO *QUANTUM* – ATENDIMENTO AO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante jurisprudência preponderante do Superior Tribunal de Justiça,

"(...) em ação civil de improbidade administrativa, não se fala em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados ou participantes, por falta de previsão legal e de relação jurídica entre as partes que se obrigue a decidir de modo uniforme a demanda." (STJ, AgInt no AREsp 1264705/SP).

Nos termos do art. 10, incisos I, II, XVI, XVII e XIX e art. 11, *caput* da LIA, configura-se ato ímprobo o desvirtuamento do objeto do convênio, inicialmente firmado para a prestação de serviços socioeducativos às crianças e adolescentes, mas que, com o passar do tempo, passou a servir de simulacro para drenar recursos públicos, tornando-se a associação (cujo objeto social era o de disseminar a instrução e propagar princípios morais), verdadeira agência de empregos e favorecimento de agentes e apadrinhados políticos, com prejuízo dos serviços públicos prestados e obtenção de vantagem. Tal postura ofende aos princípios basilares da administração pública, dentre eles o da moralidade, impessoalidade (as contratações eram pautadas em indicações políticas e favorecimentos pessoais), eficiência (não existia um mínimo de controle sobre a contratação, execução ou qualidade dos serviços prestados) e legalidade (contratação para prestação dos serviços fora dos setores abrangidos pela previsão do convênio e até mesmo nos setores internos da própria associação).

O dever de fiscalização, na situação específica, não decorre apenas da lei (art. 10, XIX da LIA) mas é também consectário natural da relação jurídica estabelecida, pois o serviço público terceirizado não gera vínculo direto entre o Poder Público e os funcionários da empresa terceirizada, no qual o Poder Público contrata o serviço da terceirizada e não o funcionário. Ademais, é pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

A pena de multa imposta ao dirigente da associação deve ser abrandada, levando-se em consideração que este não dispõe da mesma capacidade financeira da pessoa jurídica, bem como o fato de que o benefício auferido toca em maior extensão a associação.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de julho de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Gilbraz Marques da Silva e Seleta Sociedade Caritativa e Humanitária - S.C.H. apelam da sentença proferida na ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que tramitou na 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos desta Capital.

A pretensão foi julgada procedente, para reconhecer a existência de improbidade administrativa nos termos do art. 10, I, II, XII, XVI, XVII e XIX e do art. 11 *caput* da Lei nº 8.429/92, sendo os réus condenados às penalidades do art. 12, incisos II e III, na seguinte forma:

> *"Seleta Sociedade Caritativa e Humanitária SSCH:*
>
> *a) devolução de R$ 8.176.615,60 aos cofres públicos municipais (obrigação solidária com o outro requerido). O valor deverá ser corrigido desde a data do ajuizamento da ação até a data do efetivo pagamento e acrescido dos juros legais desde a citação;*
>
> *b) pagamento de multa civil em favor dos cofres do Município de Campo Grande, no valor de R$ 16.000.000,00 na data de hoje;*
>
> *c) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.*
>
> *Gilbraz Marques da Silva:*
>
> *a) devolução de R$ 8.176.615,60 aos cofres públicos municipais (obrigação solidária com o outro requerido). O valor deverá ser corrigido desde a data do ajuizamento da ação até a data do efetivo pagamento e acrescido dos juros legais desde a citação;*
>
> *b) pagamento de multa civil em favor dos cofres do Município de Campo Grande, no valor de R$ 16.000.000,00 na data de hoje;*
>
> *c) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*
>
> *d) perda da função pública que estiver exercendo no dia do trânsito em julgado desta sentença;*
>
> *e) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos.* (f. 8009-8030)."

Em suas razões (f. 8059-8087), arguem os apelantes, preliminarmente, a nulidade da sentença pela não inclusão de litisconsórcio necessário no polo passivo da demanda, consoante dicção dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.429/92. Segundo entendem, a natureza jurídica da relação jurídica questionada exige a presença de todos os responsáveis pela prática do ato impugnado, sejam eles agentes públicos responsáveis diretamente sejam os terceiros que concorreram e/ou se beneficiaram com o ato apontado ímprobo.

Quanto ao mérito, defendem a inexistência de atos de improbidade, já que a obrigação contratual da Seleta era apenas de ceder pessoas para prestação se serviço perante o poder público municipal, conforme se depreende da cláusula 3.2 "c" (f. 55) do convênio firmado.

Deste modo, afigura-se equivocada a premissa do julgador *a quo*, de que "*o convênio teria sido firmado para prestação de serviços e não de contratação de pessoas."* Logo, sendo o objeto exclusivo do convenio a contratação de pessoas – o que se reforça pela cláusula 4.3, I, 'b", 1 e 3 -, não há falar em desvirtuamento do objeto do contrato, não tendo a ré qualquer poder legal ou contratual de fiscalização sobre a efetiva prestação dos serviços pelas pessoas contratadas.

Asseveram que a configuração de conduta ímproba exige a comprovação de elemento volitivo (arts. 1º, 10 e 11 da LIA); na hipótese, não restou caracterizada a intenção da ré de utilizar de um convênio para praticar ato desonesto, destacando que a fiscalização da prestação dos serviços competia exclusivamente ao poder público, tanto por força da lei como do convenio (cláusula 3.1).

Pontuam a inexistência de dolo ou culpa na conduta da ré, que acreditava estar contribuindo para a solução de um problema de cunho social, consistente na insuficiência de recursos humanos por parte do município, com o que corroboram os depoimentos das testemunhas.

Aduzem que o pagamento dos funcionários internos da Seleta pelo poder público municipal encontra-se amparado por cláusula contratual (4.1.2, subitem 3.1, "b"), havendo também expressa previsão acerca da prestação de serviços no espaço físico da Seleta (cláusula 4.2).

Obtemperam que o réu Gilbraz Marques da Silva somente adentrou na Seleta em 2014 e apenas manteve a forma de administração que já vinha ocorrendo há décadas e de acordo com o Convênio (subitem 4.1.2 e subitem 3.1, b), o que deve ser levar em consideração.

Além disso, os dois aditivos feitos foram com permissão do parquet pelo TAC (cláusula quarta de f. 63 e f. 66) e, portanto, não se mostra de acordo com § 1º do art. 22 e parágrafo único do art. 23 da LINDB que a condenação plena recaia sob este período. Esse decurso de tempo e a permissão/autorização do MP para os aditivos devem ser levados em consideração, mormente, para aferição do elemento volitivo, que é imprescindível para condenação por ato de improbidade e também para a dosimetria da pena.

Por fim, registram a inexistência de prejuízo ao poder público e a falta de razoabilidade/proporcionalidade da multa imposta, lembrando que se trata de uma instituição filantrópica.

Pedem provimento do recurso, para que seja afastada a condenação por atos de improbidade.

Contrarrazões às f. 8148-8162.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 8216-8228).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Gilbraz Marques da Silva e Seleta Sociedade Caritativa e Humanitária - S.C.H. apelam da sentença proferida na ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que tramitou na 2ª vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos desta Capital.

A pretensão foi julgada procedente, para reconhecer a existência de improbidade administrativa nos termos do art. 10, I, II, XII, XVI, XVII e XIX e do art. 11 *caput* da lei nº 8.429/92, sendo os réus condenados às penalidades do art. 12, incisos II e III, na seguinte forma:

> *"Seleta Sociedade Caritativa e Humanitária SSCH:*
>
> *a) devolução de R$ 8.176.615,60 aos cofres públicos municipais (obrigação solidária com o outro requerido). O valor deverá ser corrigido desde a data do ajuizamento da ação até a data do efetivo pagamento e acrescido dos juros legais desde a citação;*

b) pagamento de multa civil em favor dos cofres do Município de Campo Grande, no valor de R$ 16.000.000,00 na data de hoje;

c) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

- Gilbraz Marques da Silva:

a) devolução de R$ 8.176.615,60 aos cofres públicos municipais (obrigação solidária com o outro requerido). O valor deverá ser corrigido desde a data do ajuizamento da ação até a data do efetivo pagamento e acrescido dos juros legais desde a citação;

b) pagamento de multa civil em favor dos cofres do Município de Campo Grande, no valor de R$ 16.000.000,00 na data de hoje;

c) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

d) perda da função pública que estiver exercendo no dia do trânsito em julgado desta sentença;

e) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos." (f. 8009-8030)

Em suas razões (f. 8059-8087), arguem os apelantes, preliminarmente, a nulidade da sentença pela não inclusão de litisconsórcio necessário no polo passivo da demanda, consoante dicção dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.429/92. Segundo entendem, a natureza jurídica da relação jurídica questionada exige a presença de todos os responsáveis pela prática do ato impugnado, sejam eles agentes públicos responsáveis diretamente sejam os terceiros que concorreram e/ou se beneficiaram com o ato apontado ímprobo.

Quanto ao mérito, defendem a inexistência de atos de improbidade, já que a obrigação contratual da *Seleta* era apenas de ceder pessoas para prestação se serviço perante o poder público municipal, conforme se depreende da cláusula 3.2 "c" (f. 55) do convênio firmado. Deste modo, equivocada a premissa do julgador *a quo* de que o convênio teria sido firmado para prestação de serviços e não de contratação de pessoas. Logo, sendo o objeto exclusivo do convênio a contratação de pessoas - o que se reforça pela cláusula 4.3, I, 'b", 1 e 3 -, não há falar em desvirtuamento do objeto do contrato, não tendo a ré qualquer poder legal ou contratual de fiscalização sobre a efetiva prestação dos serviços pelas pessoas contratadas.

Asseveram que a configuração de conduta ímproba exige a comprovação de elemento volitivo (arts. 1º, 10 e 11 da LIA) e, na hipótese, não restou caracterizada a intenção da ré de utilizar de um convênio para praticar ato desonesto, destacando que a fiscalização da prestação dos serviços competia exclusivamente ao poder público, tanto por força da lei como do convênio (cláusula 3.1).

Pontua a inexistência de dolo ou culpa na conduta da ré, que acreditava estar contribuindo para a solução de um problema de cunho social, consistente na insuficiência de recursos humanos por parte do município, com o que corroboram os depoimentos das testemunhas.

Aduz que o pagamento dos funcionários internos da Seleta pelo poder público municipal encontra-se amparado por cláusula contratual (4.1.2, subitem 3.1, "b"), havendo também expressa previsão acerca da prestação de serviços no espaço físico da Seleta (cláusula 4.2).

Obtempera que o réu Gilbraz Marques da Silva somente adentrou na Seleta em 2014 e apenas manteve a forma de administração que já vinha ocorrendo há décadas e de acordo com o Convênio (subitem 4.1.2 e subitem 3.1, b), o que deve ser levado em consideração para apuração de sua responsabilidade.

Além disso, os dois aditivos feitos foram com permissão do Ministério Público Estadual através do TAC (cláusula quarta de f. 63 e f. 66) e, portanto, não se mostra de acordo com § 1º do art. 22 e parágrafo único do art. 23 da LINDB que a condenação plena recaia sob este período. Esse decurso de tempo e a permissão/autorização do MPE para os aditivos não podem ser ignorados, mormente para aferição do elemento volitivo, que é imprescindível para condenação por ato de improbidade e também para a dosimetria da pena.

Por fim, registra a inexistência de prejuízo ao poder público e a falta de razoabilidade/proporcionalidade da multa imposta, lembrando que se trata de uma instituição filantrópica.

Pede provimento do recurso, para que seja afastada a condenação por atos de improbidade.

Contrarrazões às f. 8148-8162.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 8216-8228).

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 está preparado (f. 8089).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Preliminar.

Arguem os apelantes, preliminarmente, a nulidade da sentença pela não inclusão de litisconsórcio necessário no polo passivo da demanda, consoante dicção dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.429/92. Segundo entendem, a natureza jurídica da relação jurídica questionada exige a presença de todos os responsáveis pela prática do ato impugnado, sejam eles agentes públicos responsáveis diretamente sejam os terceiros que concorreram e/ou se beneficiaram com o ato apontado ímprobo.

Não lhes assiste razão.

Os agentes públicos responsáveis pela prática dos atos ímprobos cuja prática também é imputada aos apelantes foram acionados judicialmente através de ação autônoma (Autos nº 0901340-48.2017.8.12.0001).

A toda evidência não se está diante de hipótese de litisconsórcio passivo necessário, seja porque inexiste imposição legal, seja porque a natureza da relação jurídica controvertida não impõe a sua formação, já que as condutas ímprobas apuradas pelo *Parquet* não impõe a mesma solução jurídica uniforme para todos os agentes; trata-se, em verdade, de responsabilidade subjetiva, na qual as condutas praticadas podem ser avaliadas de forma individual e as penas aplicadas não guardam qualquer relação de interdependências com relação às sanções impostas aos demais agentes políticos.

Nesse sentido a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489, 1.013 E 1.022 DO CPC/2015 – NÃO OCORRÊNCIA – EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL A RESPEITO DA MATÉRIA – TEMA Nº 576/STF – SOBRESTAMENTO DO FEITO – DESNECESSIDADE – AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – PRECEDENTES – CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992 – REQUISITOS – ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO GENÉRICO – DOSIMETRIA DAS SANÇÕES – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE.*

REEXAME DE FATOS E PROVAS – SÚMULA Nº 7/STJ – INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 280/STF – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - (...)

IV - Ainda que assim não fosse, o entendimento jurisprudencial dominante do STJ é no sentido de que, em ação civil de improbidade administrativa, não se fala em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados ou participantes, por falta de previsão legal e de relação jurídica entre as partes que se obrigue a decidir de modo uniforme a demanda. Precedentes: REsp nº 1.696.737/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017; e AgRg no REsp nº 1.421.144/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 10/6/2015." (STJ**,** AgInt no AREsp 1264705/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019)

Desta forma, afasto a preliminar de nulidade da sentença.

Mérito

Dos atos de improbidade

O Ministério Púbico Estadual ajuizou ação civil pública contra a Seleta, associação sem fins lucrativos, e seu então presidente Gilbraz, atribuindo-lhes a prática de atos de improbidade administrativa consistente nas ilegalidades relacionadas ao desvirtuamento do objeto do convênio firmado com o Município de Campo Grande, com destaque a contratação desordenada de pessoas cujo objetivo seria desviar dinheiro púbico e obter vantagem financeira.

A pretensão do MPE foi julgada procedente, no sentido de reconhecer a existência de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, I, II, XII, XVI, XVII e XIX e do art. 11, *caput* da Lei nº 8.429/92 e condenar os réus nas penas do art. 12, II e III da LIA.

Segundo conclusão do julgador:

(...) ***Na prática, a Seleta foi transformada numa agência de empregos, recebendo comissão de 5% sobre os custos mensais do Convênio. (...)***

Secretários municipais, deputados estaduais, vereadores, servidores municipais, dirigentes da própria Seleta e sabe-se lá mais quantas pessoas, indicavam nomes de pretendentes a um trabalho e estas pessoas eram contratadas pela Seleta como se fossem seus funcionários.

Após, os contratados eram encaminhados para a Prefeitura, que fazia a lotação nas mais variadas áreas, desde aquelas com contato com crianças, como merendeiras, professores, psicólogas, até aquelas em áreas administrativas da Prefeitura, como auxiliares administrativos, motoristas, advogados. Havia, ainda, os chamados "fantasmas", que eram pessoas que ganhavam o registro na carteira de trabalho e não se apresentavam em lugar nenhum para trabalhar, ou ainda, os que eram lotados em gabinetes de vereadores ou na própria Seleta para exercer os trabalhos internos dela nas mais variadas áreas, mas que, de forma alguma, trabalhavam na Prefeitura, muito menos na Semed e menos ainda em ações previstas em planos de trabalho, que não se sabe se chegaram a existir.

Todos os meses, a Seleta encaminhava para a Prefeitura uma relação que continha os nomes dos funcionários contratados e os respectivos salários e encargos, e recebia, então, os recursos necessários para custear estas contratações e, também, a comissão de 5% sobre o custo mensal.

Mais de 4.300 pessoas foram contratadas desta forma (somando-se os convênios Seleta e de outra instituição), às custas dos cofres municipais, com total informalidade,

pessoalidade e sem nenhum limite aparente ao número de pessoas contratadas. Se, dentro da prefeitura, alguém precisasse de um auxiliar administrativo, pedia para a Seleta e a contratação acontecia, se alguém precisava de um emprego, pedia para algum vereador e era encaminhado à Seleta para contratação. Ao final do mês, a conta era paga pelo município com repasse de dinheiro via o convênio supra-referido.

Estes fatos são revelados no processo através dos seguintes documentos: (...)

Os relatórios acima transcritos revelam uma verdadeira situação de caos administrativo e ilustram quão grandes podem ser os prejuízos para os serviços públicos, quando o interesse pessoal se sobrepõe ao interesse da coletividade. Os princípios da impessoalidade e da eficiência administrativa simplesmente foram ignorados.

No caso, praticamente 90% da mão de obra da Secretaria de Assistência Social e grande parte da mão de obra da Secretaria de Educação estavam reféns dos funcionários contratados pelos convênios, o que dificultava, sem dúvida, o encerramento desta prática deletéria e se mostrava, talvez, até como uma tática de perpetuação da atividade, tal qual um câncer que se instale próximo ao coração do paciente e, por isto, não possa ser extirpado.

Além destes documentos, temos os seguintes: (...)

Neste ponto, foi possível perceber que o requerido Sr. Gilbraz tinha consciência do ilícito (dolo), mas não se dispôs a por um fim no que acontecia.

Continuando a exposição das provas, temos o seguinte: (...)

De todo o exposto, fica claro que os fatos tipificam atos de improbidade administrativa, consistentes na transformação do objeto do convênio de prestação de serviços socioeducativos em agenciamento de trabalhadores gerais. Além disto, pagando a ela 5% de comissão pelos gastos mensais que o Município tinha com os empregados ilegalmente contratados e, em boa parte do tempo, custeando também os salários dos próprios funcionários internos da entidade, como se fossem todos eles prestadores de serviço do Município. Praticaram uma verdadeira simulação, com a visível intenção de drenar recursos públicos sem qualquer controle. E assim, o prejuízo reclamado pelo Ministério Público é de R$ 8.176.615,60 (f. 7.997).

Repito, o objeto formal do convênio era a prestação de serviços sócio educativos, conforme ações de atendimento à criança e ao adolescente previstas num plano de trabalho, que nunca foi apresentado no processo e que possivelmente não existe, mas a preocupação de fato dos envolvidos era em contratar pessoas informalmente para o Município, conforme interesses pessoais, políticos e ainda, sem que existisse um mínimo controle sobre a qualificação dos contratados, a quantidade de contratados, sua lotação e mesmo se estavam trabalhando ou se cumpriam adequadamente sua jornada de trabalho. (...)

Relembro e destaco que serviço público terceirizado é um serviço específico, que não gera vínculo direto entre o Poder Público e os funcionários da empresa terceirizada, que não gera relação de subordinação entre eles e nem possibilidade de ingerência do Poder Público na escolha da pessoa que é contratada pela empresa terceirizada, pois o Poder Público contrata "o serviço" da terceirizada e "não o funcionário" da terceirizada.

A Lei nº 8.429/92 descreve, nos vários itens dos artigos 9°, 10 e 11, condutas tidas por ímprobas, não exaurindo ali as situações de improbidade, mas deixando claro que outras também podem tipificar a infração.

O art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa prevê a figura do prejuízo ao erário público como ato de improbidade e este é um dos pontos levantados pelo Ministério Público nesta ação.

O Município sofreu um prejuízo de R$ 8.176.615,60 ao longo do período de maio de 2014 a abril de 2016 (f. 7.993), valor este corresponde aos salários dos funcionários

internos da Seleta que foram pagos pelo Município como se estas pessoas trabalhassem para o Município, quando exerciam suas funções na própria Seleta. Neste ponto, vale a lembrança de que ela recebia uma comissão de 5% sobre os gastos totais do convênio para custear o gerenciamento das relações provenientes deste convênio. (...)

Os requeridos afrontaram os princípios da moralidade administrativa, da eficiência administrativa, da impessoalidade, enfim, da legalidade (art. 37 da CF). Compactuaram durante anos com o uso político, pessoal, informal dos convênios, desviando-o de sua finalidade, para drenar recursos públicos, mesmo que a custa da qualidade dos serviços prestados em algumas das áreas mais sensíveis e preciosas para uma sociedade, que é a da educação e a da assistência social.

Restou fartamente comprovado que, além do desvio de finalidade, além do descaso para com o objeto do convênio, o descontrole era tamanho que ninguém era capaz de dizer onde os funcionários privados, mas pagos com dinheiro público, estavam lotados. Isto ficou muito claro na primeira audiência realizada nos autos 0812181-31.2016, utilizada como prova emprestada, em que foi ouvido o procurador-geral do município, Dr. Denir de Souza Nantes e onde foi feito uma inspeção judicial na Secretaria de Ação Social do Município e na Seleta (f. 292). Naquela ocasião, constou o seguintes: (...)

Não há dúvidas de que os atos praticados se inserem nas tipificações da Lei de Improbidade Administrativa e sujeitam os requeridos às sanções previstas no art. 12 da mesma lei. (f. 8015-8029) (g.n.).

Os apelantes não devolvem discussão sobre o conjunto probatório ou mesmo sobre os fatos apurados na Ação Civil Pública nº 0812181-31.2016.8.12.0001, ajuizada contra o Município de Campo Grande e respectivos prefeitos, limitando-se a alegar que as condutas praticadas pela associação e seu dirigente não se subsumem às hipóteses normativas dos arts. 10 I, II, XII, XVI, XVII e XIX e 11, *caput* da Lei nº 8.429/92, pois não teriam atuado com dolo, mas, ao contrário, suas condutas teriam sido pautadas em cláusulas do convênio firmado; além disso, não detinham o dever legal ou contratual de fiscalização; por fim, sustentam a ausência de lesão ao bem jurídico protegido (prejuízo ao erário); alternativamente, pedem a revisão das penas impostas, amparada no princípio da razoabilidade.

Após cuidado estudo do conjunto fático-probatório que integra o caderno processual, não foram encontradas razões para modificar a sentença primeva, tal como posta, salvo a diminuição de uma das multas.

Vê-se que través do Convênio nº 133-A, firmado em 30 de abril de 2014, a Seleta poderia "*contratar os recursos humanos necessários a execução do objeto do convênio.*" (cláusula 4.3, item b.1).

O objeto do convênio encontra-se previsto na cláusula primeira do aludido instrumento, sendo ele a *"prestação de serviços sócios educativos pela convenente, para preservação e ampliação das ações de atenção e de* ***atendimento à criança e ao adolescente de Campo Grande, em regime de cooperação mútua com a Secretaria Municipal de Educação – SEMED****."* (f. 56) (g.n.).

A cláusula 2.3, item b.2, autoriza a Seleta *"contratar pessoal administrativo* ***para a operacionalização e contabilização deste convênio, bem como adquirir materiais e serviços necessários à implementação das suas atividades, desde que não ultrapasse 5% (cinco por cento) do valor a ser liberado mensalmente****."* (g.n.)

Como se vê, o objeto do convênio, indene de dúvidas, consiste na promoção de ações voltadas às crianças e adolescentes. Logo, a contratação de funcionário para trabalhar fora de entidades de atendimento à criança e adolescentes redunda em desvirtuamento do objetivo conveniado.

Ocorre que, conforme o farto acervo probatório produzido[1], as pessoas contratadas pela Seleta eram indicadas por detentores do mandato eletivo (secretários municipais e deputados estaduais), além dos dirigentes da própria Seleta e, após a contratação, eram lotados nas mais diversas áreas, inclusive administrativa, ou então eram lotadas nos gabinetes de vereadores ou mesmo na própria Seleta (para exercerem serviços internos da associação), sem qualquer relação com atendimento às crianças ou adolescentes.

1 Relatório da comissão criada pela prefeitura municipal para investigar os convênios (f. 645); listagem de contratações não contempladas pelos objetivos dos convênios e da instituição (f. 680-699); listagem de contratados não encontrados no trabalho (f. 733-861; 7537-7542); inspeção judicial realizada nos autos n. 0812181-31.2016 (f. 503-504) admitida nos autos como prova emprestada (f. 1611); listagem de funcionários internos da Seleta que recebiam pela Prefeitura, via convenio, e sob os quais a Seleta ganhava "comissão" de 5% pela contratação (f. 5699-5701); depoimento das testemunhas (f. 7933-7934).

Além disso, conforme apurou os autos, as pessoas contratadas não possuíam os requisitos necessários para a função que exerciam; o que era levado em consideração era o favorecimento e não a qualificação, sem olvidar também a constatação de funcionários fantasmas, que eram contratados e pagos pela Seleta mas não se apresentavam em lugar nenhum para prestar serviços, além de casos de salários pagos em duplicidade ou salários diferentes para pessoas que exerciam idêntica função.

Tais posturas ofendem não só o princípio da moralidade administrativa, mas também os princípios da eficiência (não existia um mínimo de controle sobre a contratação, execução ou qualidade dos serviços prestados), impessoalidade (as contratações eram pautadas em favorecimentos pessoais e não nos atributos profissionais do contratado) e legalidade (prestação dos serviços fora dos setores abrangidos pela previsão do convênio).

Houve, sem dúvida alguma, franca deturpação do objeto do convênio, inicialmente firmado para a prestação de serviços socioeducativos às crianças e adolescentes, mas que, com o passar do tempo, passou a servir de simulacro para drenar recursos públicos, tornando-se a associação (cujo objeto social era o de disseminar a instrução e propagar princípios morais), verdadeira agência de empregos.

Inequívoca a conduta ímproba, esta consistente no desvirtuamento do convênio celebrado, com prejuízo dos serviços públicos prestados, subsumindo-se tal postura com perfeição às hipóteses dos incisos I, II, XII, XVI, XVII e XIX, os quais estabelecem o seguinte:

> *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*
>
> *I - **facilitar ou concorrer por qualquer forma** para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;*
>
> *II - **permitir** ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*
>
> *XII - **permitir, facilitar ou concorrer** para que terceiro se enriqueça ilicitamente;*
>
> *XVI - **facilitar ou concorrer**, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*
>
> *XVII - **permitir ou concorrer** para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada **mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;***
>
> *XIX - **agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas**."* (g.n.)

Não se pode olvidar que referidos dispositivos se aplicam 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"* (art. 3º).

Aliás, o relatório emitido pela comissão criada pelo Município de Campo Grande demonstra a existência de contratações irregulares, "funcionários fantasmas", discrepâncias nas remunerações de pessoas exercendo idênticas funções, assim como prestadores de serviço exercendo atividades totalmente incompatíveis com o objetivo do convênio.

Confira-se o conteúdo do relatório em comento:

> *"(...) Nas entrevistas aplicadas nas instalações da SAS, pudemos constatar que também estas contratações também fogem ao objeto dos convênios, são na maioria motoristas, que atendem as visitas domiciliares, transportes de técnicos e usuários dos Programas (...)* (f. 645)
>
> *(...) Pôde ser verificado na folha de pagamento da SAS que apesar do número excessivo de motoristas, todos fazem um enorme número de horas extras, o que duplica seus salários base, muitos deles preferem ser contratados pela Seleta, pois afirmam que a remuneração dos estatutários é muito baixa (...)* (f. 646).
>
> *(...) Devemos frisar ainda que a seleção de prestadores de serviços que são encaminhados para atuação nos CRAS e CEINFs é realizada pela SAS, cabendo à Seleta somente a parte burocrática da contratação, existe pouco controle sobre a qualidade nos serviços prestados e a frequência dos funcionários* (f. 646).
>
> *Dos funcionários seleta lotados na sede do instituto mirim*
>
> *Através do convênio são contratados ASDs, cozinheiras, motoristas, auxiliares administrativos, assistente social, psicólogas e dentistas. É o local que mais apresenta funcionários "desconhecidos", que foram pouco ou nunca vistos desempenhando funções, todos remunerados. A SAS nega que tenha algum tipo de controle sobre o quadro do Instituto, atribuindo à direção do mesmo, a responsabilidade pelas folhas de frequência. (f. 646-647). (...)*
>
> *Dos funcionários seleta lotados Fundac, Imti, Emha, Seintrha, Sedesc e Funsat*
>
> *Funcionários desempenhando funções administrativas, alguns desconhecidos ou desligados sem conhecimento das chefias.*
>
> *Geralmente contratados por indicações ou para atender interesses políticos. Na Sedesc encontramos quase todos no setor financeiro. Na Seintrha e Emha encontramos profissionais diretamente nas áreas de fiscalização de casas e terrenos de comodato.*
>
> *Na Fundac o departamento pessoal manifestou desconhecer o fato de ter profissionais lotados em seu quadro, pessoas que nunca compareceram em seus locais de trabalho, e manifestou que estas situações são do conhecimento da SAS.*
>
> *Os funcionários da Funsat são responsáveis por todos os processos de acesso a microcrédito, aprovações, cadastros e controle de pagamentos.*
>
> *No Imti e Impg os cargos também são de indicações políticas, encontramos motorista com rendimento duas vezes maior do que um pedagogo, ou três vezes maior do que um educador. (f. 649).*
>
> *Dos Inexplicáveis*
>
> *O Sr. Vander Ferreira da Mota, contratado como Vigia pela Seleta, está preso há mais de 2 anos.*
>
> *A Senhora Wanderléia Alves Hota contratada como Coordenadora de Cursos, reside e trabalha na unidade de Ladário [Obs:421 km de Campo Grande].*
>
> *A Senhora Michelle Nogueira Pereira trabalha no Gabinete do Sr. Edil Albuquerque.*
>
> *O Sr. Rodrigo Mesa Puerta, é contratado pelos dois convênios para ser diretor executivo da OMEP.*
>
> *A Senhora Aparecida da Silva Albuquerque não comparece ao seu posto de trabalho há mais de 6 meses, mas possui ficha de frequência assinada na Funesp até o mês de Janeiro/2013.*

Os senhores: André Luis Modesto Campos, Andrea Floro de Souza, Ataídes de Souza Gomes, Fátima Justina Sandim, Juliana Lolli Guetti, Luiz Carlos Ribeiro Santana, Marina Wirtti Sanches e Priscila Almeida Vieira são desconhecidos pelo departamento pessoal da Seleta, mas estão indicados como atuantes na lista apresentada pelo Sr. Gilbráz Marques da Silva, Vice-Presidente da SSCH.

A folha de pagamento de janeiro/2013 da SAS, tem uma lista de desconhecidos lotados na Sede da OMEP de R$ 36.079,00. (f. 650)

- Relatório final.

(...) A qualidade dos serviços prestados pelos funcionários contratados pelo convênio OMEP/Seleta foi considerado pela unanimidade das diretoras como de péssima qualidade. Ouvimos inúmeras queixas, quanto a qualificação profissional e falta de perfil dos profissionais encaminhados para as unidades, quanto a falta de comprometimento dos funcionários, quanto ao grande número de faltas, atestados e afastamentos. A somatória destes problemas gera o verdadeiro caos que se instala na maioria dos Ceinfs...

De acordo com as informações obtidas, as diretoras nunca fizeram parte do processo seletivo dos funcionários terceirizados.

Estes quando se apresentam com o encaminhamento da SAS, já estão contratados. Isto é uma das maiores queixas, pois muitos profissionais não possuem nenhuma experiência no trato com crianças, desconhecem a rotina dos Ceinfs, e desenvolvem dificuldade de adaptação. Existem ainda os casos mais graves de profissionais com perfil agressivo, ou que apresentam problemas psicológicos, sem nenhuma condição de atuar como educador.

Segundo as diretoras ainda é inútil fazer qualquer tipo de reclamação, e que a responsabilidade de resolver este tipo de questão não é assumida nem pela SAS, nem pela OMEP/Seleta, que empurram uma para a outra a atribuição de coordenar as contratações e desligamentos.

O número de funcionários faltosos e afastados é enorme, presenciamos situações absurdas onde num quadro de 10 recreadoras apenas 4 estavam trabalhando...

Existem ainda aqueles funcionários que estão afastados sob tutela do INSS... Muitos até se afastam sem prestar nenhum tipo de informação aos responsáveis pelas unidades, e quando procurados pela diretoria comunicam que seus atestados estão na OMEP/Seleta, que por sua vez também desconhece a obrigação de comunicar esse tipo de ocorrência. E o que é ainda mais grave, abre precedentes para tantos afastamentos e faltas, adotando a irresponsável conduta de afirmar que "não manda funcionários embora (...)

A falta de acompanhamento é percebida desde a listagem de funcionários fornecida pela SAS totalmente desatualizada, muitos funcionários afastados, listados como exercendo suas funções, transferidos para outras unidades, os não encontrados em lugar nenhum. E em alguns casos funcionários que não são vistos há anos em seus locais de trabalho, mas que tem suas folhas de frequência enviadas todos os meses para os Ceinfs...

Mas o caso mais grave é o das recreadoras substitutas, que por apresentar grande rotatividade de pessoas dificulta o vínculo com as crianças que acabam sendo atendidas por estranhos, pessoas que adentram o vulnerável mundo dos Ceinfs portando apenas uma folha de encaminhamento, que não diz absolutamente nada sobre quem elas realmente são. (...)

Conforme quadros anexados a este Relatório, demonstramos a localização e distribuição da mão de obra contratada para atender os Convênios nº 635 e nº 636, de 20 de dezembro de 2012, celebrados entre a Prefeitura Municipal de Campo Grande com a Organização Mundial para Educação Pré-Escolar OMEP e a Seleta Sociedade Caritativa e Humanitária - Seleta, em regime de cooperação com as Secretarias Municiais de Educação e de Políticas e Ações Sociais e Cidadania.

O objeto dos convênios supracitados é a prestação de serviços sócio educativos pelas convenientes para a preservação e ampliação das ações de atenção e de atendimento à criança e ao adolescente de Campo Grande, atendendo exclusivamente às ações e diretrizes nos CEINFS.

Ocorre que como evidenciado no relatório parcial já apresentado, muitas irregularidades foram levantadas, como o enorme número de contratações irregulares, funcionários desconhecidos, discrepâncias nas remunerações. E por fim prestadores de serviço exercendo atividades totalmente incompatíveis com o objetivo principal dos Convênios.

Com a conclusão das entrevistas aplicadas levantamos um questionamento ainda mais sério. O dever assumido através dos contratos firmados, de manter a qualidade no atendimento nos Ceinfs é totalmente descumprido. O compromisso de dotar os CEINFS com recursos humanos suficientes para o desenvolvimento das atividades propostas pelo Plano de Trabalho, é completamente ignorado tanto pela OMEP quanto pela Seleta.

A realidade de abandono e ingerência que se instituiu dentro dos CEINFS, é fruto de uma sequência de fatores. Que se inicia na falta de critérios nas contratações, esbarra na falta de qualificação profissional presente nos quadros de todas as unidades. Na baixa remuneração, na falta de perspectivas, nos favorecimentos políticos, que fatalmente terminam com a desmotivação e com a falta de compromisso. Tudo isso pode ser facilmente constatado pelo grande número de faltosos, de afastados por depressão, de abandono. (...).” (f. 670-674)

O *Parquet* apurou também a existência de diversas contratações de pessoas para prestação de serviços relacionados à atividade interna da própria Seleta mas que, todavia, eram remuneradas com verbas do poder público, cujo gasto mensal giravam em torno de R$ 332.617,47 (trezentos e trinta e dois mil, seiscentos e dezessete reais e quarenta e sete centavos).

No decorrer da instrução probatória ficou sobejamente demonstrada a conduta dolosa do dirigente da associação quanto a prática de atos de improbidade e imoralidade administrativa que implicaram lesão ao erário e ofensa aos princípios da administração pública.

A respeito, percuciente a transcrição da inspeção judicial realizada nos Autos nº 0812181-31.2016, admitida neste processo como prova emprestada (f. 503-504; f. 611), através da qual se percebe que o presidente da associação não apenas tinha conhecimento das práticas perpetradas mas com elas compactuava, já que, no exercício do ofício da presidência, chancelava os favorecimentos, a falta de fiscalização, a manutenção de funcionários internos da Seleta na folha de pagamento do município (e sobre tais contratações a comissão de 5%), dentre outras práticas. Confira-se:

“(...) A secretária Marcela entregou ao magistrado ***cópia de vários ofícios encaminhados pelos vereadores indicando pessoas para serem contratadas pela Seleta ou pela Omep através do convênio. O magistrado e as partes se dirigiram, então, até a entidade Seleta. Lá encontraram o Presidente, senhor Gilbrás Marques da Silva... Se mostrou bastante incomodado com o fato da Seleta ter se transformado numa agenciadora de empregos informais para a Prefeitura. Disse que o convênio com a Prefeitura começou há 18 anos aproximados. Na época, a ideia do convênio era apenas propiciar jovens para o mercado de trabalho. A partir de 2005 o convênio foi mudando gradativamente, iniciando-se com pedidos da Prefeitura para se fazer serviços de serrelheiros ou de pequenos reparos e, aos poucos, foram pedindo mais e mais. Em dado momento, começaram a pedir a contratação de pessoas para prestar serviços em determinados locais. A coisa foi crescendo e, meio a contragosto, a Seleta se viu sendo utilizada por todos os administradores municipais desde 2005 como intermediária na contratação de pessoas informalmente. Estas contratações funcionam através de pedidos feitos pelo legislativo ou pelo executivo, mas sempre endossados por este último, que encaminham o nome, o cargo e o salário da pessoa a ser contratada. A Seleta assina a carteira e nunca mais vê o funcionário, salvo numa ou noutra situação excepcional.*** *O Município, então, repassa os valores correspondentes à contratação feita e os salários são pagos. A Seleta fica com 5% do valor a título de “taxas de administração”.* ***É o Município quem*** *paga os instrutores* ***e todos os servidores que trabalham na Seleta. Funciona assim:***

> ***"um vereador diz: - preciso de alguém para o meu gabinete. A pessoa vem com o ofício do executivo, pré-designado, porque não é a Seleta quem escolhe e a contratação é feita****. Mal vemos quem é a pessoa, se muito no dia de assinar a carteira e o contrato". O Senhor Gilbrás disse que este é um procedimento "convencional". Afirmou, entretanto, que em algumas situações a Seleta tem liberdade para escolher os profissionais como por exemplo para os Ceinf's. O depoente disse ter os ofícios remetidos pela Prefeitura Municipal e também por Vereadores. Forneceu algumas copias neste momento e se comprometeu em mandar o resto via eletrônica nos próximos dias.*
>
> *Disse que recebe muitos ofícios de vereadores, mas a Seleta só faz a contratação com autorização do Executivo (...)* ***A Seleta não tem controle sobre a frequência dos servidores contratados****, disse que não sabe nem a lotação deles, porque cabe à Prefeitura destinar as pessoas ao serviço e é normal que façam remanejamentos (...)."* (g. n.) (f. 1611-1613).

Ainda que assim não fosse, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça perfilha que:

> *"Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, (a) "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" (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 04/05/2011); e (b) "os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente."* (STJ, AgInt no AREsp 271.755/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 22/03/2017).

Conforme pontuou o julgador *a quo*,

> *"(...) o serviço público terceirizado é um serviço específico, que não gera vínculo direto entre o Poder Público e os funcionários da empresa terceirizada, que não gera relação de subordinação entre eles e nem possibilidade de ingerência do Poder Público na escolha da pessoa que é contratada pela empresa terceirizada, pois o Poder Público contrata "o serviço" da terceirizada e "não o funcionário" da terceirizada."* (f. 8.027).

Obviamente o dever de fiscalização, na situação específica, não decorre apenas da lei (art. 10, XIX da LIA) mas é também o consectário natural da relação jurídica estabelecida entre apelantes e poder público, não havendo qualquer razão para afastar a responsabilidade da associação, quanto menos de seu dirigente, notadamente quando a este, por força de expressa previsão contratual (cláusula nona), era dado denunciar o convênio.

> *"(...) a qualquer tempo e rescindido de pleno direito, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, por descumprimento das normas estabelecidas na legislação vigente, por inadimplemento de quaisquer de suas cláusulas ou condições, ou pela superveniência de norma legal ou fato que o torne formal ou materialmente inexequível."* (f. 58)

Das sanções impostas.

O juiz sopesou as sanções conforme os atos de improbidade administrativa praticados, condenando os apelantes nos seguintes termos:

> *"Seleta Sociedade Caritativa e Humanitária SSCH:*
>
> *a) devolução de R$ 8.176.615,60 aos cofres públicos municipais (obrigação solidária com o outro requerido). O valor deverá ser corrigido desde a data do ajuizamento da ação até a data do efetivo pagamento e acrescido dos juros legais desde a citação;*
>
> *b) pagamento de multa civil em favor dos cofres do Município de Campo Grande, no valor de R$ 16.000.000,00 na data de hoje;*

c) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Gilbraz Marques da Silva:

a) devolução de R$ 8.176.615,60 aos cofres públicos municipais (obrigação solidária com o outro requerido). O valor deverá ser corrigido desde a data do ajuizamento da ação até a data do efetivo pagamento e acrescido dos juros legais desde a citação;

b) pagamento de multa civil em favor dos cofres do Município de Campo Grande, no valor de R$ 16.000.000,00 na data de hoje;

c) proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

d) perda da função pública que estiver exercendo no dia do trânsito em julgado desta sentença;

e) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos." (f. 8009-8030).

Os apelantes pretendem a exclusão ou redução da multa ao argumento de que:

"(...) não se mostra razoável e proporcional aplicação milionária de multa à requerida, que por vinte anos realizou Convênio com o poder público na contratação de pessoas e com a sua colocação para a prestação do serviço público e com ausência de qualquer competência para fiscalização do que se ocorria nesta fase subsequente à contratação. De outro lado e de acordo com o objeto do Convênio, o poder público teve benefício, uma vez que ficou liberado dos encargos sociais desta contratação, que era de responsabilidade da Seleta". (f. 8086)

A norma do artigo 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. Confira-se:

"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: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

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.

> *IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido."* (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Importante ter em mente a influência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na dosimetria das penas pela prática dos atos de improbidade administrativa, à luz do art. 12 da lei,

> *"(...) cabendo ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias."* (STJ; Processo: REsp 1135767-SP; Relator: Ministro Castro Meira; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 25/05/2010; Publicação: DJe, 09/06/2010).

Na situação concreta, o *Parquet* afirma que o prejuízo sofrido pelo erário foi na monta de R$ 8.176.615,60 (oito milhões, cento e setenta e seis mil, seiscentos e quinze reais e sessenta centavos); logo, não se afigura justo ou razoável a condenação de ambos os réus (associação e seu presidente) ao pagamento de tal valor, de forma individual, sob pena de restituir o erário duas vezes pelo mesmo prejuízo, o que não se pode admitir, mesmo porque não se trata o ressarcimento ao erário de penalidade propriamente dita, mas sim de *restitutio in integrum.* Assim, a condenação na restituição do prejuízo ao erário deve se dar a forma solidária, mantendo-se o *quantum*, todavia.

No que diz respeito ao valor da multa imposta (dezesseis milhões de reais), tenho-na como proporcional e razoável quando considerado o tamanho do prejuízo imaterial causado pela associação ao poder público e, principalmente, ao usuário dos serviços público dos setores mais sensíveis da sociedade (educação e assistência social).

Conforme revela o vasto acervo probatório, a prática perpetrada pela associação, que perdurou por quase vinte anos (desde 2005), levou o serviço público a situação caótica.

Sobrepondo o interesse pessoal ao interesse da coletividade, a associação passou a contratar, ao invés de pessoas qualificadas para o serviço público, aquelas indicadas por agentes políticos, os chamados apadrinhados, que não prestaram ou prestaram mal o serviço, situação que pode ser vista mais de perto (porém não com exclusividade) nos CEINF'S do município. Conforme apurou o relatório da comissão criada pela prefeitura, os profissionais contratados - que ao invés de currículos se apresentavam portando apenas uma folha de indicação - não possuíam qualquer experiência no trato com crianças, desconheciam a rotina dos Ceinfs, apresentavam dificuldade de adaptação, sem contar os profissionais com perfil agressivo ou que apresentavam problemas psicológicos, sem nenhuma condição de atuar como educador. Não bastasse, chegou-se a apurar, em determinados setores, que o quadro de funcionários faltosos alcançava 60% (sessenta por cento) num mesmo dia; haviam também casos de funcionários que não compareciam há anos ao trabalho.

Considerando que praticamente 90% (noventa por cento) da mão de obra da Secretaria de Assistência Social e grande parte da mão de obra da Secretaria de Educação estavam suscetíveis aos serviços desempenhados pelos funcionários contratados pelos convênios e que, repita-se, tal situação durou por quase vinte anos, não se afigura desproporcional a multa imposta.

Sob a mesma linha de raciocínio, tenho como exagerada a multa aplicada ao o apelante Gilbraz, presidente da associação, já que a capacidade econômica deste é deveras inferior àquela da pessoa jurídica e, além disso, a vantagem alcançada com a prática da conduta ímproba toca em maior extensão a associação; sob tal aspecto, reputo como razoável o valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Posto isso, conheço do recurso e, em parte com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou-lhe parcial provimento, para estabelecer a condenação solidária dos réus à restituição do prejuízo ao erário, no valor de R$ 8.176.615,60 (oito milhões, cento e setenta e seis mil, seiscentos e quinze reais e sessenta centavos), bem como reduzir a multa imposta ao apelante Gilbraz Marques da Silva para o valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Os valores objeto da condenação serão corrigidos pelo IGPM, desde a data do ajuizamento da ação, e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a data da citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 16 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0802266-09.2018.8.12.0026 - Bataguassu

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONDENATÓRIA – DANO AMBIENTAL – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – CONHECIMENTO DO DANO E SEUS EFEITOS – TEORIA DA *ACTIO NATA* – INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDIVIDUAL EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA – NECESSIDADE DE SIMILITUDE ENTRE AS PRETENSÕES DE AMBAS AS AÇÕES – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Pela teoria da *actio nata*, o início do prazo prescricional se dá com o conhecimento do dano e seus efeitos ou, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1.355.636/PE), a partir do momento em que a ação poderia ter sido ajuizada. Tratando-se de direito individual, apesar de lastreado num dano ambiental (dano reflexo ou por ricochete), é certo que, desde o evento ocorrido, o autor sabia dos danos que a mortandade de peixes em razão do blecaute ocorrido no sistema elétrico da Hidrelétrica Eng. Souza Dias lhe causou, não precisando aguardar a confecção do laudo pericial da Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021 para a tutela dos seus direitos.

Para se admitir a interrupção do prazo prescricional para o ajuizamento das ações individuais em decorrência da propositura de ação coletiva deve-se identificar a similitude entre as pretensões de ambas as demandas. Com efeito, na esteira dos limites objetivos da coisa julgada, ela só se opera em relação àquilo que constar do título executivo. Assim, não poderia a sentença proferida na ação coletiva irradiar efeitos para a ação individual se o objeto desta não for o mesmo ou estiver contido no daqueloutra, como na espécie.

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 1º vogal, após o Relator retificar seu voto.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Gilson Ferreira de Mesquita interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Bataguassu que reconheceu os efeitos da prescrição e extinguiu, com resolução de mérito, os autos da ação indenizatória ajuizada em face de CESP - Companhia Energética de São Paulo.

Defende que tomou conhecimento da responsabilidade da requerida pelo dano ambiental, cometido em novembro de 2009, no final do ano de 2017, quando teve notícia do ajuizamento de ação civil pública, em janeiro de 2016 pelo Ministério Público Estadual.

Afirma que somente foi possível tomar as providências pertinentes após ter conhecimento do laudo pericial, o que ocorreu com a publicidade gerada pelo ajuizamento da ação difusa, inexistindo no feito qualquer indício de que tenha tomado ciência dos fatos antes.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja declarada insubsistente a sentença, determinando-se o retorno do feito para seu regular processamento.

Recurso tempestivo e sem recolhimento de preparo por ser a parte beneficiária da justiça gratuita.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 06/08/2019)

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

Gilson Ferreira de Mesquita interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Bataguassu que reconheceu os efeitos da prescrição e extinguiu, com resolução de mérito, os autos da ação indenizatória ajuizada em face de CESP - Companhia Energética de São Paulo.

O magistrado proferiu a seguinte sentença, em suma:

> *"Gilson Ferreira de Mesquita propôs a presente ação de indenização por danos morais e materiais em face de CESP - Companhia Energética de São Paulo, qualificados nos autos, argumentando, em síntese que é pescador profissional e que em 10 novembro de 2009, junto às comportas da Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias, operada pela requerida, houve a morte de diversas espécies de peixes, em razão de falta de energia elétrica ocorrida no sistema elétrico das turbinas existentes na referida usina. Disse que esses fatos lhe causaram enormes prejuízos, pois necessita da pesca para sobreviver e sustentar sua família. Em razão disso, ajuizou a presente demanda visando a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.*
>
> *Juntou procuração e documentos às f. 24-1003.*
>
> *Em despacho de recebimento da inicial foram concedidos os benefícios da gratuidade da justiça, designada audiência de conciliação/mediação e determinada a citação da parte demandada (f. 1005-1007).*
>
> *Inexitosa a conciliação (f. 1861), a demandada apresentou resposta em forma de contestação (f. 1013-1053), onde arguiu, preliminarmente, a ocorrência de coisa julgada e prescrição. No mérito, discorreu sobre o direito incidente, ressaltando que as espécies de peixes mencionadas pelos autores ainda estão presentes na bacia hidrográfica mencionada. Aduziu também que vários fatores levaram à diminuição dos peixes, como a pesca predatória; que faz constantes monitoramentos da qualidade da água. Acrescentou que não há indícios de nexo de causalidade entre a diminuição dos peixes e a atuação da ré. Assim, não há responsabilidade da ré na indenização pretendida pelo(a) autor(a). Impugnou os danos materiais e morais pleiteados, assim como os alegados lucros cessantes, requerendo a improcedência do pedido. Juntou documentos (f. 1054-1860).*
>
> *Réplica às f. 1863-1878.*
>
> *Na fase de especificação de provas, a parte autora requereu a produção de prova testemunhal (f. 1908), enquanto a ré o depoimento pessoal do autor, a oitiva de testemunhas e prova pericial (f. 1909).*
>
> *É o relatório. Decido.*
>
> *2. Fundamentação*

Trata-se de ação indenizatória aforada por Gilson Ferreira de Mesquita em face de CESP - Companhia Energética de São Paulo, onde narra, em síntese, que é pescador profissional e que em 10 novembro de 2009, junto às comportas da Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias, operada pela requerida, houve a morte de diversas espécies de peixes, em razão de falta de energia elétrica ocorrida no sistema elétrico das turbinas existentes na referida usina.

Em decorrência disso, aduz o autor que teria sofrido inúmeros prejuízos de ordem material e moral, cujo ressarcimento reclama nestes autos.

(...)

Razão disso, reputo desnecessária a dilação probatória almejada pela parte autora, o que implicaria no alongamento demasiado da demanda, mormente por estar convicto quanto a ocorrência da prescrição, conforme será abordado abaixo.

Inicialmente, embora ciente da imprescritibilidade das ações coletivas para a tutela do meio ambiente, cujos direitos são difusos, aplica-se ao caso o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, eis que se busca a reparação de interesses de cunho individual e patrimonial, ou seja, é uma pretensão indenizatória.

Afastada, pois, a tese de imprescritibilidade e delimitado o prazo prescricional incidenta1, tenho que a pretensão autoral encontra-se prescrita, pois os danos alegados ocorreram em novembro de 2009, ou seja, há quase 10 anos, e somente agora, em 18/12/2018 a parte autora ingressou com a presente demanda.

(...)

Importante ressaltar que pelo princípio da actio nata, a prescrição somente pode começar a correr a partir do dia em que nasce a ação ajuizável ou o exercício da pretensão, senão vejamos:

"Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206."

Na espécie, em que pesem as alegações da parte autora quanto a continuidade/perpetuação do dano, o marco inicial do prazo de três anos reside na data em que foi praticado o ato ilícito (novembro/2009), surgindo a partir deste momento o direito da parte lesada em buscar a via judicial para a satisfação de sua pretensão.

Outrossim, seria um contrassenso admitir como marco inicial da prescrição o dia 15 de janeiro de 2016 - data em que o autor alega ter tomado ciência dos danos e do seu responsável -, mormente por apontar prejuízos materiais de grande monta (R$ 95.400,00), não sendo crível imaginar que somente após seis anos da pane elétrica percebeu a dimensão da lesão, até porque afirma na inicial ter havido uma diminuição significativa dos pescados.

Por oportuno, impõe a estrita observância do brocardo jurídico "dormientibus non succurrit jus", segundo o qual o direito não socorre aos que dormem.

Reconhecida a prescrição alegada pela parte requerida, razões não há para analisar os outros argumentos postos pelas partes em suas manifestações no tocante ao mérito.

3. Dispositivo

Frente ao exposto, reconheço a ocorrência da prescrição e declaro extinta a ação com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do Código de Processo Civil, consoante fundamentação supra.

Condenado-se a parte requerente no pagamento de custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que são fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais),

levando-se em conta o zelo profissional, a natureza e a importância da demanda, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, nos termos do art. 85, § 2º, I, III e IV do CP. Entretanto, suspende-se a exigibilidade de tais verbas, tendo em vista que o(a) autor(a) é beneficiário(a) da gratuidade da justiça."

Pois bem.

Tenho que as razões de apelo merecem prosperar.

A discussão não é nova neste Colegiado.

Trata-se de pretensão pautada na repercussão do ajuizamento da Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021, onde o Ministério Público Estadual pretendeu a condenação da requerida à obrigação de fazer e indenização em decorrência do dano ambiental ocorrido com o fechamento brusco das comportas da Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias, em 10/11/2009, o que ocasionou o aprisionamento e a posterior mortandade de toneladas de peixes, situação com reflexos sobre todo o ecossistema local e, em especial, na população ribeirinha.

Ocorre que a responsabilidade da apelada pelos prejuízos ambientais somente foi comprovada com a finalização do procedimento de investigação instaurado pelo *Parquet (*Autos nº 013/2009), sendo anexada a conclusão dos trabalhos na ação difusa em 15/01/2016.

Se o evento produz efeitos não apenas de natureza difusa, mas também individual na qualidade de direitos individuais homogêneos, não é razoável punir legitimados individuais com os efeitos da prescrição se o mesmo dano é objeto de investigação em seu viés difuso.

Em demanda coletiva ajuizada pela Confederação Nacional dos Pescadores e Aquicultores, Federação dos Pescadores e Aquicultores do Estado de São Paulo – Fepeasp, Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado do Mato Grosso do Sul – Fepeams, e outras doze colônias de pescadores profissionais, onde pretendeu-se a condenação da apelada ao pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos pelo mesmo evento, esta Câmara Cível proferiu o seguinte acórdão em sessão de julgamento ocorrida em 14/05/2019, sob a relatoria do Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Autos nº 0803414-70.2018.8.12.0021:

"Quanto ao termo inicial, em que pese a doutrina utilizar a teoria da actio nata, por se tratar de direito individual, segundo a qual, havendo violação do direito, o prazo para a prescrição começa a correr, em algumas hipóteses, a jurisprudência nacional tem excepcionado essa regra, a fim de determinar que a contagem do prazo de prescrição ocorra a partir do momento em que o ofendido possua ciência do ato ilícito, conforme julgado abaixo em que a Corte Superior entendeu como a data inicial do período prescritivo a data da efetiva ciência do dano ambiental sofrido, veja:

(...)

In casu, os autores somente tomaram ciência da extensão do dano ambiental ocorrido com a realização de perícia nos autos da ação civil pública que tramitava, realizado em 15 de janeiro de 2016.

Quanto a interrupção do prazo prescricional de ação individual, pelo ajuizamento de ação coletiva, peço vênia para transcrever parte do precioso voto da Ministra Nancy Andrighi, que recentemente tratou desta matéria em ação correlata:

A partir deste momento, volta-se a atenção à possibilidade de interrupção do prazo prescricional para o ajuizamento de ações judiciais de reparação de dano individual, em razão do ajuizamento de ação coletiva. No recurso especial, alega-se que a decisão do TJ/RS causou a violação aos arts. 96 a 99 e 103, § 3º, do CDC e aos arts. 13 e 16 da Lei 7.347/85.

Não se pode olvidar também que, a partir do mesmo evento danoso, podem surgir pretensões coletivas, difusas e individuais, sejam homogêneas ou não, mesmo que tais

pretensões sejam fundamentadas em diferentes ramos do direito. Aliás, a definição do tipo de direito discutido em juízo é definido justamente pela pretensão apresentada na ação:

Ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que tem interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso) (Ada Pellegrini Grino et al. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: 1998, pag. 778)

No entanto, a legislação em vigor prevê uma clara interferência entre os tipos de pretensões defendidas em juízo, sejam difusas, coletivas Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul ou individuais homogêneas, surgidas com base nos mesmos fatos. Dessa forma, por exemplo, nos termos do art. 103, § 3º, do CDC, uma sentença julgada procedente em ação coletiva tem o efeito de tornar certa, de forma automática, a obrigação do réu de indenizar danos individuais decorrentes do mesmo ato ilícito discutido na demanda. Conforme a doutrina, este é um efeito secundário presente em todas as ações coletivas, mesmo que não versem sobre direito consumerista:

Trata-se de efeito secundário inerente não apenas às sentenças relacionadas a danos decorrentes de infração às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas a todas as sentenças proferidas em ações civis públicas. É o que se infere do dispositivo acima reproduzido bem como dos demais preceitos legais que consagram o sistema de recíproca aplicação subsidiária entre Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 90 da Lei 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (art. 21 da Lei 7.347/85).

(...)

Relativamente à ação coletiva, a indagação que se faz é se a citação do réu, nela promovida, tem o efeito de interromper a prescrição para as ações individuais dos titulares dos direitos homogêneos. A resposta é indubitavelmente positiva em relação àqueles que, atendendo ao edital de que trata o art. 94 da Lei 8.078/90, acorrerem ao processo e se litisconsorciarem ao demandante. Mas igualmente positiva mesmo para os que não tomarem esse caminho e preferirem aguardar o resultado da ação coletiva. Não fosse assim, ficaria o titular do direito individual na contingência de, desde logo, promover a sua demanda individual, o que retiraria da ação coletiva uma das suas mais importantes funções: a de evitar a multiplicação de demandas autônomas semelhantes. Isso, portanto, não se harmoniza com o sistema do processo coletivo. [....] O estímulo, claramente decorrente do sistema, é no sentido de que o titular do direito individual aguarde o desenlace da ação coletiva, para só depois, se for o caso, promover sua demanda. Nessa linha, a não-propositura imediata da demanda individual não pode ser tida como inércia ou desinteresse em demandar, passível de sofrer os efeitos da prescrição, mas sim como uma atitude consentânea e compatível com o sistema do processo coletivo. (Teori Albino Zavascki. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 82 e 202-204.)

Assim, de acordo com uma interpretação mais adequada do nosso ordenamento jurídico, resta claro que o ajuizamento de ação versando interesse difuso tem o condão de interromper o prazo prescricional para a apresentação de demanda judicial que verse interesse individual homogêneo.

Tal já é o entendimento desta Corte superior, conforme se verifica no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia, cuja ementa está transcrita abaixo:

RECURSO REPETITIVO – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO COLETIVA – MACRO-LIDE – CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA – SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS – POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido. (Resp 1110549/RS, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

Em realidade, a doutrina vem se consolidando no sentido de admitir a interrupção da prescrição, em hipóteses de ajuizamento de coletiva, mesmo de demandas que versem sobre interesses individuais puros, mas que estejam relacionados com a controvérsia da ação coletiva.

Finalmente, um último tema que merece ser analisado diz respeito à fluência do prazo prescricional para as pretensões individuais na pendência de ação coletiva que trata desses interesses. (...) O problema, então, está em saber se essa solução pode ser aceita segundo o direito atual.

Parece que sim, ao menos em parte. Recorde-se que, no sistema atual, proposta a ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos, os autores de ações individuais já ajuizadas devem ser comunicados para que possam exercer o pedido de suspensão de suas demandas, a fim de se beneficiar da sentença coletiva (art. 104, do CDC). Já quanto àqueles que não propuseram ainda sua ação individual, a ação coletiva resulta em coisa julgada, apenas no caso de procedência, não prejudicando o indivíduo no caso de improcedência da demanda coletiva (art. 103, III, e § 2º, do CDC).

Desse modo, em relação aos titulares de direito individual que não propuseram ação própria para demandar seus interesses, pode-se reconhecer um regime especial de "suspensão de pretensão". Afinal, sua pretensão está sendo exercida na ação coletiva, pelo legitimado extraordinário, de modo que, em caso de sucesso desta demanda, a pretensão individual estará satisfeita; em caso, porém, de insucesso, não há prejuízo ao indivíduo, que pode buscar por via própria a satisfação de seu interesse. Essa "condicionalidade" a que está sujeita a pretensão individual faz com que, ao menos até o julgamento (final) da ação coletiva, tal pretensão se mantenha em estado latente, no aguardo da manifestação judicial. Apenas se recusada a tutela no plano coletivo, é que haverá novamente o interesse do indivíduo em buscar, por demanda própria, a satisfação de sua pretensão. Isso implica a necessária suspensão do prazo prescricional, para estes interesses, na pendência da ação coletiva. ARENHART, Sérgio Cruz. O regime da prescrição em Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul ações coletivas. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 05 abr. 2010) (STJ - Resp 1.41.167/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, J: 13.03.2018)

Deste modo, conclui-se que o ajuizamento de ação coletiva causa sim a interrupção do prazo de prescrição para as demandas individuais.

No presente caso, os danos ambientais decorrentes do blecaute narrado na exordial foram objeto da Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021, promovida pelo Ministério Público Estadual em face da Companhia Energética de São Paulo – CESP, proposta em 12.08.2011, no qual foi realizado acordo extrajudicial entre as partes, em junho de 2018.

Com o ajuizamento da ação coletivo, o prazo prescricional para ação individual restou interrompido, ficando a pretensão dos autores suspensa, aguardando o desfecho desta ação, fato este confirmado pelo ajuizamento da presente ação apenas alguns dias após o acordo.

Logo, ante todo o exposto, não há que se falar em prescrição, devendo, assim, ser anulada a sentença proferida.

Por fim, quanto ao pedido de tutela provisória de urgência, denota-se que não houve a apreciação pelo magistrado de piso, assim, a fim de evitar supressão de instância, com julgamento per saltum, deixo de analisar tal pedido.

Conclusão

Ante as razões delineadas, contrário ao parecer ministerial, conheço em parte do recurso interposto, e na parte conhecida, dou-lhe provimento a fim de anular a sentença proferida, afastando a ocorrência de prescrição, determinando o regular prosseguimento."

Portanto, tratando-se de discussão idêntica e de matéria apenas de direito, é pertinente a adoção do mesmo entendimento como forma de uniformizar a orientação desta Câmara Cível.

Diante todo o exposto, dou provimento ao recurso para tornar insubsistente a sentença, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem para regular prosseguimento.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (1º vogal)

Colhe-se dos autos que o apelante ajuizou a presente ação de conhecimento de natureza condenatória contra a Companhia Energética de São Paulo - CESP pretendendo obter a condenação da ré "*(...) ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 100.000,00 (cem mil reais), e danos materiais no importe de R$ 95.400,00 (noventa e cinco mil e quatrocentos reais), (...)*".

O juízo singular, considerando que: a) "*(...) embora ciente da imprescritibilidade das ações coletivas para a tutela do meio ambiente, cujos direitos são difusos, aplica-se ao caso o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, eis que se busca a reparação de interesses de cunho individual e patrimonial, ou seja, uma pretensão indenizatória*" (f. 1913); b) "*(...) pelo princípio da actio nata, a prescrição somente pode começar a correr a partir do dia em que nasce a ação ajuizável ou o exercício da pretensão (...)*" (f. 1914); c) "*Na espécie, em que pesem as alegações da parte autora quanto a continuidade/perpetuação do dano, o marco inicial do prazo de três anos reside na data em que foi praticado o ato ilícito (novembro/2009), surgindo à partir deste momento o direito do parte lesada em buscar a via judicial para a satisfação de sua pretensão*" (f. 1914); e d) "*(...) os danos alegados ocorreram em novembro de 2009, ou seja, há quase 10 anos, e somente agora, em 18/12/2018 a parte autora ingressou com a presente demanda*" (1913), reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão do autor e julgou extinto o processo com resolução de mérito.

O relator, Desembargador Vladimir Abreu da Silva, sob o argumento de que: a) "*(...) a responsabilidade da apelada pelos prejuízos ambientais somente foi comprovada com a finalização do procedimento de investigação instaurado pelo Parquet (autos nº 013/2009), sendo anexada a conclusão dos trabalhos na ação difusa em 15/01/2016*"; b) "*Se o evento produz efeitos não apenas de natureza difusa, mas também individual na qualidade de direitos individuais homogêneos, não é razoável punir legitimados individuais com os efeitos da prescrição se o mesmo dano é objeto de investigação em seu viés difuso*"; e c) tratando-se de discussão idêntica à debatida nos Autos nº 0803414-70.2018.8.12.0021, oportunidade em que este Colegiado, por maioria, reconheceu a não ocorrência da prescrição, deu provimento ao recurso para, tornando insubsistente a sentença, determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para regular prosseguimento.

Hei por bem divergir do voto do relator.

Pela teoria da *actio nata*, o início do prazo prescricional se dá com o conhecimento do dano e seus efeitos ou, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp nº 1.355.636/PE), a partir do momento em que a ação poderia ter sido ajuizada.

Na espécie, a pretensão do autor, conforme consignado na inicial, tem por fundamento a mortandade de peixes ocorrida junto as comportas da Usina Hidrelétrica Eng. Souza Dias em razão da falta de energia

elétrica decorrente de um blecaute ocorrido no sistema elétrico, que ocasionou a redução da vazão de água no local, o aprisionamento de peixes em ilhas de micrófitas (plantas aquáticas) e, consequentemente, a morte de toneladas de espécies diversas.

Desta feita, como ressaltado pelo magistrado *a quo*,

> *"(...) seria um contrassenso admitir como marco inicial da prescrição o dia 15 de janeiro de 2016 - data em que o autor alega ter tomado ciência dos danos e do seu responsável - , mormente por apontar prejuízos materiais de grande monta (R$ 95.400,00), não sendo crível imaginar que somente após seis anos da pane elétrica percebeu a dimensão da lesão, até porque afirma na inicial ter havido uma diminuição significativa dos pescados"* (f. 1914).

Tratando-se de direito individual, apesar de lastreado num dano ambiental (dano reflexo ou por ricochete), é certo que, desde o evento ocorrido, o autor sabia dos danos que, para si, aludida mortandade causou, não precisando aguardar a confecção do laudo pericial da Ação Civil Pública nº 0003954-98.2011.8.12.0021 para a tutela dos seus direitos.

Logo, à vista das particularidades do caso em análise, tenho que a data do evento narrado nos autos, qual seja, 10/11/2009, deve ser considerada como sendo a do termo inicial do prazo trienal previsto no inciso V do § 3º do artigo 206 do Código Civil.

Ocorre que a presente ação só foi ajuizada em 19/12/2018, ou seja, mais de nove anos depois.

Quanto à interrupção do prazo prescricional para o ajuizamento das ações individuais em decorrência da propositura de ação coletiva, devemos, para admiti-la, identificar a similitude entre as pretensões de ambas as demandas.

Com efeito, nos termos do voto condutor do acórdão proferido nos autos 0803414-70.2018.8.12.0001, citando precedente do Superior Tribunal de Justiça,

> *"(...) a doutrina vem se consolidando no sentido de admitir a interrupção da prescrição, em hipóteses de ajuizamento de coletiva, mesmo de demandas que versem sobre interesses individuais puros, mas que estejam relacionados com a controvérsia da ação coletiva".*

Assim o é porque, nos termos do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, diploma pertencente ao microssistema de proteção dos interesses coletivos *lato sensu*,

> *"Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81".*

Por tais razões determina o artigo 104, também do código consumerista, que:

> *"(...) As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva".*

Razão alguma haveria para reconhecer esse "regime especial de suspensão da pretensão" se, em ambas as ações (individual e coletiva), não fossem elas (pretensões) as mesmas ou as trazidas na demanda coletiva mais abrangentes que as da individual.

Na esteira dos limites objetivos da coisa julgada, ela só se opera em relação àquilo que constar do título executivo. Assim, não poderia a sentença proferida na ação coletiva irradiar efeitos para a ação individual se o objeto desta não for o mesmo ou estiver contido no daqueloutra, como na espécie.

Da análise dos autos da Ação Civil Pública nº 003954-98.2011.8.12.0021 (consulta no portal *e-Saj*) extrai-se que as pretensões nela formuladas limitaram-se a defesa dos direitos/interesses difusos exteriorizados na obrigação de fazer consistente em repovoamento de peixes e de não fazer consistente a não mais proceder ao fechamento brusco das comportas, não englobando danos morais ou materiais.

Como registrado pelo juízo singular na sentença homologatória proferida na Ação Civil Pública nº 003954-98.2011.8.12.0021 para fundamentar a rejeição do pedido de intervenção de terceiros formulado,

> *"(...) os peticionantes pretendem obter, por meio da intervenção de terceiros, a assunção de eventual acordo com as Requeridas e com isso ser indenizados pelas perdas e danos decorrentes do mesmo fato ambiental, contudo, utilizam instrumento ineficaz para tanto, tendo em vista que a lide encontra-se limitada objetivamente pelo pedido inaugural, que não englobou danos materiais e morais coletivos, razão pela qual não há que se deferir a intervenção em espeque, sobretudo porque de nenhuma utilidade aos peticionante".*

Forte nos argumentos supra, entendo que o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 003954-98.2011.8.12.0001 não tem o condão de interromper, em relação às pretensões postas nesta demanda, o prazo prescricional.

Assim, se de um fato nacionalmente conhecido (blecaute ocorrido no ano 2009), o autor só ajuizou a demanda para proteger seus interesses individuais em 2018, evidente estar prescrita a sua pretensão.

Posto isso, divirjo do voto do relator; conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 20/08/2019 em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Júlio), após o relator dar e o 1º vogal negar provimento ao recurso. Sust. oral Drª Maria Augusta Capalbo Pereira.

VOTO (EM 27/08/2019)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (2° vogal)

Acompanho voto do 1° vogal.

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

Retifico meu voto e acompanho o 1° vogal

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator retificar seu voto.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0801124-80.2017.8.12.0033 - Eldorado

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL – IMÓVEIS GRAVADOS COM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – MITIGAÇÃO DOS GRAVAMES – POSSIBILIDADE DA LIVRE CIRCULAÇÃO DE RIQUEZA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A vedação contida no art. 1.676, do CC/16, poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador, ou quando verificado que a desconstituição das cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade instituídas pelo doador se faz imprescindível para proporcionar o melhor aproveitamento do bem a fim de cumprir a função social da propriedade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator e o 1º vogal, que negava provimento ao recurso. Julgamento nos termos do artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Charles Mann de Toledo e outros, objetivando a reforma da sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Eldorado, que negou o pedido de expedição de alvará judicial para a baixa das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade existentes nas matrículas imobiliárias nº 8.687 e 8.688 junto ao CRI de Eldorado.

Afirmam em suas razões a ocorrência de cerceamento de defesa, já que teria agido o magistrado em desacerto ao proferir sentença sem que antes tenha oportunizado aos apelantes a produção de prova testemunhal, já que somente por meio de depoimento pessoal, é que poderiam os apelantes esclarecer ao Juízo o que pretendiam fazer nas propriedades rurais e quais seriam as necessidades prioritárias.

Aduz que estão sendo penalizados por erro do Cartório do Registro de Imóveis, que por sinal, embora alguns equívocos já foram reconhecidos e corrigidos de ofício, as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade não foram baixadas, procedimento este que somente poderá ser feito por ordem judicial.

Sustentam que a permanência das referidas cláusulas, diante da impossibilidade de efetuar empréstimos junto às instituições financeiras, impõe óbice à realização de investimentos nas propriedades rurais, tornando-as improdutivas, o que, certamente, afasta a função social dos imóveis.

Ponderam que com o falecimento dos seus pais (doadores), não havendo testamento, as cláusulas restritivas se extinguem com a morte, a exemplo do usufruto vitalício.

Argumenta, ainda, que o atual Código Civil, diferente do Código de 1916, a despeito de ainda prever referidas cláusulas, é maleável quanto a exclusão, devendo examinar os gravames sob a ótica da função social da propriedade.

Ao final, requer provimento do recurso a fim de que seja expedido ofício ou alvará, determinando a baixa das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Não sendo o entendimento, requer seja declarada a nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

VOTO (EM 09/07/2019)

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Charles Mann de Toledo e outros, objetivando a reforma da sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Eldorado, que negou o pedido de expedição de alvará judicial para a baixa das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade existentes nas matrículas imobiliárias nº 8.687 e 8.688 junto ao CRI de Eldorado.

Afirmam em suas razões a ocorrência de cerceamento de defesa, já que teria agido o magistrado em desacerto ao proferir sentença sem que antes tenha oportunizado aos apelantes a produção de prova testemunhal, já que somente por meio de depoimento pessoal, é que poderiam os apelantes esclarecer ao Juízo o que pretendiam fazer nas propriedades rurais e quais seriam as necessidades prioritárias.

Aduz que estão sendo penalizados por erro do Cartório do Registro de Imóveis, que por sinal, embora alguns equívocos já foram reconhecidos e corrigidos de ofício, as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade não foram baixadas, procedimento este que somente poderá ser feito por ordem judicial.

Sustentam que a permanência das referidas cláusulas, diante da impossibilidade de efetuar empréstimos junto às instituições financeiras, impõe óbice à realização de investimentos nas propriedades rurais, tornando-as improdutivas, o que, certamente, afasta a função social dos imóveis.

Ponderam que com o falecimento dos seus pais (doadores), não havendo testamento, as cláusulas restritivas se extinguem com a morte, a exemplo do usufruto vitalício.

Argumenta, ainda, que o atual Código Civil, diferente do Código de 1916, a despeito de ainda prever referidas cláusulas, é maleável quanto a exclusão, devendo examinar os gravames sob a ótica da função social da propriedade.

Ao final, requer provimento do recurso a fim de que seja expedido ofício ou alvará, determinando a baixa das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Não sendo o entendimento, requer seja declarada a nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Admissibilidade.

Os requisitos de admissibilidade encontram-se presentes, pois, além de tempestivo, o preparo foi devidamente recolhido (f. 174-175). Assim, recebo o recurso.

Da alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Sustentam os apelantes a ocorrência de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão de não ter o magistrado na origem realizado audiência de instrução para a oitiva dos apelantes, assim como da sra. oficial do registro de imóveis de Eldorado.

Ocorre que, ao revés do que sustentam, a prova testemunhal não se revela indispensável à solução da lide, já que a oitiva dos apelantes, ou mesmo da oficial do registro de imóveis em nada poderia influenciar na solução do litígio, pois, trata-se de matéria de direito.

Em outras palavras, comporta-se o julgamento mediante a análise dos documentos anexados aos autos em conjunto com a interpretação da legislação, doutrina e jurisprudência, aplicadas ao caso em concreto.

Ademais, de rigor consignar que o magistrado está restrito à sua própria consciência, pois analisará as provas segundo sua convicção, não se podendo olvidar que é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele determinar a produção daquelas que se revelam imprescindíveis à solução da causa.

Logo, se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento do magistrado de primeiro grau a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras, principalmente no que se refere a oitiva dos apelantes ou da oficial do registro de imóveis, que em nada poderiam contribuir para a solução do litígio.

Assim, afasto a alegação de cerceamento de defesa.

Da coisa julgada.

Apontam os apelantes que a manutenção das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, após o falecimento dos doadores (seus pais), afigura-se como erro por parte da oficial do registro de imóveis, pois, a despeito de realizada a baixa da averbação de usufruto vitalício, referidas cláusulas permanecem nas matrículas imobiliárias equivocadamente.

Antes de passar a análise, impende consignar que na data de 22/01/1998, José Carlos Dias de Toledo e Carol Betty de Toledo, legítimos proprietários dos imóveis rurais objeto das matrículas imobiliárias nº 4.399 e 4.400 (numeração atual: 8.687 e 8.688), localizadas no Município de Eldorado, doaram-os aos seus filhos (e ora apelantes) Charles Mann de Toledo, James Mann de Toledo e Peter Mann de Toledo.

No ato da doação foram impostas cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, assim como reserva de usufruto vitalício aos doadores José Carlos e Carol Betty.

Ocorre que, em razão do falecimento dos doadores, os donatários (ora apelantes) pleitearam perante o Cartório de Registro de Imóveis de Eldorado a baixa das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, ao entendimento de que a vigência delas só deveriam prevalecer durante a vida de seus pais, os doadores.

Em razão disso, a oficial do registro de imóveis suscitou dúvida perante a Direção do Foro da Comarca de Eldorado, a fim de que fosse esclarecido se as cláusulas deveriam permanecer durante toda a vida dos donatários (ora apelantes) ou se deveriam ser excluídas juntamente com o usufruto vitalício, em decorrência da morte dos doadores.

Naquela oportunidade, proferiu-se sentença de mérito (cópia às f. 67-71) no sentido de manter as cláusulas inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, mesmo após a morte dos doadores, como forma de preservar suas manifestas vontades, em consonância com os termos da escritura pública de doação.

Nesse contexto, considerando a sentença que determinou a manutenção de referidas cláusulas já transitou em julgado, trata-se de matéria preclusa e coberta pelo manto da coisa julgada formal e material, sendo vedada sua rediscussão, de modo que não há que falar em erro por parte do Cartório de Registro de Imóveis, já que, como dito, a manutenção das cláusulas se deu por decisão judicial transitada em julgado.

Do mérito.

Em que pesem os argumentos expendidos pelos apelantes, assim como os brilhantes pareceres dos ilustres e renomados juristas José Gomes Pinheiro (f. 72-87) e Sílvio de Salvo Venosa (f. 88-98), tenho que razão não lhe assistem.

Analisando-se os autos, verifica-se que a escritura pública de doação foi lavrada na data de 30/12/1997 (cf. f. 23-26) e, portanto, sob a égide do Código Civil de 1916.

Assim, atendo ao art. 1.676 do CC/16, a cláusula de inalienabilidade imposta a bens doados somente poderia ser excluída por decisão judicial, nos casos de expropriação por necessidade ou utilidade pública e de execução por dívidas de impostos relativos aos respectivos imóveis. Confira:

> *"Art. 1.676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dividas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade."*

O Código Civil de 2002, de fato, amenizou os rigores impostos pelo CC/16 e, em sua atual redação, passou a exigir justa causa para que o testador possa estabelecer as cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Vejamos:

> *"Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.*
>
> *§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.*
>
> *§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros."*

Conforme já asseverado, a doação das propriedades rurais aos apelantes com referidas cláusulas, foi realizada no ano de 1997 e, portanto, regida pelo código anterior.

Nesse contexto, a despeito da nova redação trazida pelo CC/2002, no caso dos autos, aplica-se o Código de 1916 e, portanto, não há que falar em justa causa.

No entanto, a jurisprudência admite a flexibilização dos rigores impostos pelo art. 1.676 do CC/16, todavia, em resguardo à vontade dos doadores, em apenas duas situações excepcionais: *"i) possibilitar a sobrevivência e bem-estar do herdeiro donatário* e, *ii) como forma de garantir a função social da propriedade*."

Neste sentido colho os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

> *"CIVIL – PEDIDO DE ALVARÁ PARA DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DE CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL RURAL – SOLICITAÇÃO DE FINANCIAMENTO PARA DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA – CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA – CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, ART. 1.676 – EXEGESE – SÚMULA Nº 7-STJ.* ***I. A orientação jurisprudencial adotada pelo STJ é no sentido de se atenuar a aplicação do art. 1.676 do Código Civil anterior, quando verificado que a desconstituição da cláusula de impenhorabilidade instituída pelo testador se faz imprescindível para proporcionar o melhor aproveitamento do patrimônio deixado e o bem-estar do herdeiro, o que se harmoniza com a intenção real do primeiro, de proteger os interesses do beneficiário.*** *II. Caso que se amolda aos pressupostos acima, porquanto a pretensão de liberar da cláusula restritiva se destina a obter financiamento através de cédula rural hipotecária que grava apenas 20% da gleba e está vinculada ao desenvolvimento de atividade agropecuária. III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula nº 7-STJ). IV. Recurso especial não conhecido."* (STJ. REsp 303.424/GO; Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; DD 13.12.2004) – destaquei
>
> *"DIREITO DAS SUCESSÕES – REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE IMPOSTAS*

POR TESTAMENTO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE NECESSIDADE FINANCEIRA – FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.676 DO CC/16 – POSSIBILIDADE. ***1. Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.*** *2. A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador. 3. Recurso especial a que se nega provimento."* (STJ. REsp nº 1.158.679/MG; Rel. Min. Nancy Andrighi; DJ 15.04.2011) – destaquei

Também é exatamente neste sentido o que já decidiu este Sodalício Estadual em julgamento de caso semelhante. Confira:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROCEDIMENTO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DE CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE SOBRE IMÓVEL RURAL GRAVADA EM TESTAMENTO – ART. 1.676 CC DE 1916 – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – NÃO COMPROVADA A IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, TAMPOUCO MALFERIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA. É válida, nos termos do art. 1.676 do Código Civil de 1916, a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre imóvel gravada em testamento, que visa proteger descendentes em face da dilapidação do patrimônio familiar por herdeiros pródigos. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, essa limitação do direito de dispor livremente dos bens não pode ser absoluta e deve ser avaliada à luz da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana, podendo ser suprimida se verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador" (REsp 1158679, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j: 07/04/2011). Não comprovada, no caso, circunstância fática significativa que sinalize a inviabilidade da função social da propriedade ou, ainda, a violação à dignidade do herdeiro e sua família, o afastamento da cláusula não se justifica. Recurso improvido." (TJMS. Apelação Cível nº 0801468-76.2016.8.12.0007, Cassilândia, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 02/08/2017, p: 08/08/2017)

Voltando ao caso dos autos, observa-se que não se trata da hipótese de bem-estar ou sobrevivência dos donatários, já que estes deixaram suficientemente claro que não necessitam das propriedades rurais para sobreviverem.

A justificativa apresentada para a baixa nas cláusulas restritivas se dá quanto a segunda excepcionalidade, qual seja, garantir a função social das propriedades rurais.

Aliás, é exatamente o que afirmam os apelantes em suas manifestações nos autos. Vejamos (f. 16):

"(...) Salienta-se que os requerentes são pessoas de alto nível intelectual e cultural, não necessitam e nunca necessitaram das propriedades para suas sobrevivências, aliás, no passado não residiram na fazenda ou próximo a ela. Destaca-se que cada um dos herdeiros possui sua profissão e são bem sucedidos, com estabilidade financeira para manterem suas famílias, porém com o recebimento da herança precisam fazer a fazenda produzir e gerar rendas, precisam fazer investimentos e com essa finalidade precisam de pegar dinheiro emprestados do Banco para investimento e custeio, porém com esse gravame nas matrículas os mesmos estão impedidos de fazer empréstimos e consequentemente de fazerem investimentos na fazenda.

Conclui-se, portanto, que diante da evolução legislativa e jurisprudencial passa a ser perfeitamente possível requerer judicialmente a retirada dos gravames de inalienabilidade,

incomunicabilidade e impenhorabilidade dos imóveis, fundamentado no princípio social da propriedade, visto que o prevalecimento dos gravames pode se apresentar como lesivo aos interesses dos requerentes, ora beneficiários, uma vez que podem ser impedidos de melhor aproveitar o patrimônio recebido, ou seja, a destinação dada pode não lhes ser mais útil, justificando, dessa forma, sua anulação pelo juízo competente."

Sustentam que somente com a baixa das cláusulas restritivas é que poderiam viabilizar empréstimos junto a instituições financeiras para manutenção e desenvolvimento de atividades agrícolas (socioeconômicas), bem como realizar melhorias na propriedade, em especial a correção de erosões.

Ocorre que, pela análise do que consta dos autos, não se vislumbra comprovação do que foi alegado.

Isso porque, quanto a necessidade de financiamentos para corrigir erosões, os registros fotográficos de f. 135-138, desacompanhados de laudo pericial ou qualquer documento técnico similar, não se mostra suficiente a tal desiderato, já que não há prova segura de que referidas erosões são, de fato, em uma das propriedades rurais.

Ademais, em se tratando de financiamento rural, seja para melhoria (correção de erosões) ou custeio (de atividades agrícola ou pecuária), as instituições financeiras exigem os respectivos projetos, pois o que se aprova é a liberação de financiamento para a implementação dos projetos apresentados.

No caso, a despeito dos apelantes afirmarem que tiveram financiamento rural negado em razão das cláusulas restritivas, não fizeram prova neste sentido.

Some-se a isso, o fato de que referidas cláusulas, a despeito de impor óbice quanto as possibilidades de dispor do bem ou dar em garantia hipotecária, não há qualquer impedimento para que se possa firmar parcerias agropecuárias ou arrendamentos rurais, atividades lucrativas que podem, perfeitamente, serem exploradas pelos apelantes.

Merece destaque, ainda, o fato de que também não há comprovação de que as propriedades rurais estão improdutivas, pois, se assim fosse, poderiam os apelantes ter feito prova neste sentido, como por exemplo, apresentado cópia do ITR – Imposto Territorial Rural, referente aos últimos anos.

Em que pese a flexibilização, tanto legislativa trazida pelo novo Código Civil, quanto pela jurisprudência, para a baixa das cláusulas restritivas, imprescindível a cabal comprovação do firme propósito (possibilitar a sobrevivência e bem-estar do herdeiro donatário ou como forma de garantir a função social da propriedade), sob pena de contrastar com a vontade imposta pelos doadores.

A propósito, analisando-se a escritura pública de doação de f. 22-25, constata-se que os apelantes, a despeito de representados na oportunidade por seu bastante procurador Roberto Luiz Bottega, aceitaram a doação com a reserva de usufruto vitalício (já excluída em razão da morte dos doadores) e cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, o que, aliás, afasta a alegação de desconhecimento.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Charles Mann de Toledo e outros, e a ele nego provimento, a fim de manter a decisão recorrida em todos seus termos.

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

VOTO (EM 16/07/2019)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor entender os fatos, de modo que, após análise, entendo ser o caso de dar parcial provimento ao recurso.

Consta da escritura pública de doação (f. 24), cláusula de usufruto vitalício enquanto os doadores viverem, bem como cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, sem qualquer observação quanto ao prazo de validade das referidas cláusulas.

Com efeito, na matrícula do imóvel nº 8.688, foi inserida averbação das referidas cláusulas AV-2-8-688 (f. 41), com a observação de que elas teriam validade durante a vida dos donatários, porém, houve retificação, de ofício, conforme AV - 3-8-688 (f. 41), para corrigir a AV-2:

> *"(...) fica retificado que quando da lavratura da Escritura Pública de doação com a instituição das cláusulas, os doadores não fizeram nenhuma referência quanto a vigência das cláusulas. Assim, torna sem efeito a expressão 'durante a vida dos donatários'."*

O mesmo ocorreu com o imóvel objeto da matrícula nº 8.687, conforme se verifica às f. 45.

Com efeito, conforme bem destacado pelo relator, os apelantes afirmam que somente com a baixa das cláusulas restritivas é que poderiam viabilizar empréstimos junto a instituições financeiras para manutenção e desenvolvimento de atividades agrícolas (socioeconômicas), bem como realizar melhorias na propriedade, em especial a correção de erosões.

Pois bem.

De início, entendo que a sentença proferida no procedimento de suscitação de dúvida, e que determinou a manutenção das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, não está coberta pela coisa julgada formal e material, pois o procedimento de dúvida suscitado pelo oficial do registro reveste-se de caráter administrativo.

Nesse sentido:

> *"(...). 4.- O processo de dúvida registral em causa possui natureza administrativa, instrumentalizado por jurisdição voluntária, não sendo, pois, de jurisdição contenciosa, de modo que a decisão, conquanto denominada sentença, não produz coisa julgada, quer material, quer formal, donde não se admitir recurso especial contra acórdão proferido pelo Conselho Superior da Magistratura, que julga apelação de dúvida levantada pelo registro de imóveis. 5.- O Ministério Público Estadual é legitimado a, diante da impossibilidade de interpor recurso especial, à impetração de mandado de segurança, em legitimação extraordinária, para defesa, no interesse da sociedade e da preservação da regularidade registral imobiliária, impetração essa perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça competente, diante do deferimento de matrícula, em caráter qualificado como teratológico, de área de grandes dimensões, em região ocupada há tempos, matrícula essa derivada de formal de partilha que remonta a adjudicação em processo hereditário do ano de 1850 e jamais transcrito. 6.- Indeterminação da área, de modo a adequar-se ao terreno, pondo em risco os princípios da continuidade e da identidade, essenciais ao sistema registrário. 7.- Questões correcionais relacionadas com o caso, no tramitar do processo, inclusive submetidas ao julgamento do Conselho Nacional de Justiça, não são enfocadas no presente julgamento, restando todas para exame pelas vias correcionais competentes. 8.- Preliminares afastadas, intervenções indeferidas e Recurso Especial improvido."* (REsp 1418189/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014).

Assim também restou decidido, também, por esta 1.ª Câmara Cível, na Apelação nº 0001184-44.2016.8.12.0026, sob minha relatoria, *verbis*:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE OFENSA A DIALETICIDADE AFASTADA – PRESENÇA DE IMPUGNAÇÃO FORMAL À SENTENÇA – MÉRITO – INCIDENTE DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA REGISTRAL – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO NÃO JURISDICIONAL E ADSTRITO À MERA CONFORMAÇÃO JURÍDICA DOS ATOS CARTORIAIS – INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE LIDE – PEDIDO DE ENFRENTAMENTO DE TESE CONTROVERSA E DEPENDENTE DE PRODUÇÃO DE PROVAS – INCOMPATIBILIDADE – MANTIDA DECISÃO QUE*

> *DETERMINOU A APLICAÇÃO DA LEI REGISTRAL – PRETENSÃO DO INTERESSADO QUE DEVE SER RESOLVIDA NAS VIAS ORDINÁRIAS – RECURSO DESPROVIDO. A ofensa ao princípio da dialeticidade capaz de ensejar o não conhecimento do apelo redunda na ausência de impugnação formal a motivação da sentença atacada. Respeitada a postura de infringência, a avaliação da procedência ou não das razões do recurso é matéria afeta ao seu mérito. O procedimento de dúvida registral detém natureza estritamente administrativa e envolve uma atuação anômala do Poder Judiciário no desempenho de atividade atípica correcional. Ao resolver o incidente, o magistrado não define lide, não presta jurisdição, não pacifica controvérsias, não acerta direitos e tampouco julga pretensões. Verificado que a tese do apelante reclama produção de provas e transcende os estritos limites cognitivos da suscitação, o único caminho a ser seguido é o da manutenção da decisão que ratifica a aplicação da lei, preservada a faculdade do insurgente de invocação das vias ordinárias para ver dirimida a sua causa de pedir."* (AC 0001184-44.2016.8.12.0026; 1.ª Câmara Cível; j. 26/09/2017; p. 27/09/2017).

Superado tal ponto, passo a análise da pretensão recursal.

A doação foi realizada em 1997.

A matéria, portanto, encontra-se regida pelo art. 1.676 do CC/16, vigente à época em que se operou a doação.

A regra do referido artigo deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar à entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura.

Não obstante isso, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[1], essa limitação do direito de dispor livremente dos bens não pode ser absoluta e deve ser avaliada à luz da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana, podendo ser suprimida se verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador/doador, ou ainda, se houver óbice ao pleno exercício da função social da propriedade.

Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE – PEDIDO DE CANCELAMENTO. 1 - Pedido de cancelamento de cláusula de inalienabilidade incidente sobre imóvel recebido pelo recorrente na condição de herdeiro. 2 - Necessidade de interpretação da regra do art. 1576 do CC/16 com ressalvas, devendo ser admitido o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses. 3 - Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 4 - Recurso especial provido por maioria, vencida a relatora."* (REsp 1422946/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 05/02/2015).

Nesse contexto, a doutrina e jurisprudência vêm mitigando o alcance da disposição legal contida no art.1.676, do CC/16, com o entendimento de que a manutenção das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade instituídas pelo doador sobre o imóvel doado deve atender a real conveniência daquele a quem visa proteger e, ainda, promover a adequação do bem à sua função social, em consonância com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, não mais se justificando a perpetuação da vontade do titular do patrimônio para além de sua vida, desde que haja demonstração de que os donatários não dependem economicamente do bem, ou que a função social da propriedade esteja comprometida.

Nesse sentido, em recente julgado (19/03/2019), assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1631278/PR, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano, consoante se vê dos seguintes excertos:

1 REsp 1158679, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j: 07/04/2011; REsp 1631278/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarsoo Sanseveriano, Tereira Turma, julgado em 19/03/2019;

"Este Superior Tribunal, ainda sob a vigência do CC/16, teve a oportunidade de interpretar o art. 1.676 do Código Civil de 1916 com ressalvas, admitindo-se o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representava lesão aos seus legítimos interesses.

(...)

A cláusula de inalienabilidade representa uma severa restrição ao direito de propriedade, pois impede que o proprietário exerça um dos poderes inerentes ao domínio: o de dispor livremente do bem. É natural que, por integrar o seu patrimônio, possa dele se desfazer, recebendo, quiçá, contraprestação que mais seja benéfica aos seus interesses e, talvez, mais bem alcançando ao bem a sua devida função social.

A doutrina apura que, na Roma antiga, o patrimônio da família possuía caráter inalienável, sendo desonroso se desfazer dos bens dos antepassados.

O costume, com o tempo, perdeu força para, então, no ano de 69 d.C. retornar ao meio social no intuito de defender o patrimônio contra a dilapidação póstuma; como que uma reação ao egoísmo e prodigalidade de seus descendentes, época em que se difundiu a utilização da cláusula de inalienabilidade.

O Código Civil de 1916 a instituiu com força desmesurada, talvez por influência desse sentir desonroso herdado do costume romano, tanto que proibiu o cancelamento por decisão judicial da cláusula de inalienabilidade, fosse instituída intervivos, fosse instituída causa mortis, à exceção de eventual conflito entre interesse privado e público (desapropriação ou satisfação de tributos)".

No mesmo sentido:

"(...). A orientação jurisprudencial adotada pelo STJ é no sentido de se atenuar a aplicação do art. 1.676 do Código Civil anterior, quando verificado que a desconstituição da cláusula de impenhorabilidade instituída pelo testador se faz imprescindível para proporcionar o melhor aproveitamento do patrimônio deixado e o bem-estar do herdeiro, o que se harmoniza com a intenção real do primeiro, de proteger os interesses do beneficiário. II. Caso que se amolda aos pressupostos acima, porquanto a pretensão de liberar da cláusula restritiva se destina a obter financiamento através de cédula rural hipotecária que grava apenas 20% da gleba e está vinculada ao desenvolvimento de atividade agropecuária. III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula nº 7-STJ). IV. Recurso especial não conhecido." (REsp 303424/GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 02/09/2004, DJ 13/12/2004, p. 363)

"DIREITO DAS SUCESSÕES – REVOGAÇÃO DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE IMPOSTAS POR TESTAMENTO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE NECESSIDADE FINANCEIRA – FLEXIBILIZAÇÃO DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.676 DO CC/16 – POSSIBILIDADE. 1. Se a alienação do imóvel gravado permite uma melhor adequação do patrimônio à sua função social e possibilita ao herdeiro sua sobrevivência e bem-estar, a comercialização do bem vai ao encontro do propósito do testador, que era, em princípio, o de amparar adequadamente o beneficiário das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. 2. A vedação contida no art. 1.676 do CC/16 poderá ser amenizada sempre que for verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira, apta a recomendar a liberação das restrições instituídas pelo testador. 3. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1158679/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011).

No caso, conforme afirmado na inicial (f. 16), e no parecer do jurista Silvio Venosa (f. 95), os autores são pessoas de alto nível intelectual e cultural, não necessitam e nunca necessitaram do imóvel para sobrevivência, além de não desenvolverem atividade rural e nem residirem no Estado de Mato Grosso do Sul.

Além disso, restou demonstrado nos autos que o imóvel encontra-se com graves problemas de erosão (f. 1358), além de ter sido destacado nos dois pareceres juntado aos autos que o imóvel está:

> *"(...) necessitando urgentemente de uma recuperação, tanto nas terras degradadas, quanto na questão das erosões, sendo que esse problema mais recente pode inclusive ocasionar intervenção e multa das autoridades competentes por crime ambiental"* (f. 96).

Não obstante isso, o imóvel em questão possui área de mais de mil hectares, o que, sabidamente, exige manutenção de alto custo, e que está sendo inviabilizada em razão das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade.

Nesse contexto, entendo ser o caso de dar provimento ao recurso para o fim afastar a restrição de inalienabilidade e impenhorabilidade, a fim de viabilizar eventual obtenção de recursos financeiros para o pleno exercício da função social da propriedade.

Nesse sentido:

> *"ALIENAÇÃO DE BEM GRAVADO COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE – AFIGURA-SE VIÁVEL A MITIGAÇÃO GRAVAMES DA INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE, MITIGANDO-SE A VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 1.676 DO CC/16, COM A FINALIDADE DE RESPEITO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – PRECEDENTES DO E. STJ E DESTA E. CORTE – TUTELA TESTAMENTÁRIA DIRECIONADA EXCLUSIVAMENTE À GENITORA DA APELANTE, GUARDANDO A RECORRENTE MERA EXPECTATIVA DE ACESSO AO BEM DA VIDA A TÍTULO DE HERANÇA – SITUAÇÃO JURÍDICA CONSOLIDADA IMPASSÍVEL DE ANULAÇÃO APÓS A MORTE DA PROPRIETÁRIA ORIGINÁRIA – BOA-FÉ DOS ADQUIRENTES, QUE NÃO TINHAM CONHECIMENTO DA CLAUSULAÇÃO – DANOS MATERIAIS – INVIÁVEL O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA, HAJA VISTA A AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE ATO ILÍCITO CAUSADOR DE DANO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."* (TJSP; AC 4005965-97.2013.8.26.0562; Ac. 11537900; Santos; Trigésima Primeira Câmara Extraordinária de Direit; Relª Desª Rosangela Telles; Julg. 13/06/2018; rep. DJESP 02/07/2019; p. 2259);

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CANCELAMENTO DE CLÁUSULA – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – IMÓVEIS GRAVADOS DE CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – MITIGAÇÃO DOS GRAVAMES – POSSIBILIDADE DA LIVRE CIRCULAÇÃO DE RIQUEZA – BENS QUE COMPÕEM A LEGÍTIMA – RECURSO PROVIDO. 1. Em atenção ao princípio constitucional da função social da propriedade e do princípio da livre circulação de riquezas, é admissível a mitigação dos gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, dispostos sobre imóvel em testamento, mesmo na vigência Código Civil de 1916, possibilitando-se a plena fruição do bem legado. 2. Recurso provido."* (TJMS; AC 0803644-58.2017.8.12.0018; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 16/10/2018; p. 114).

Não se pode olvidar que se não possibilitada a devida manutenção da propriedade, a sua degradação pode até mesmo levar à desapropriação para fins de reforma agrária, posto que de nada adianta ter a propriedade e não poder auferir recursos para torná-la produtiva e socialmente justificada.

Por fim, a cláusula de incomunicabilidade é dirigida apenas à preservação do patrimônio da família, para que não seja ele partilhado com terceiros, e por conta disto deve mantida já que ela não obsta a pretensão dos agravantes de obtenção de recursos para o pleno desenvolvimento da atividade rural.

Ante o exposto, divirjo do i. Relator e dou parcial provimento ao recurso para afastar as cláusulas restritivas de inalienabilidade e de impenhorabilidade do imóvel.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista do 3º vogal (Des. Divoncir), nos moldes do artigo 942 do CPC, após o relator e o 1º vogal terem negado provimento ao recurso e o 2º vogal ter dado parcial provimento.

VOTO (EM 23/07/2019)

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (3º vogal)

Na sessão de julgamento realizada no dia 16/07/2019, instalou-se divergência entre o Relator Juiz Antônio Cavassa de Almeida, que votou pelo improvimento do recurso, e o Des. Marcelo Câmara Rasslan (2º vogal), que votou pelo provimento do recurso, oportunidade em que o 1º vogal Des. Marcos José de Brito Rodrigues acompanhou o voto do relator, enquanto que o 4º vogal aguarda.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a controvérsia.

Tenho que a tese exposta no recurso de apelação merece parcial acolhida, como bem ressaltado pelo 2º vogal, pois a atual interpretação jurisprudencial e doutrinária do artigo 1.676 do Código Civil de 1916, é no sentido de que a manutenção das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade instituídas pelo doador sobre o imóvel doado deve atender a real conveniência daquele a quem visa proteger e, ainda, promover a adequação do bem à sua função social.

Como bem ressaltado pelo jurista Silvio de Salvo Venosa em seu parecer de f. 88-98, a instituição da cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade pode até vir imbuída das melhoras intenções pelo doador, quais sejam, o receio dos herdeiros em dilapidar os bens herdados e ficarem sem meios de subsistência ou na tentativa de evitar que estes fiquem sem moradia no futuro.

Já a cláusula de incomunicabilidade, em regra, é instituída quando o testador ou doador tem receio que seu herdeiro contraia um casamento desastroso que possa colocar em risco o seu patrimônio.

De tal sorte, contrariamente ao objetivo protetivo das restrições lançadas sobre os imóveis pelos doadores, entendo que as manutenções destas restrições nos imóveis rurais acabariam por torná-los um estorvo aos donatários, ora apelantes.

Isso porque, se mantidas as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, os apelantes necessitariam adotar medidas drásticas para buscarem recursos financeiros, até mesmo utilizarem suas reservas financeiras pessoais para o reparo das erosões causadas pelas chuvas, como a reforma e manutenção das terras visando a produção agrícola ou pecuária.

E como os apelantes não necessitam dos imóveis rurais para sua sobrevivência; não residem na cidade de Eldorado e muito menos no Estado de Mato Grosso do Sul, como também nenhum deles desenvolve atividade rural, seja por ofício ou *hobby,* tenho que se mantida referidas restrições, estas terras tornar-se-ão, na expressão popular, verdadeiro "presente de grego" aos apelantes, em que nenhum deles pode exercer, na prática, os direitos inerentes a propriedade (uso, gozo e disposição) amargando sempre, ao final do mês, somente prejuízos financeiros com a manutenção destas improdutivas propriedades rurais.

Por outro lado, entendo também que a manutenção das restrições contraria a função social da propriedade, erigida pelo artigo 186, da Constituição Federal, que estabelece que a propriedade desempenhará sua função social de utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis, visando sempre a preservação do meio ambiente, pois como bem ponderado pelo 2º vogal:

> *"(...) não se pode olvidar que se não possibilitada a devida manutenção da propriedade, a sua degradação pode até mesmo levar à desapropriação para fins de reforma agrária, posto que de nada adianta ter a propriedade e não poder auferir recursos para torná-la produtiva e socialmente justificada". (sic)*

Assim, não se justifica manter os imóveis doados gravados com as cláusulas restritivas após o falecimento dos doadores, merecendo ser acolhida, em sua quase integralidade, a pretensão dos apelantes, com as ressalvas do 2º vogal quanto a manutenção da cláusula de incomunicabilidade.

Ante o exposto, com a devida vênia, acompanho o 2º vogal Des. Marcelo Câmara Rasslan, para dar parcial provimento ao recurso.

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (4º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator e o 1º vogal, que negavam provimento ao recurso. Julgamento nos termos do artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0816753-93.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COBRANÇA VEXATÓRIA CARACTERIZADA – MENSAGENS NO APLICATIVO *WHATSAPP* – AMEAÇA – LIGAÇÕES CONSTANTES NO SERVIÇO DA CONSUMIDORA – ARTIGO 42, *CAPUT,* DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR MAJORADO CONFORME JURISPRUDÊNCIA – JUROS DE MORA CONTADOS DA CITAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA DO ARBITRAMENTO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – SENTENÇA REFORMADA.

Comprovada nos autos a cobrança vexatória da dívida, perpetrada pela ré em relação à autora, configura-se o dever de indenizar, pois a situação ultrapassou o mero dissabor, violando o disposto no art. 42, do CDC.

Atento ao grau de culpa, a situação econômica do ofensor, a potencialidade lesiva do dano, a necessidade da vítima, a finalidade da responsabilização, bem como à jurisprudência deste Tribunal de Justiça, tenho que o valor indenizatório fixado na sentença deve ser majorado para amenizar o abalo psicológico sofrido.

Recurso da autora conhecido e parcialmente provido.

Recurso da instituição financeira conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso a autora e negar provimento ao recurso do Banco, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação interposta por Cleydimar Teles Echeverria contra sentença de f. 128-39 que, em ação de indenização que move em desfavor de Banco Santander Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, julgou procedentes seus pedidos iniciais.

Em sede de razões recursais (f. 143-55), aduz a necessidade de reforma da decisão singular para majorar o montante arbitrado a título de danos morais.

Sustenta que o termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data do evento danoso, além de rogar pela majoração dos honorários advocatícios.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do recurso interposto, nos termos acima descritos.

Resposta pelo desprovimento da apelação (f. 169-74).

Por sua vez, Banco Santander Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A igualmente interpôs recurso de apelação para afastar a condenação em danos morais imposta na decisão singular e, de forma subsidiária, pleiteia a redução do valor indenizatório. Ademais, *"pretende o apelante a reforma da sentença no que tange à fixação dos honorários advocatícios, requerendo que a sucumbência arbitrada na sentença seja suportada inteiramente pelo autor, ora apelado."*

Por derradeiro, pede conhecimento e provimento do seu apelo.

Contrarrazões (f. 175-9) visando desprovimento do pleito.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Cleydimar Teles Echeverria e Banco Santander Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A interpuseram recursos de apelação contra sentença de f. 128-39 que, em ação de indenização por danos morais, julgou procedentes os pedidos iniciais.

O provimento judicial contra o qual se insurgem (f. 139) dispôs:

> *"(...) Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar o requerido a indenizar a requerente pelo dano moral no valor fixado em R$ 5.000,00 com correção monetária e juros de mora mensais pela taxa selic a partir da publicação desta sentença, bem como a se abster de promover a cobrança de forma abusiva. O requerido arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação em atenção ao que dispõe o artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Conflito dirimido com resolução de mérito e fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo para eventual recurso, com o pagamento das custas, arquivem-se."*

Cinge-se a controvérsia em verificar se o ato praticado pela instituição financeira caracteriza-se como ilícito apto a ensejar condenação por danos morais, além de estabelecer o *quantum* indenizatório.

Pois bem.

A autora-requerente, em sua exordial recursal, sustenta necessidade de majoração do valor atribuído a título de danos morais, qual seja, R$ 5.000,00. Ademais, afirma que o termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data do evento danoso.

A instituição financeira, ao seu turno, afirma que sua condenação para arcar com os danos morais deve ser afastada ou, ao menos, minorada.

Por tratarem de termas correlatos (danos morais), esmiúço conjuntamente ambos os recursos interpostos.

Parcial razão assiste à autora-recorrente. Explico.

Conforme regra prevista no art. 927, do Código Civil,

> *"(...) Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. O parágrafo único assim estabelece: 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."*

Por sua vez, o art. 186, do Código Civil, assim dispõe:

> *"(...) Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Outrossim, de acordo com o que dispõe o art. 42, do Código de Defesa do Consumidor,

> *"(...) Na cobrança de débitos,* ***o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.****"* (destaquei).

Para que reste configurado o dever de indenizar, portanto, incumbe à parte autora a prova do fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, do CPC/2015), qual seja, a prova da cobrança que seja caracterizada como vexatória.

Nesse passo, entendo que a parte autora logrou comprovar, através de mensagens de texto *(whatsapp)*, de modo inequívoco, as alegações postas na inicial, de que a demandada a expôs à situação constrangedora ao promover a cobrança da dívida (f. 18-25), fato corroborado em juízo por meio de testemunhas (f. 125).

Não há como negar, portanto, que as formas de cobrança perpetradas pela ré configuram-se como uma forma inadequada de compelir a autora ao pagamento do débito, revelando-se descabida, vexatória e abusiva, ultrapassando, evidentemente, a esfera do mero aborrecimento, ensejando indenização por danos morais.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CIVIL – DEMANDA DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – COBRANÇA VEXATÓRIA E ABUSIVA – DANO MORAL – VALOR MAJORADO – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS.* ***01. A cobrança vexatória e abusiva caracteriza dano moral.*** *02. O quantum arbitrado a título de compensação por dano moral tem de ser razoável e proporcional ao poder econômico-financeiro do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à sua função punitiva e pedagógica. 03. Não caberá majoração de honorários de sucumbência considerando a demanda que não apresenta alta complexidade, tramitou por tempo razoável e não houve a produção de outras provas que não as documentais. Recurso conhecido e parcialmente provido."* (TJMS – 2ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0810709-58.2017.8.12.0001 – Campo Grande. Relator: Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli. J: 18/06/2019. P: 24/06/2019 – destaquei).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA VEXATÓRIA NO LOCAL DE TRABALHO – CONDUTA ILÍCITA – CONSTRANGIMENTO – VIOLAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANO MORAL EXISTENTE – VALOR REDUZIDO – FIXAÇÃO EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – ASTREINTES – MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.* ***1. Embora a autora não negue que estava inadimplente com a obrigação à época em que recebeu as cobranças da recorrida, há de se observar as regras do código do consumidor, não podendo o consumidor inadimplente ser exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento, de modo que, não atendido citado comando, há direito a indenização por dano moral.*** *2. Observados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação da indenização por danos morais, a indenização dever ser reduzida para R$ 10.000,00. 2. O objetivo da multa não é ressarcir, vale-se o juiz do fundamento legal para impor a medida, já que, aliás, o único critério a ser seguido pelo julgador é o de não impor ao réu multa incapaz de atender ao objetivo pretendido, qual seja constrangê-lo a cessar as cobranças vexatórias, ao revés de sofrer os males de sua recalcitrância."* (TJMS – 5ª Câmara Cível Apelação nº 0803961-56.2017.8.12.0018 – Paranaíba. Relator: Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. J: 13/12/2018. P: 14/08/2018 – destaquei).

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INADIMPLÊNCIA –* ***COBRANÇAS VEXATÓRIAS – TELEFONEMAS DE COBRANÇA PARA TERCEIROS – VEDAÇÃO DO ART. 42 DO***

***CDC – DANO MORAL CONFIGURADO** – QUANTUM INDENIZATÓRIO – ADEQUADO – JUROS MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – RELAÇÃO CONTRATUAL – SETENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS."* (TJMS – 5ª Câmara Cível – Apelação nº 0815020-97.2014.8.12.0001 – Campo Grande. Relator: Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. J: 05/06/2018. P: 07/06/2018 – destaquei).

Assim, a conduta perpetrada pela ré, totalmente desprovida de comedimento e prudência, ultrapassou a esfera da mera cobrança regular, tratando-se de verdadeiro constrangimento como meio claro de compelir a devedora ao pagamento, consubstanciando-se em ato ilícito indenizável.

Logo, outra conclusão não pode ser extraída, senão a de que o Banco Santander Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A realizou cobrança vexatória, o que é vedado pelo ordenamento jurídico vigente, devendo ser mantida a condenação em ressarcimento por danos morais, como bem analisou o magistrado singular.

Neste ponto, colidem os interesses das partes, ao passo que a autora defende a majoração dos danos morais arbitrados para o patamar de R$ 20.000,00, enquanto que o banco réu pugna pela minoração da verba.

Na apuração da indenização por dano moral, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse propósito, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta.

De outro lado, não se pode perder de vista que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Assim, considerando o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, a potencialidade lesiva do dano e a necessidade da(s) vítima(s), bem como a finalidade da responsabilização, tenho que o valor indenizatório fixado na sentença deve ser majorado para R$ 10.000,00.

Ademais, esse valor é o mais condizente para amenizar o abalo psicológico sofrido, sem olvidar que a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, especialmente em produzir no causador do mal, impacto bastante a dissuadi-lo de igual e novo atentado.

Cumpre mencionar que em situações semelhantes a dos autos, este Tribunal de Justiça tem fixado a compensação por danos morais em aproximadamente R$ 10.000,00 (v.g., Apelação nº 0800232-38.2016.8.12.0024, Des. Amaury da Silva Kuklinsky, 05/12/2018; Apelação nº 0800343-54.2014.8.12.0036, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 23/08/18; Apelação nº 0802450-33.2015.8.12.0005, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, 09/05/18; Apelação nº 0842438-05.2017.8.12.0001, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, J: 26/06/2019), respeitando a condição financeira das partes e a finalidade educativa e preventiva da condenação.

Sobre o valor arbitrado em razão dos danos morais deve incidir juros de mora contados a partir da citação, por tratar de fato que deriva da relação contratual entre as partes (artigo 405, Código Civil) e correção monetária desde o arbitramento (Enunciado de Súmula nº 362, do Superior Tribunal de Justiça).

Diante do exposto, conheço e dou parcial provimento ao recuso de apelação interposto por Cleydimar Teles Echeverria, a fim de majorar o valor arbitrado a título de danos morais para R$ 10.000,00, sobre o qual incidirão juros de mora desde a citação (artigo 405, CC) e correção monetária desde o arbitramento (sentença), nos termos da Súmula 363, STJ.

Ainda, conheço do recurso interposto por Banco Santander Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, mas lhe nego provimento.

Por consequência, à luz do artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios devidos ao patrono da autora para 17% sobre o valor da condenação, eis que o banco restou vencido nas duas instâncias.

Quanto à autora, observe-se o disposto no parágrafo único do artigo 86 do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso a autora e negaram provimento ao recurso do banco, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Marcelo Câmara Rasslan
Remessa Necessária Cível nº 0816079-57.2013.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO ONEROSA DE BENS IMÓVEIS – IMUNIDADE NO CASO DE INCORPORAÇÃO DO BEM PARA REALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA – EXCEÇÃO À REGRA – DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE PREPONDERANTEMENTE IMOBILIÁRIA – NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DE TAL CONDIÇÃO PELO FISCO NOS TRÊS PRIMEIROS ANOS DE NEGÓCIOS – SENTENÇA MANTIDA – REEXAME DESPROVIDO.

Nos termos do art. 156, § 2º, I, da CF, o ITBI (imposto sobre a transmissão onerosa de bens imóveis entre vivos) não incide sobre a transmissão de bens e direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica.

O mesmo dispositivo prevê, excepcionalmente, a incidência do tributo, quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Para aplicação da exceção à imunidade mencionada, utilizam-se os seguintes critérios: análise do objeto social da pessoa jurídica, bem como da natureza jurídica das atividades que geram mais da metade da receita da pessoa jurídica; decurso do lapso temporal necessário para verificar a relevância da atividade preponderante, se dois anos antes ou depois da aquisição ou três anos após o início das atividades (arts. 36 e 37 do Código Tributário Nacional).

Caso em que a pessoa jurídica passou a exercer a atividade de administração, locação e cessão de bens móveis e imóveis menos de 2 (dois) anos antes da transferência dos imóveis, motivo pelo qual a preponderância da atividade somente poderá ser constatada pelo fisco depois de decorridos três anos da data da aquisição do bem, nos termos do § 2º, do art. 37 do CTN.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de setembro de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

O Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Comarca de Campo Grande submete a reexame deste Tribunal de Justiça a sentença (f. 125-31), proferida no mandado de segurança impetrado por VPP Participações Ltda. e Mauro Boulanger Stival Oliveira contra ato imputado ao Secretário Municipal da Receita do Município de Campo Grande, que concedeu parcialmente a ordem para que a verificação do tributo (ITBI) por meio de processo administrativo observe o prazo legal de três anos, contado o termo inicial de 31 de janeiro de 2011.

Não houve recurso voluntário de nenhuma das partes.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 171-8, manifestando-se pelo desprovimento da remessa necessária.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

O Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Comarca de Campo Grande submete a reexame deste Tribunal de Justiça a sentença (f. 125-31), proferida no mandado de segurança impetrado por VPP Participações Ltda. e Mauro Boulanger Stival Oliveira contra ato imputado ao Secretário Municipal da Receita do Município de Campo Grande, que concedeu parcialmente a ordem para que a verificação do tributo (ITBI) por meio de processo administrativo observe o prazo legal de três anos, contado o termo inicial de 31 de janeiro de 2011.

Não houve recurso voluntário de nenhuma das partes.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 171-8, manifestando-se pelo desprovimento da remessa necessária.

Colhe-se dos autos que os impetrantes ingressaram com o presente mandado de segurança aduzindo que em 13 de março de 2013, manejaram o processo administrativo nº 20.487/2.013-447, objetivando a emissão de guia/certidão de não incidência do ITBI na transferência junto ao Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Capital, dos bens objeto das matrículas nº 151.257 e 159.054, sob o argumento de que estes teriam sido utilizados pelo impetrante Mauro na integralização de sua participação societária na empresa VPP Participações Ltda., também impetrante, tendo o pedido sido negado pela autoridade coatora, sob o fundamento de impossibilidade de comprovação da atividade preponderante da empresa para fins de isenção, o que consideram ilegal e arbitrário.

O juízo singular concedeu parcialmente a segurança para que a verificação do tributo por meio de processo administrativo observe o prazo legal de três anos, contado o termo inicial de 31 de janeiro de 2011.

Com efeito, compulsando os autos, observo que tal *decisum* não merece reparo.

Nos termos do art. 156, § 2º, I, da CF, o ITBI (imposto sobre a transmissão onerosa de bens imóveis entre vivos) não incide sobre a transmissão de bens e direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica.

O mesmo dispositivo prevê, excepcionalmente, a incidência do tributo, quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Essa imunidade específica e suas exceções são reguladas pelo Código Tributário Nacional, em seus artigos 36 e 37:

> *"Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:*
>
> *I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;*
>
> *II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.*
>
> *Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.*

> *Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.*
>
> *§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.*
>
> *§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.*
>
> *§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data."*

Tais disposições são reproduzidas nos art. 4º e 5º, da Lei Municipal nº 2.592/89.

Portanto, para caracterização da atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente, a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição deve representar mais de 50% (cinquenta por cento) da sua receita operacional nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à transferência dos imóveis.

Porém, se a pessoa jurídica iniciou suas atividades após a transferência dos imóveis, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, a preponderância da atividade deverá considerar os três primeiros anos seguintes à data da aquisição.

Importante explicitar que, para aplicação da exceção à imunidade acima mencionada, utilizam-se os seguintes critérios: análise do objeto social da pessoa jurídica, bem como da natureza jurídica das atividades que geram mais da metade da receita da pessoa jurídica; decurso do lapso temporal necessário para verificar a relevância da atividade preponderante, se dois anos antes ou depois da aquisição ou três anos após o início das atividades.

Dessa forma, para saber se uma operação se enquadra na imunidade, é necessário que o ente tributante confronte o histórico imobiliário da sociedade com os critérios acima descritos.

Na hipótese, consta no contrato social da empresa VPP Participações Ltda. (f. 21-7) que:

> *"(...) esta tem por objeto a gestão e participação societária (holding), que lhe permitia subscrever, adquirir, alienar e transferir quotas, ações e outras formas de participação societária em sociedades empresárias nacionais e/ou estrangeiras, bem como realizar a administração de imóveis próprios (clausula 2ª e parágrafo único)."*

Em 31 de janeiro de 2011 (f. 33), com o ingresso do segundo impetrante, os sócios realizaram a primeira alteração do capital social e das atividades da sociedade, acrescentando às já existentes a compra e venda de imóveis e móveis. (cláusula segunda).

Verifica-se que o parágrafo único da cláusula segunda passou a ter a seguinte redação: *é facultado à sociedade realizar a administração, locação e cessão de bens móveis e imóveis próprios* (f. 33).

Ademais, a pessoa jurídica iniciou a atividade em comento em 31 de janeiro de 2011, e o indeferimento do pedido administrativo de isenção do ITBI ocorreu em 15 de março de 2013 (f. 17-20).

Nesse contexto, verifico que a empresa foi criada há menos de dois danos da integralização dos bens imóveis para constituição de seu capital, motivo pelo qual deve ser aplicada ao caso a hipótese prevista no § 2º, do art. 37, do CTN.

Assim, deve ser aferida, pelo fisco, a preponderância da atividade empresarial levando em consideração os 3 primeiros anos, posteriores à data da aquisição (entre 31 de janeiro de 2011 e 31 de janeiro de 2014). Ou seja, o fato gerador do imposto é de ocorrência futura e incerta, o qual deverá ser observado pela autoridade coatora.

Desse modo, na forma como enfatizado pela Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, *"o indeferimento do pedido da impetrante ocorreu antes do transcurso de tempo necessário para a apuração da atividade preponderante exercida pela empresa, o que torna o ato praticado pelo impetrado ilegal"*. (f. 176).

Portanto, se impõe a manutenção da sentença, tendo em vista que a preponderância da atividade somente poderá ser constatada no prazo de três anos da data da aquisição do imóvel, previsto no art. 37 § 2º, do CTN.

Diante do exposto, nego provimento à presente remessa necessária e mantenho inalterada a sentença.

Incabível a majoração de honorários na forma do art. 85, § 11, do NCPC, porque além de se tratar de remessa necessária – de tal sorte que o duplo grau de jurisdição é exercido obrigatoriamente e não em razão da vontade das partes -, não houve recurso voluntário nem condenação em primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 24 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0800721-39.2015.8.12.0015 - Miranda

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARROLAMENTO DE BENS DE INDÍGENA – CONDICIONAMENTO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ AO RECOLHIMENTO DE ITCMD – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 659 DO CPC – ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – PRINCÍPIO DE *SAISINE* E DA ANTERIORIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – APLICAÇÃO DA LEI TRIBUTÁRIA VIGENTE NA DATA DO ÓBITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não há qualquer inconstitucionalidade do § 2º, do art. 659, do CPC em vista do que dispõe o art. 146, III, '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.

Inaplicável ao caso o disposto no vigente art. 126 da Lei Estadual nº 1.810/97 (Código Tributário Estadual) com a nova redação dada pela Lei 4.759/15, levando-se em conta a data do óbito da genitora dos herdeiros, em razão dos princípios de *saisine* e da anterioridade do crédito tributário.

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 junho de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de arrolamento comum (Feito nº 0800721-39.2015.8.12.0015, da 2ª Vara da Comarca de Miranda/MS) promovida por Neuza da Silva, interpôs apelação cível (f. 144-152).

Afirmou, em síntese, que a sentença recorrida não guarda relação com a legislação vigente, merecendo ser reformada, visto que o Estado de Mato Grosso do Sul não pode concordar com tal ilegalidade e, por corolário, lesão ao erário público.

Defendeu ser necessária a comprovação da quitação dos tributos, inclusive o ITCD, para que se pudesse expedir os formais de partilha, independente do trâmite processual seguido.

Referiu que o colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete precipuamente resguardar e interpretar a lei federal, pela observância do artigo 1.031, § 2º, do Estatuto Processual de 1973, que dispõe que, somente após a comprovação do pagamento dos tributos é que o juiz expedirá o formal de partilha.

Alegou que mesmo em face da vigência do novo CPC, 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 a Fazenda Pública Municipal, Estadual e Federal, para expedição do formal de partilha.

Mencionou que deixar que os formais de partilha e alvarás sejam expedidos antes da comprovação do pagamento dos tributos, ou seja, sem que as dívidas do espólio sejam quitadas, *"é colocar uma pá de cal sobre a possibilidade dos recolhimentos/pagamentos."* (f. 147).

Aduziu, sob outro enfoque, que não há como se dispensar ao processo de arrolamento o tratamento dado pelo NCPC, em flagrante contradição ao texto do artigo 192, do Código Tributário Nacional.

Sustentou que o artigo 192, do Código Tributário Nacional, trata da garantia do crédito tributário, ou seja, da efetividade do recebimento dos tributos devidos nos processos de inventário/arrolamento, haja vista que, após emitidos os formais de partilha, dificilmente os herdeiros providenciarão, *sponte sua*, o recolhimento do ITCD.

Salientou, ainda, a inconstitucionalidade do § 2º do art. 659 do CPC, sob o argumento de que este não pode imiscuir-se em matéria relacionada ao direito tributário, em flagrante ofensa ao disposto no artigo 192, do Código Tributário Nacional que, como é cediço, tem status de legislação complementar.

Pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso, com a 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.

Requer o prequestionamento das matérias aduzidas, bem como seja acolhido o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental do parágrafo 2º, do artigo 659, do Código de Processo Civil/15, face aos fundamentos suso transcritos, não se olvidando, ainda, da cláusula de reserva de plenário esculpida no artigo 97, da Carta Magna.

A parte apelada apresentou resposta ao recurso (f. 155-159), pugnando pelo seu não provimento, em razão do que dispõe o art. 126 da Lei Estadual nº 4.759/2015.

Acerca da alegada isenção, o apelante foi instado a se manifestar (f. 170).

A PGJ manifestou no recurso (f. 177-179), alegando que não possui interesse em intervir no feito.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de arrolamento comum (Feito nº 0800721-39.2015.8.12.0015, da 2ª Vara da Comarca de Miranda/MS) promovida por Neuza da Silva, objetivando a reforma da decisão recorrida, a fim de que os formais de partilhe e/ou alvarás sejam expedidos somente após a devida quitação do ITCMD.

Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Mérito recursal

Inconstitucionalidade do § 2º do art. 659 do CPC

Conforme relatado, o apelante defende a inconstitucionalidade do § 2º do art. 659 do CPC, em razão de determinar que os recolhimentos dos impostos devidos sobre a partilha deverão ser analisados em procedimento administrativo, por ofender o art. 146, III, CF, no qual preceitua que questão tributária somente poderá ser tratada por lei complementar.

Referido dispositivo legal dispõe:

> *"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."*

Ao que se vê, a ação é de arrolamento sumário porque desnecessário o inventário, cujos requisitos constantes no art. 610 e seguintes do NCPC são: testamento, ausência de consentimento entre os herdeiros, acervo acima de 1.000 salários mínimos, etc.

Consoante artigos 659 do Novo Código de Processo Civil, *"A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663"*, cuja hipótese se amolda ao caso concreto, e portanto, o rito aplicável.

E assim sendo, não há óbice à homologação da partilha, pois esta independe de comprovação da quitação do ITCD, podendo ser feito posteriormente nos termos do art. 659, § 2º do CPC, se devido, haja vista a possibilidade de isenções previstas em lei, a exemplo da Lei Estadual nº 1.810/97[1], conforme defendem os autores (f. 133-134), o que será objeto de análise em tópico próprio.

Desta forma, portanto, denota-se a vigência de norma expressa no novo Código de Processo Civil, o qual, atento aos princípios da celeridade e da efetividade, dispôs que, no caso do arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada antes do recolhimento do ITCD.

Vale asseverar, ainda, que o próprio Código Processual, a despeito das alegações do apelante de que estaria ocorrendo violação ao disposto na legislação tributária, excepcionou a regra do art. 192[2] do CTN e não tratou de norma geral de matéria tributária.

Assim, com a inovação legislativa inaugurada pelo art. 659 do CPC, somente após a expedição do formal de partilha e demais procedimentos pertinentes é que se procederá à intimação da Fazenda Pública para que se providencie o lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes.

Neste sentido, confira-se precedentes deste Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – CONVERSÃO DE INVENTÁRIO EM ARROLAMENTO – POSSIBILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 2º DO ART. 659 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REJEITADA. 01. É possível a conversão do inventário em arrolamento quando se trata de partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei. 02.* ***Por não se referir a conteúdo material de norma tributária, mas apenas disciplinar a legislação processual em relação à partilha, a redação do § 2º do art. 659 do Código de Processo Civil, posterior ao art. 192 do Código Tributário Nacional, prevalece por ser mais recente e não infringe o art. 146 da Constituição Federal.*** *Recurso conhecido e não provido."* (TJMS, Apelação Cível nº 0800642-72.2016.8.12.0032, Des. Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, julgado em 28.6.2017) Destaquei.
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO DE BENS – SENTENÇA QUE HOMOLOGOU A PARTILHA E DISPENSOU A PROVA DE QUITAÇÃO DO IMPOSTO*

1 Artigo 126. São isentas do ITCD: (Art. 126: nova redação dada pela Lei n° 4.759/2015. Efeitos a partir de 15.02.2016 até 31.12.2019)
(...)
III - as transmissões causa mortis de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

2 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.

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*." (TJMS. Apelação nº 0801440-41.2017.8.12.0018, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j: 11/07/2018, p: 12/07/2018) Destaquei.

"APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO – HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA DE BENS – ITCMD – RECOLHIMENTO POSTERIOR – ART. 659, § 2º, DO CPC/2015 – INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO. ***O art. 659, § 2º, do Código de Processo Civil/2015, autoriza expressamente o recolhimento do imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD) após a sentença de partilha, no procedimento de arrolamento sumário. "Por não se referir a conteúdo material de norma tributária, mas apenas disciplinar a legislação processual em relação à partilha, a redação do § 2º do art. 659 do Código de Processo Civil, posterior ao art. 192 do Código Tributário Nacional, prevalece por ser mais recente e não infringe o art. 146 da Constituição Federal."*** (TJMS. Apelação nº 0808283-10.2016.8.12.0001, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j: 22/11/2017, p: 22/11/2017) Destaquei.

"APELAÇÃO CÍVEL – ARROLAMENTO SUMÁRIO – PRELIMINAR DE FALTA DE ILEGITIMIDADE/INTERESSE – AFASTADA – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º, DO ART. 659, DO CPC/15 – INOCORRÊNCIA – IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCD) – RECOLHIMENTO POSTERIOR À SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA DE BENS – PREVISÃO EXPRESSA DO CPC/15 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 01. Não há falar em falta de legitimidade ou de interesse uma vez que o ITCD é um tributo de competência estadual, cabendo ao Estado exigir e fiscalizar seu recolhimento. 02. ***O Código de Processo Civil/2015, ao excepcionar a regra do art. 192 do Código Tributário Nacional, não tratou de norma geral de direito tributário, ao contrário, o dispositivo do CTN é que versou, excepcionalmente, 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. Logo, poderia o CPC/15, como norma geral, excepcionar regra de natureza processual prevista em legislação esparsa, sem incorrer em qualquer vício formal de constitucionalidade. 03. Ademais, o art. 22, I, da CF/88, estabelece ser competência privativa da União legislar sobre direito processual, não havendo, no corpo do texto constitucional, dispositivo que imponha a necessidade de se editar Lei Complementar para tratar da referida matéria.*** *04. O art. 659, § 2º, e o art. 662, ambos do Código de Processo Civil/2015, autorizaram expressamente o recolhimento do imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCD) após a sentença de partilha, no procedimento de arrolamento sumário. 05. Recurso de apelação conhecido e desprovido*." (TJMS. Apelação nº 0839831-87.2015.8.12.0001, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017, j: 07/12/2017, p: 11/12/2017) Destaquei.

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.

Logo, não há qualquer inconstitucionalidade do § 2°, do art. 659, do CPC em vista do que dispõe o art. 146, III, '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.

Condicionamento da expedição de alvará em arrolamento de bens ao recolhimento de ITCD

A controvérsia recursal trazia à apreciação deste Sodalício atina-se à verificação da necessidade de prévio recolhimento do ITCD para levantamento dos saldos existentes nas contas bancárias de pessoa falecida.

Extrai-se dos autos que Natalia Pio da Silva possuía, na data de seu óbito (15/01/2013 – f. 12), valores depositados em conta bancária e aplicações junto ao Banco do Brasil S/A, no importe de R$ 30.753,49 (trinta mil, setecentos e cinquenta e três reais e quarenta e nove centavos).

De acordo com o texto constitucional, em seu art. 155:

> *"Artigo 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos."*

Outrossim, o art. 150, § 6º, também do texto constitucional estabelece ser necessária lei específica para a concessão de isenção, *in verbis*:

> *"(...) Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g)."*

Na hipótese, ao contrário do que alegam os autores, não se aplica ao caso o disposto no vigente art. 126 da Lei Estadual nº 1.810/97 (Código Tributário Estadual) com a nova redação dada pela Lei 4.759/15, levando-se em conta a data do óbito da genitora dos herdeiros, em razão dos princípios de *saisine* e da anterioridade do crédito tributário.

No caso, deve perquirir-se se os autores podem ser beneficiados com a isenção disposta no alterado art. 126, cuja redação original previa que:

> *"Art. 126. São isentos do ITCD:*
>
> *I - as doações de bens e direitos cujos valores não ultrapassem o valor equivalente a 780 UFERMS;*
>
> *II - as transmissões causa mortis, bem imóvel:*
>
> *a) sendo rural, sua área não ultrapasse o módulo da região e que seja destinado aos herdeiros;*
>
> *b) sendo urbano, apresente construção residencial de padrão popular ou inferior e seja utilizada como habitação dos herdeiros. Parágrafo único - A isenção prevista no inciso II só se aplica na herança que tenha um único bem imóvel a ser partilhado."*

Verifica-se que o referido valor de 780 UFERMS só pode ser adotado para isentar as doações realizadas por ato de liberalidade, o que não se amolda no presente caso.

Nem se cogita a isenção ou ausência de fato gerador pela não abertura de inventário ou arrolamento, pois a incidência decorre da transmissão de bens ou direitos em consequência do óbito do titular e não da espécie de ação judicial cabível para o processamento desta transmissão.

Sobre o tema, pertinentes os seguintes julgados deste Sodalício:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL – VALOR DEPOSITADO EM CONTA BANCÁRIA – FALECIMENTO DO TITULAR – TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – INCIDÊNCIA DO ITCD – HIPÓTESE DE ISENÇÃO LEGAL AFASTADA – EXPEDIÇÃO DO ALVARÁ CONDICIONADA AO PRÉVIO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO*

– RECURSO PROVIDO. 1. A isenção prevista no artigo 126, I, do Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97) só pode ser adotada para isentar as doações de bens ou direitos realizadas em vida, devendo incidir o ITCD sobre o saldo depositado em conta bancária. 2. Nem se cogita a isenção ou ausência de fato gerador pela não abertura de inventário ou arrolamento, pois a incidência decorre da transmissão de bens ou direitos em consequência do óbito do titular e não da espécie de ação judicial cabível para o processamento desta transmissão. 3. Como o valor do alvará judicial em questão será devido à autora por transmissão causa mortis, fica condicionado o levantamento do alvará judicial ao prévio recolhimento do respectivo tributo. 4. Recurso provido." (TJMS. Apelação nº 0823794-14.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 22/04/2019, p: 23/04/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL – VALOR DEPOSITADO EM CONTA BANCÁRIA – FALECIMENTO DO TITULAR – TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – INCIDÊNCIA DO ITCD – HIPÓTESE DE ISENÇÃO LEGAL AFASTADA – EXPEDIÇÃO DO ALVARÁ CONDICIONADA AO PRÉVIO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO – RECURSO PROVIDO. A isenção prevista no artigo 126, I, do Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97) só pode ser adotada para isentar as doações de bens ou direitos realizadas em vida, devendo incidir o ITCD sobre o saldo remanescente de FGTS e PIS depositado em conta bancária. Consoante Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97) não há falar em isenção do ITCD sobre saldo em contas bancárias deixado pelo titular, além do que, o art. 111 do Código Tributário Nacional é claro ao prever que a legislação tributária que trata sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente. Como o valor do alvará judicial em questão será devido à autora por transmissão causa mortis, fica condicionado o levantamento do alvará judicial ao prévio recolhimento do respectivo tributo." (TJMS. Apelação nº 0807150-93.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 02/04/2019, p: 03/04/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL – LEVANTAMENTO DE VALORES EM CONTA DO FALECIDO – PASEP – INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – ITCMD – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA – INTERPRETAÇÃO LITERAL – OUTORGA DA ISENÇÃO – ARTIGO 111, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA REFORMADA. Em virtude do princípio da legalidade estrita, tem-se a expedição do alvará para levantamento de valores condicionada ao pagamento do imposto de transmissão causa mortis. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 111, enquanto lei geral, disciplina necessidade de cumprir a literalidade da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, caso dos autos. Recurso conhecido e provido." (TJMS. Apelação nº 0816439-84.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 27/03/2019, p: 28/03/2019)

Destaca-se que a alteração legislativa ocorrida no normativo em questão – Lei Estadual nº 1.810/97, introduzida pela Lei nº 4.759/2015, que definiu que as transmissões *causa mortis* de bens e direitos cujos valores não ultrapassem R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) estão isentas do imposto, não pode ser aplicada ao caso, em razão do que preconizam os princípios da *saisine*, da anterioridade da lei tributária, bem como da legalidade estrita, levando-se em conta a data do óbito.

Isto porque o recolhimento do imposto em comento deve observar a data do óbito da pessoa falecida.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento, para reconhecer a incidência do imposto sobre transmissão causa mortis - ITCD sobre os valores depositados em conta judicial vinculada a este processo.

Por ausência de substrato, deixo de aplicar o que dispõe o § 11 do art. 85 do vigente 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. Julizar Barbosa Trindade.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 25 de junho de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação nº 0821851-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSOS VOLUNTÁRIOS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS EXONERADOS DO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO POR ADESÃO AO PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA-PDV – ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – MÉRITO RECURSAL – DEFERIMENTO DE PEDIDO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO À DEFENSORIA PÚBLICA – PODER DE AUTOTUTELA – DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE NÃO PODERIAM ALCANÇAR OS DEFENSORES PÚBLICOS – EXTINÇÃO DOS CARGOS – IMPOSSIBILIDADE – ATOS NULOS QUE NÃO PODEM SURTIR EFICÁCIA – REINTEGRAÇÃO MEDIANTE A INDENIZAÇÃO DE MONTANTE DEVIDO AOS COFRES PÚBLICOS – LEGALIDADE DO ATO – PLEITO IMPROCEDENTE COM O PARECER DA PGJ – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

Considerando-se o que dispõe o art. 14 da Lei nº 7.347/85, tem-se que ao recurso interposto contra sentença proferida em ação civil pública, pode ser conferido efeito suspensivo, com o fito de evitar dano irreparável à parte recorrente, a teor do que dispõe o § 4º do art. 1.012 do CPC.

O art. 8º da Lei nº 1.747/97, que criou o PDV, determinava que o plano de desligamento realmente não poderia englobar os defensores públicos, porquanto, ao determinar a extinção dos cargos nos quais os servidores participantes estavam lotados, violou expressa disposição constante da Lei Orgânica da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul vigente à época.

As reintegrações dos apelantes nos cargos de Defensores Públicos, com base em deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública (f. 77-98), decorreram da prerrogativa da Administração Pública de invalidar atos permeados por ilegalidade, pois deles não se originam direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e com o parecer, dar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, de acordo com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Luiz Sérgio de Almeida Galhardo e Kátia Maria Souza Cardoso, inconformados com a sentença de procedência do pleito formulado nos autos da ação civil pública (Feito nº 0821851-30.2015.8.12.0001, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) ajuizada pelo Ministério Público Estadual, interpuseram recurso de apelação (f. 1.070-1.077).

Preliminarmente, pleitearam a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.

Afirmaram, em síntese, que o desligamento anterior (exoneração) não foi regular, eis que a regra que o autorizou era inconstitucional, nula e violadora de diversas normas jurídicas e direitos, bem como tratou-se de mero ato unilateral, tendo em vista que fundado em incentivo do inconstitucional programa de demissão voluntária.

Aduziram que a nulidade do ato de adesão ao PDV não foi alcançada pela prescrição, considerando que o controle de atos nulos é imprescritível.

Pleitearam, por isso, pelo provimento do recurso, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul também interpôs recurso de apelação (f. 1.079-1.100), com o objetivo de reformar a sentença recorrida.

Referiu que o ato de adesão ao programa especial de incentivo ao desligamento voluntário do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul não poderia ter sido aplicado aos membros da carreira de Defensor Público Estadual, haja vista que estes se enquadram na categoria de servidor que possuem regime jurídico diferenciado, próprio, portanto, nulo desde a sua concepção.

Alegou que nenhuma das reintegrações efetivadas ocorreu por decisão singular da Defensoria Pública Estadual, mas sim em cumprimento às decisões judiciais e, outrossim, à decisão administrativa do então Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Discorreu que o próprio Ministério Público, por intermédio de seu maior representante legal, na Ação Civil Pública nº 0843606-81.2013.8.12.0001, com pretensão idêntica e já julgada, manifestou pela legalidade do procedimento administrativo que culminou na reintegração dos Defensores Públicos Estaduais.

Salientou que, à luz de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os atos administrativos nulos não prescrevem, razão por que defendem que o ato de adesão ao programa especial de incentivo ao desligamento voluntário do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul não está prescrito.

Ao final, protestou pelo o provimento do recurso, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos contidos na presente ação.

A parte apelada apresentou resposta aos recursos (f. 1.112-1.121), oportunidade em que pleiteou o seu não provimento.

A PGJ manifestou no processo (f. 1.141-1.150) e opinou pelo provimento da insurgência recursal, a fim de que os pedidos contidos nesta ação sejam julgados improcedentes.

O Juiz(a) de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande, MS, remeteu os autos a este Tribunal para reexame obrigatório.

Apesar de intimado, o Estado de Mato Grosso do Sul não interpôs recurso ou apresentou contrarrazões (f. 1.182-1.183)

Após o julgamento dos Embargos de Declaração nº 0821851-30.2015.8.12.0001/50000, no qual se constatou nulidade insanável no julgamento embargado, considerando a prévia manifestação de suspeição do e. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (f. 1218-1222), os autos retornaram para novo julgamento.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e recursos de apelação interpostos por Luiz Sérgio de Almeida Galhardo e Kátia Maria Souza Cardoso, bem como pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul nos autos da ação civil pública (Feito nº 0821851-30.2015.8.12.0001, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Efeitos legais da apelação - pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso e Juízo de admissibilidade

Conforme relatado, na hipótese vertente, os apelantes pugnaram pela atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso (f. 1.071).

Considerando-se o que dispõe o art. 14 da Lei nº 7.347/85[1], tem-se que ao presente recurso, interposto contra sentença proferida em ação civil pública, pode ser conferido efeito suspensivo, com o fito de evitar dano irreparável à parte, a teor do que dispõe o § 4º do art. 1.012 do CPC.

Desta forma, impõe-se aferir se houve a demonstração de probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, há risco de dano grave ou de difícil reparação.

O julgado recorrido decretou a nulidade de atos administrativos proferidos no ano de 2013 relacionados à reintegração dos apelantes Luiz Sérgio de Almeida Galhardo e Kátia Maria Souza Cardoso, no cargo de defensor público estadual, em razão de prévia adesão destes a plano de demissão voluntária (PDV), proposto pelo governo estadual no ano de 1997.

O fundamento utilizado pelo juízo sentenciante caminhou no sentido de que:

> *"(...) a) o desligamento dos requeridos Luiz Sérgio de Almeida Galhardo e Katia Maria Souza Cardoso, no cargo de defensor público neste Estado apenas representou a vontade de ambos naquele momento, de forma unilateral, b) não ficou demonstrada qualquer irregularidade nos desligamentos em questão, pois se trata de um ato que poderia ter sido exercido, como foi, independente da edição de qualquer Lei Complementar ou de Lei Ordinária específica; c) não houve vício no consentimento dos requeridos (defensores)."* (f. 1.057).

Outrossim, consta dos autos que os defensores públicos Fernando Tadeu Carneiro de Carvalho, Carlos Eduardo Bruno Marietto, Luiz Sergio de Almeida Galhardo e Katia Maria Souza Cardoso aderiram ao PDV, tendo os dois primeiros conseguido sua reintegração por decisão judicial, e, os dois últimos, ora apelantes, por ato do Conselho Superior da Defensoria Pública Estadual.

Verifica-se que os apelantes foram exonerados em razão da adesão ao programa especial de incentivo ao desligamento voluntário instituído pela Lei Estadual nº 1.747/97 no ano de 1997 e não por simples requerimento formulado à administração pública.

Com efeito, o plano de demissão voluntária a que os apelantes, na qualidade de Defensores Públicos, aderiram não poderia tê-los abrangido.

Sobre o tema, inclusive, este e. Tribunal de Justiça já se manifestou:

> *"EMENTA – AÇÃO ANULATÓRIA – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO AFASTADA – PROGRAMA DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO – MEMBRO DA DEFENSORIA PÚBLICA – INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL – REGIME JURÍDICO ESPECIAL – ART. 80 DA LEI COMPLEMENTAR 51/90 – ANULAÇÃO DO ATO E REINTEGRAÇÃO AO CARGO – DEVOLUÇÃO DA QUANTIA RECEBIDA MEDIANTE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *O defensor público enquadra-se na categoria de servidor que possui regime jurídico diferenciado, conforme expressa previsão do art. 80, da Lei Complementar 57/90, razão pela qual o programa de desligamento voluntário não se estende a estes servidores, considerados indispensáveis à atividade da Administração Pública, sendo considerado nula a norma que desligou o servidor de suas funções, reintegrando-o ao cargo anteriormente ocupado com efeitos a partir desta decisão.*
>
> *Impõe-se a devolução da quantia recebida a título de indenização para não incorrer em locupletamento ilícito que deverá ser descontada dos vencimentos do servidor, em percentual limitado a 20% (vinte por cento) ao mês."* (Apelação nº 2011.003045-4/0000-00. 2ª Câmara Cível. Relatora Des. Tânia Garcia de Freitas Borges. J. 15/12/2011)

1 Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Diante destes fundamentos, considerando a relevância da fundamentação, bem como do risco de dano aos requeridos, ora apelantes, pertinente o deferimento do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.

Assim, recebo o presente recurso no duplo efeito, atribuindo efeito suspensivo aos apelos interpostos nestes autos, e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, passo à análise de suas razões.

Mérito recursal

Na hipótese, há coincidência na pretensão dos apelantes, pois tanto a Defensoria Pública, quanto os defensores públicos demandados, objetivam a improcedência do pleito autoral formulado pelo Ministério Público, defendendo a legalidade dos atos administrativos que tornaram sem efeito a exoneração de Luiz Sergio de Almeida Galhardo e Katia Maria Souza Cardoso, diante da impossibilidade destes aderirem ao PDV - Plano de Demissão Voluntária.

Conforme relatado, tem-se que a controvérsia sob exame visa a análise da legalidade de atos proferidos pela Defensoria Pública (f. 780-788) a pedido do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 772-779), que resultou na reintegração dos apelantes ao cargo de defensores públicos, diante de prévia exoneração destes, por adesão ao plano de demissão voluntária.

Segundo o Ministério Público de primeira instância, autor da presente demanda, a reintegração dos apelantes no cargo de defensor público, após pedido voluntário de exoneração, mostra-se inconstitucional e ilegal.

Todavia, a tese do demandante deixou de verificar que o art. 8º da Lei nº 1.747/97, que criou o PDV, determinava que o plano de desligamento realmente não poderia englobar os defensores públicos, porquanto, ao determinar a extinção dos cargos nos quais os servidores participantes estavam lotados, violou expressa disposição constante da Lei Orgânica da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul vigente à época.

Isto porque, se para cada cargo da magistratura de primeira instância no Estado de Mato Grosso do Sul, à luz do que dispunha o art. 8º da Lei Complementar nº 111/2005 (Lei Orgânica da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul)[2], deveria haver um cargo correspondente na Defensoria Pública, fica clara a ofensa causada pela adesão de defensores públicos ao PDV, diante do disposto no art. 8º da Lei nº 1.747/97[3], que extinguia o respectivo cargo público à medida que o servidor estadual aderisse ao plano de demissão voluntária.

Impõe consignar que a própria Defensora Pública posicionou-se contrária à adesão dos defensores públicos ao plano de desligamento, por entender que a Lei nº 1.747/97 que o criou seria inconstitucional, por não ter excepcionado os membros da instituição, mormente porque esta é regida por Lei Complementar, senão vejamos:

> *"(...) Em cumprimento ao disposto na Lei nº 1.747, de 15 de maio de 1997 e no Decreto nº 8846, de 27 de maio de 1997, declaro existir óbice ao deferimento do "pedido de adesão" formulado pelo servidor Luiz Sérgio de Almeida Galhardo, pertencente ao quadro Permanente, ocupante do cargo de Defensor Público de Entrância Especial, matrícula nº 055.071-0, classe DP-25, lotado na 5ª Defensoria Pública de Família e Sucessões de Campo Grande, pelos seguintes fundamentos:*
>
> *1 - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida de prestar orientação jurídica plena e de defender, em todos os graus e instâncias, direitos e interesses dos necessitados, conforme dispõem a Constituição Federal (art. 134) e a Constituição Estadual (art. 140).*
>
> *2 - Os membros da Defensoria Pública, ainda por força de mandamento constitucional (CE, artigo 142), têm a carreira, os direitos, os deveres, as prerrogativas, as atribuições e o regime disciplinar regido por Lei Complementar, no caso a Lei Complementar Federal nº 80,*

2 Art. 8º Para cada cargo da carreira da Magistratura de primeiro grau do Estado, haverá um cargo correspondente na carreira da Defensoria Pública.
3 Art. 8º Fica automaticamente extinto o cargo efetivo vago em decorrência de exoneração do servidor, nos termos desta Lei.
Parágrafo único. Os cargos extintos, na forma deste artigo, não serão recriados pelo prazo de 2 (dois) anos.

de 12 de janeiro de 1994, que traçou normas gerais para as Defensorias Públicas dos Estados, e a Lei Complementar Estadual nº 51, de 30 de agosto de 1990, superiores hierarquicamente à lei ordinária.

3 - No tocante ao número de cargos da carreira da Defensoria Pública, estatui o artigo 140, § 2º, da Constituição Estadual: "Para cada cargo da carreira da magistratura de primeiro grau do Estado, haverá um cargo correspondente na carreira da Defensoria Pública".

No mesmo diapasão, manifesta-se a Lei Orgânica Estadual, acrescentando no parágrafo único do art. 8º que "no interesse da prestação de serviços, o quantitativo de cargos poderá ser ampliado, observando-se para o seu provimento os princípios desta Lei".

Portanto, os cargos da carreira da Defensoria Pública cingem-se ao disposto na Constituição sul-mato-grossense e à Lei Complementar Estadual nº 51/90.

4 - Consequentemente, a Lei nº 1747, de 15.05.97, que criou o programa especial de incentivo ao desligamento voluntário do Poder Executivo, bem como o Decreto nº 8846, de 27.05.97, que regulamentou, são inconstitucionais, por não haverem excepcionado do seu âmbito de incidência (art. 5º da Lei 1747/97 e art. 13 do Decreto nº 8846/97) a carreira da Defensoria Pública, regida por lei complementar, além de preverem a extinção automática do cargo efetivo vago (art. 8º, caput, da Lei nº 1747/97 e art. 26, do Decreto nº 8846/97).

5 - Como se não bastasse, o defensor público é o agente político encarregado de prestar um serviço essencial do Estado, qual seja, garantir o acesso dos despossuídos de fortuna à prestação jurisdicional.

6 - O quadro da Defensoria Pública apresenta hoje uma defasagem superior a um terço, pois dos 154 cargos previstos, apenas 100 encontram-se preenchidos, não podendo o órgão prescindir de qualquer de seus membros, sob pena de comprometer a continuidade dos serviços prestados.

Pelo exposto, opino pelo indeferimento do "pedido de adesão" do servidor. (...)." (f. 775-776)

Desta forma, as reintegrações dos apelantes nos cargos de defensores públicos, com base em deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública (f. 77-98), decorreram da prerrogativa da Administração Pública de invalidar atos permeados por ilegalidade, pois deles não se originam direitos.

Esta prerrogativa denomina-se autotutela da Administração Pública. Sobre a matéria, na lição de José dos Santos Carvalho Filho:

"(...) Trata-se, com efeito, de princípio administrativo, inerente ao poder-dever geral de vigilância que a Administração deve exercer sobre os atos que pratica e sobre os bens confiados à sua guarda. Decorre daí que falha a Administração quando, compelida a exercer a autotutela, deixa de exercê-la." (Manual de Direito Administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 143).

Não se olvida a orientação jurisprudencial do STJ, no sentido de que:

"(...) O prazo decadencial para a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos patrimoniais favoráveis aos administrados é de 5 anos, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999. Ultrapassado o prazo quinquenal para anulação do ato administrativo, a decadência somente poderá ser afastada se demonstrada a má-fé do administrado." (AgInt no REsp 1473403/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019).

Com efeito, na hipótese, a reintegração dos requeridos ao cargo de Defensor Público do Estado de MS ocorreu mediante a devolução do montante devido aos cofres públicos, diante do indevido afastamento destes de suas respectivas funções, mediante desconto de percentual em suas remunerações.

Na hipótese, portanto, o cumprimento do dever de autotutela do administrador público deve ser reconhecido e, inclusive, prestigiado, sendo defeso, por isso, falar-se em nulidade, ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato proferido pelo Chefe do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul ou pela Defensoria Pública, quanto à reintegração de Katia Maria Souza Cardoso e Luiz Sérgio de Almeida Galhardo ao cargo de defensor público.

A propósito:

> *"QUESTÃO DE ORDEM – REJULGAMENTO POR FORÇA DO ART. 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – REPERCUSSÃO GERAL – RE Nº 594.296/MG – NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA PROMOVER A REVISÃO DE ATO DO QUE TENHA DECORRIDO EFEITO CONCRETO – QUESTÃO DISTINTA DA VEICULADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEVOLVIDO A ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ÚNICA QUESTÃO ABORDADA NO ACÓRDÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL ATINENTE AO PRAZO DECADENCIAL PARA A ADMINISTRAÇÃO REVER SEUS PRÓPRIOS ATOS NO EXERCÍCIO DA AUTOTUELA – ACÓRDÃO MANTIDO – REGULAR PROCESSAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ART. 543-B, § 4º, DO DIPLOMA PROCESSUAL. 1.* ***O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 594.296/MG em sede repercussão geral, assentou que, conquanto a Administração Pública possa - e deva - revogar os seus próprios atos praticados sob a eiva da nulidade ou ilegalidade, caso desses tenha decorrido efeitos concretos, é necessário prévio processo administrativo, a fim de assegurar o respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.*** (...)." (REsp 476.387/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 12/03/2014)

Neste sentido, inclusive, o i. Procurador de Justiça atuante neste expediente recursal posicionou-se, assentando:

> *"(...) que os argumentos apresentados pelos promotores de justiça na exordial e nas contrarrazões deste recurso não são desprovidos de fundamentos, e os fatos, como se deram, dão margem a interpretação diversa da apresentada neste parecer, todavia, como já mencionado outrora, partilho do entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que em caso idêntico entendeu ser nulo decreto de idêntico conteúdo."* (f. 1.150).

Em prévio pronunciamento sobre a possibilidade do PDV abranger os defensores públicos, este e. Tribunal de Justiça, nos autos da Ação Anulatória nº 0101151-89.2006.8.12.0001, acolheu a tese defendida pelos apelantes, conforme ementa acima transcrita.

Desta forma, com base no princípio da segurança jurídica, mantendo-se a coerência da jurisprudência deste Sodalício, inequívoca se mostra a necessidade de reforma da sentença, a fim de que o pleito autoral seja julgado improcedente.

Dispositivo final

Ante o exposto, recebo os apelos com efeito suspensivo e com o parecer da PGJ, conheço da remessa necessária, bem como dos recursos de apelação interpostos por Luiz Sérgio de Almeida Galhardo e Kátia Maria Souza Cardoso, bem como pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhes provimento, para, reformando-se a sentença recorrida, julgar improcedente o pleito autoral.

Ausente a má-fé, indevida a condenação da parte autora ao pagamento de custas e honorários (arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85).

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º vogal)

Peço vênia ao eminente Relator para divergir de seu voto.

Inicialmente, é de suma importância ressaltar que o plano de demissão voluntária (PDV) consiste em um acordo mútuo para estabelecer a *"*demissão espontânea*"* de funcionários. Pode ocorrer, ainda, na forma da aposentadoria voluntária, para os funcionários que já atingiram a idade e tempo de trabalho mínimo para se aposentar. Assim, não há qualquer inconstitucionalidade no pedido de demissão espontânea, ou de aposentadoria, ou saída voluntária por parte dos autores.

Outrossim, o que poderia ser inconstitucional em relação ao plano de demissão voluntária (PDV) são os incentivos garantidos aos funcionários que buscam a saída da carreira. Desse modo, caso fossem excluídos esses benefícios adquiridos pelos autores, o acordo seria perfeitamente lícito, acarretando o adequado desligamento dos defensores públicos e impossibilitando a volta daquele que voluntariamente se retirou.

Assim, a demissão voluntária em si não guarda qualquer ilegalidade ou efeito danoso aos autores, já que volitivamente aceitaram sair da carreira da Defensoria Pública.

De qualquer sorte, e nada obstante entender que não há qualquer ilegalidade também nos valores recebidos a título de incentivo, mas acaso os autores já tenham restituído parte ou parcelas desses valores, devem ser a eles restituídos de imediato, com as correções e acréscimos legais.

Ante o exposto, conheço do presente recurso para o fim de negar-lhe provimento e com a determinação expressa de devolução dos valores restituídos aos Autores com a mesma forma de correção, de modo integral e em uma única parcela.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e com o parecer, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, de acordo com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Marco André Nogueira Hanson
Agravo de Instrumento nº 1405886-24.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TUTELA DE URGÊNCIA – ESTERILIZAÇÃO DE MULHER CURATELADA – DISCERNIMENTO COMPROMETIDO – LAQUEADURA TUBÁRIA – SEGUNDA GRAVIDEZ – RISCO DE DANO E PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO EVIDENCIADOS – TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO CONTRA O PARECER DA PGJ.

O deferimento da tutela de urgência exige condição excepcional, consubstanciada na evidência do direito pretendido, cercado de elementos probatórios seguros e sobre os quais não existam dúvidas, elementos estes que se evidenciaram no caso concreto, porquanto recomendada a realização da esterilização da agravante J., considerando as circunstâncias do caso concreto.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

J. de J. L., na qualidade de curador de sua irmã J. de J. L., inconformados com a decisão proferida nos autos da ação de indenização (Feito nº 0808696-18.2019.8.12.0001, da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS) ajuizada em face da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU, interpuseram este agravo de instrumento.

Afirmam que os agravantes J. e J. são curatelada e curador, respectivamente, pois J. foi interditada, por intermédio do Processo nº 001.03.009262-9, que tramitou na 2ª Vara de Família da Comarca desta Capital, pois a requerente apresenta atraso do desenvolvimento neuropsicomotor, microcefalia e epilepsia (CID-10: F70+G40).

Sustentam que J. já possui um filho, menor impúbere, nascido em 25/11/2017, oportunidade em que, foi inserido na agravante o implanon, método anticoncepcional dito como confiável, sem a anuência escrita do seu curador e que, no final, em decorrência dos remédios tomados por ela, portadora de epilepsia (prescritos na bula e ignorado pelo corpo médico que o inseriu), não fez nenhum efeito, gerando uma nova gravidez de alto risco.

Declinaram que a agravante contraiu nova gravidez, que se encontra entre o oitavo e nono mês, gerando uma criança que possui grandes chances de nascer com alguma deficiência ou atraso neuropsicomotor, entre outros explicitados na inicial do processo de origem.

Em razão destas circunstâncias, solicitaram pedido liminar a fim de que fosse determinada a realização de laqueadura tubária na agravante, logo após o parto, a fim de impedir nova gravidez, sob pena de risco de dano.

Declinaram que o Ministério Público atuante em primeira instância foi favorável ao pedido, mas o parecer do NAT manifestou-se desfavorável afirmando que não houve o preenchimento dos requisitos necessários e ainda que a cirurgia de laqueadura tubária não pode ser feita logo após o parto.

Dispuserem que, ao contrário do que concluiu o juízo *a quo*, a probabilidade do direito encontra respaldo no que dispõe o art. 10, II da Lei 9.263/96 (Lei sobre planejamento familiar), considerando o risco de nova gestação da agravante e, ainda, somado às altas probabilidades de deficiências decorrentes das suas doenças e dos remédios por ela ingeridos, conforme laudos anteriormente juntados, além do indubitável risco de vida da própria mãe, pessoa curatelada, e cuidados posteriores do filho.

Consignaram que não se pode olvidar da situação de que, além do risco da agravante, esta pode gerar uma criança sem que sua mãe tenha condições de dispensar-lhe os devidos cuidados, em razão da patologia que a acomete, sendo todos os filhos gerados por J. de total responsabilidade de seu curador, J., também agravante, dada a impossibilidade desta ser responsável por si ou por outrem.

Mencionaram que:

> *"(...) Concorda-se que, em face aos danos físicos e psicológicos de uma laqueadura imediatamente após o parto, tal procedimento seja realizado dias após o parto, assim que liberado pela equipe médica, porém num prazo curto e razoável que impeça a possibilidade de qualquer nova gestação, tendo em conta os riscos já explicitados aqui e no processo."* (f. 4).

Pugnaram pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja deferido o pedido para autorizar a realização de laqueadura tubária na agravante, num prazo exíguo e seguro, a fim de se evitar quaisquer riscos aos agravantes e a um futuro da criança em gestação.

O juízo *a quo* prestou informações acerca do processo de origem (f. 116-117), mencionando que a decisão recorrida mantinha-se como proferida.

A agravada apresentou resposta ao recurso (f. 118-122) e pugnou pelo seu não provimento.

A PGJ manifestou no recurso (f. 226-237) e opinou pelo seu não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por J. de J. L., na qualidade de curador de sua irmã J. de J. L., inconformados com a decisão proferida nos autos da ação de indenização (Feito nº 0808696-18.2019.8.12.0001, da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS) ajuizada em face da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul - FUNSAU, objetivando a concessão de tutela de urgência.

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.

O art. 300 do CPC, dispõe:

> *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.*
>
> *§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fiduciário idôneo para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Como se vê, o deferimento da tutela de urgência exige condição excepcional, consubstanciada na evidência do direito pretendido, cercado de elementos probatórios seguros e sobre os quais não existam dúvidas, elementos estes que se evidenciaram no caso concreto, porquanto recomendada a realização da esterilização da agravante J.

A propósito, o Professor Fredie Didier Júnior, que compôs a comissão de juristas que revisou o anteprojeto do novo Código de Processo Civilhttp://www.jusbrasil.com.br/legislacao/174276278/lei-13105-15 na Câmara dos Deputados, comenta:

"A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido fumus boni iuris (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há "elementos que evidenciem" a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).

(...)

A tutela provisória de urgência pressupõe, também, a existência de elementos que evidenciem o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (periculum in mora) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito (art. 300, CPC)[1]."

Infere-se, portanto, que na nova sistemática processual instaurada pela Lei nº 13.105/2015, as tutelas de urgência têm como pressuposto comum o perigo de dano, ou seja, fulcram-se numa situação de urgência em que haja a probabilidade da existência do direito alegado.

Na hipótese, restou demonstrado, por laudo médico, que a agravante J., irmã do agravante J., trata-se de pessoa curatela por este, em razão de sofrer de epilepsia e retardo mental, cuja interdição ocorreu nos Autos do Processo nº 001.03.009262-9, que tramitou na 2ª Vara de Família da Comarca desta Capital (f. 30/TJMS), pois a requerente apresenta atraso do desenvolvimento neuropsicomotor, microcefalia e epilepsia (CID-10: F70+G40).

Na referida ação de interdição concluiu-se que a agravante J.:

"(...) deve, efetivamente, ser interditado, pois que, concluiu-se que é portador(a) de problema de saúde, impressão que se colheu, ainda, em seu interrogatório judicial, de modo que é desprovido(a) de capacidade de fato. Diante do exposto e considerando, ainda, o bem lançado parecer ministerial, o qual incorporo à presente, como forma de decidir, tenho por bem em decretar a interdição de J. de J. L., declarando-o(a) absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, na forma preconizada no art. 5°, II, do Código Civil e, de conformidade com o que preleciona o art. 454, do citado diploma legal, nomeio curador(a) o(a) requerente J. de J. L."

A tutela de urgência requerida decorreu do fato de que a agravante J., após a gestação de seu filho Davi, em 25/11/2017, não obteve o adequado tratamento contraceptivo, já que lhe foi receitado o uso de implanon, cuja implantação ocorreu no dia do parto (f. 27 e f. 55/TJMS), que, todavia, não lhe foi eficaz em razão do uso de medicamentos que controlam sua patologia (epilepsia), gerando, por isso, nova gestação (f. 39-40 e f. 47/TJMS).

Extrai-se dos documentos juntados que, segundo o parecer técnico de neurologista, em virtude da paciente já ter passado à época gestacional de maior risco (12 semanas) de acordo com a avaliação GO HRMS, manter medicações anti-epiléticas. Encaminhar ao ambulatório de neurologia para acompanhamento na alta hospitalar considerar método anticoncepcional eficaz em virtude da epilepsia comumente descompensar durante a gestação (f. 53/TJMS).

1 **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 608-610, v. 2

Conclui-se, portanto, que em análise dos documentos médicos encartados autos, a agravante J. não têm condições de ter mais filhos, tratando-se de gestações de alto risco.

Não se pode olvidar, ainda, que há evidente perigo de dano ao agravante J., na qualidade de irmão e curador daquela, possui extrema responsabilidade sobre os seus atos, seja do ponto de vista emocional ou mesmo do ponto de vista material.

Outrossim, sobre a probabilidade do direito alegado, a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o planejamento familiar disposto no art. 226, § 7º da Constituição Federal, o considera como fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seus art. 4º e 5º referida lei estabelece que:

> *"(...) O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. E, ainda, dispõe ser dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar."*

O art. 10 desta mesma lei federal reza que:

> *"Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:*
>
> *I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;*
>
> *II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos."*

No caso, a agravante possui 37 (trinta e sete) anos de idade (f. 27/TJMS) e apresenta risco gestacional e, ainda, não possui sanidade mental para sequer lidar com sua própria vida, tanto que foi interditada em processo judicial, que possui discernimento comprometido, relegando-se a curadoria ao seu irmão, ora agravante, donde se extrai a probabilidade do direito alegado, a justificar o deferimento da tutela de urgência, vez que, como dito alhures, o caso também demonstra risco de dano.

Por outro lado, cumpre consignar que, não obstante o parecer do Núcleo de Apoio Técnico – NAT, sobre a laqueadura, tenha consignado que "*A cirurgia também não pode ser feita logo após o parto ou a cesárea* (f. 97/TJMS)", verifica-se, em consulta aos autos de origem, que o parto do segundo filho da agravante, previsto para o dia 24/07/2019 (f. 86/TJMS), já ocorreu em 24/06/2019 (f. 159 dos autos de origem).

Ademais, denota-se que o procedimento cirúrgico pleiteado, qual seja, laqueadura tubária, é disponibilizado pelo SUS (f. 99/TJMS).

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço deste agravo de instrumento interposto por J. de J. L. e J. de J. L. e, contra o parecer da PGJ, dou-lhe provimento, para deferir a tutela de urgência pleiteada e ordenar que o réu disponibilize a realização de laqueadura tubária na agravante J. de J. L., num prazo exíguo e seguro, a fim de se evitar quaisquer riscos à agravante e ao futuro da prole desta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Vilson Bertelli e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Agravo de Instrumento nº 1408060-06.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRETENSÃO DE MODIFICAR A DECISÃO QUE NÃO CONCEDEU A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – DESCABIMENTO – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DESPROVIDO.

Nos casos em que se discutem relações jurídicas de natureza civil, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato e/ou desvio de finalidade ou a demonstração de confusão patrimonial; sendo certo, outrossim, que a mera inadimplência da pessoa jurídica ou a natureza do débito alimentar, por si só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica.

Não se tratando de vínculo consumerista, não há que se falar na aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade (art. 28, *caput* e § 5º do CDC).

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, 13 de agosto de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

J. Nardi Advogados e Consultores Jurídicos, no cumprimento de Sentença de n. 0032076-40.2018.8.12.0001, em que contende com J. Monteiro Construções Ltda – ME, interpõe agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal.

A recorrente, em síntese, aduz que:

A agravada foi condenada a pagar honorários sucumbenciais no importe de 15% sobre o valor da condenação. Contudo, iniciado o cumprimento de sentença, até o presente momento, não houve quitação da dívida e tampouco localização de bens, através de consultas nos sistemas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD, de modo que pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica, mas o pedido foi indevidamente indeferido pelo magistrado singular;

Os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, devendo ser aplicado no caso a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que seriam hipossuficientes frente à recorrida;

Ante o princípio da igualdade substancial, deve-se utilizar, por analogia, as mesmas regras do processo trabalhista e do art. 28, § 5º, do CDC. Além disso, perfeitamente possível a aplicação da teoria do risco da atividade.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do reclamo.

O agravo foi recebido apenas no efeito devolutivo (p. 106-108).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto por J. Nardi Advogados e Consultores Jurídicos, no cumprimento de sentença de n. 0032076-40.2018.8.12.0001, em que contende com J. Monteiro Construções Ltda – ME.

A recorrente aduz que a agravada foi condenada a pagar honorários sucumbenciais no importe de 15% sobre o valor da condenação. Contudo, iniciado o cumprimento de sentença, até o presente momento, não houve quitação da dívida e tampouco localização de bens, através de consultas nos sistemas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD, de modo que pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica, mas o pedido foi indevidamente indeferido pelo magistrado singular.

Assevera que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, devendo ser aplicado no caso a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que seriam hipossuficientes frente à recorrida.

Destaca que, ante o princípio da igualdade substancial, deve-se utilizar, por analogia, as mesmas regras do processo trabalhista e do art. 28, § 5º, do CDC. Além disso, perfeitamente possível a aplicação da teoria do risco da atividade.

Com efeito, sabe-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica pura permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidade dos sócios, com o intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos.

Ou seja, é possível desconsiderar a separação patrimonial existente entre o capital de uma empresa e o patrimônio de seus sócios para os efeitos de determinadas obrigações, com a finalidade de evitar sua utilização de forma indevida.

Para isso, o artigo 50, do Código Civil, exige dois requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica: abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou a confusão patrimonial.

O Superior Tribunal de Justiça, além desses pressupostos, define que a mera inadimplência da pessoa jurídica, o encerramento irregular de suas atividades ou a sua indevida dissolução não são fatos capazes de autorizar tal medida excepcional. Confira-se:

> *"AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – CIVIL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – REQUISITOS – AUSÊNCIA – INSOLVÊNCIA DA SOCIEDADE – DISSOLUÇÃO IRREGULAR – FATOS INSUFICIENTES. (...).* ***3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional e está subordinada à comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Precedentes. 4. Na hipótese, o fato de a sociedade ter sido encerrada irregularmente não pode presumir o abuso da personalidade jurídica. Precedente****s. 5. Agravo interno não provido."* (AgInt nos EDcl no REsp 1538615/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03/12/2018, DJe 06/12/2018). Destacado

> *"RECURSO ESPECIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – CPC/2015 – PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO – REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO – OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL – DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002 – ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DESVIO DE FINALIDADE – CONFUSÃO PATRIMONIAL – INSOLVÊNCIA*

DO DEVEDOR – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos. 2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137) 3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão. 4. Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual. ***6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. 7. A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.*** *8. Recurso especial provido."* (REsp 1729554/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 06/06/2018). Destacado

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – INVIABILIDADE – INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/2002 – INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS – SÚMULA 7/STJ – ÓBICE APLICÁVEL TAMBÉM PARA A ANÁLISE DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – AGRAVO IMPRÓVIDO. (...). 2. Nos casos em que se discutem relações jurídicas de natureza civil, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 3. A mera inadimplência da pessoa jurídica, por si só, não enseja a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. Súmula 7/STJ. (...). 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 588.587/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 22/06/2015)

"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO MONITÓRIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ART. 50 DO CC/2002 – ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL – REQUISITOS – INDÍCIOS DE ENCERRAMENTO IRREGULAR DA SOCIEDADE – INSUFICIÊNCIA. 1. O recurso especial tem origem em agravo de instrumento que manteve decisão que deferiu pedido de desconsideração de personalidade jurídica com base no artigo 50 do Código Civil. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se estão presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no caso dos autos. 3. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional e está subordinada à comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. ***4. A existência de indícios de encerramento irregular da sociedade***

aliada à ausência de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constituem motivos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. *5. Recurso especial provido."* (REsp 1419256/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 19/02/2015). Destacado

*"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – ARTIGO 50, DO CC – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – REQUISITOS – ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE – INSUFICIÊNCIA – DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL – DOLO – NECESSIDADE – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – ACOLHIMENTO. (...)****. 2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.* *3. Embargos de divergência acolhidos."* (EREsp 1306553/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014). Destacado.

No caso dos autos, como ressaltado pelo magistrado singular, a recorrente não demonstrou os requisitos do art. 50, do CC, como abuso de personalidade jurídica e confusão patrimonial, a fim de justificar o acolhimento do pedido, sendo certo, como já dito, que a mera inadimplência do devedor, não é fato capaz de autorizar tal medida excepcional.

Ressalta-se, ademais, que as partes não mantêm nenhuma relação jurídica contratual e o débito impugnado diz respeito a honorários advocatícios sucumbenciais fixados na Ação de Cobrança de n. 0040088-53.2012.8.12.0001; logo, não há que se falar em aplicação da teoria menor de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do *caput* e do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, o simples fato da verba ser de origem alimentar não permite a aplicação, por analogia, do instituto acima mencionado ou de qualquer outro que não seja aquele disposto no art. 50, do CC.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento interposto por J. Nardi Advogados e Consultores Jurídicos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 13 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0808240-39.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR DE IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA – REJEITADA – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE EXAME PET-SCAN – PEDIDO DO PROFISSIONAL MÉDICO – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO – NATUREZA EMERGÊNCIA/DE URGÊNCIA – ABUSIVIDADE – DANO MORAL DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – DEVIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde que não sejam de autogestão (Súmula 608 do STJ).

É descabida a negativa de cobertura no caso concreto, sobretudo porque o tratamento médico foi solicitado com a finalidade que a paciente preserve a sua vida, pois corre risco de morte.

Trata-se de procedimento de natureza emergencial/urgência, cujo a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê em seu artigo 35-C a obrigatoriedade na cobertura do atendimento para tais casos.

Tratando de responsabilidade contratual, a recusa injustificada é capaz de ensejar a condenação por dano moral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o Relator e o 2º Vogal que davam parcial provimento. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS, por não se conformar com a sentença (f. 231-236) proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer movida por Ivan Pedro de Medeiros Sobrinho, que julgou procedente o pedido inicial para " *convolar em definitiva a tutela de urgência deferida às f. 22-24; e ao pagamento da indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)*." A requerida ainda foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes estabelecidos em 10% sobre o valor da condenação.

A apelante levanta a preliminar de impugnação à justiça gratuita, afirmando que o apelado aufere rendimentos que lhe garantem a subsistência, eis que recebe R$ 10.518,33 (dez mil, quinhentos e dezoito reais

e trinta e três centavos), mesmo que o recebimento liquido se traduza em R$ 3.238,63 (três mil, duzentos e trinta e oito reais e sessenta e três centavos).

No mérito, aduz em síntese, que o exame pleiteado não está elencado no rol de procedimentos obrigatórios expedidos pela ANS, bem como o seu fornecimento não consta do contrato estabelecido entre as partes, sendo possível a limitação de cobertura oferecida pelos planos de saúde.

Aduz se trata de plano de saúde de autogestão, cujas peculiaridades e particularidades diferenciam e distinguem dos demais plano de saúde ofertados no mercado de consumo, e mais ainda, quanto ao dever do estado, justamente por tais diferenças, justifica a possibilidade de restrição e limitação, prevalecendo o *pacta sunt servanda*, pois, ao contrário,

> *"(...) o contrato de plano de saúde é firmado com vistas ao equilíbrio das obrigações estipuladas para ambas as partes, sendo que o valor custeado pelo beneficiário é proporcional às prestações assentidas pela operadora de plano de saúde, de modo que a fixação de procedimentos admitidos pela ANS é parâmetro razoável para a estipulação do valor do plano adquirido pelo consumidor".*

Sustenta não haver caracterizado o dano moral, pois não há falar em negativa injustificada quando amparada no ordenamento jurídico e no contrato pactuado entre as partes, não ensejando dano moral indenizável.

Requer o provimento do presente recurso, acolhendo-se a preliminar de impugnação à justiça gratuita, e, no mérito, reformando-se a sentença para que seja julgada improcedente, com a conversão da condenação em honorários advocatícios.

Sem contrarrazões, f. 460.

VOTO (EM 13/08/2019)

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS, por não se conformar com a sentença (f. 231-236) proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de obrigação de fazer movida por Ivan Pedro de Medeiros Sobrinho, que julgou procedente o pedido inicial para "*convolar em definitiva a tutela de urgência deferida às f. 22-24; e ao pagamento da indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)*." A requerida ainda foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes estabelecidos em 10% sobre o valor da condenação.

A apelante levanta a preliminar de impugnação à justiça gratuita, afirmando que o apelado aufere rendimentos que lhe garantem a subsistência, eis que recebe R$ 10.518,33 (dez mil, quinhentos e dezoito reais e trinta e três centavos), mesmo que o recebimento liquido se traduza em R$ 3.238,63 (três mil, duzentos e trinta e oito reais e sessenta e três centavos).

No mérito, aduz em síntese, que o exame pleiteado não está elencado no rol de procedimentos obrigatórios expedidos pela ANS, bem como o seu fornecimento não consta do contrato estabelecido entre as partes, sendo possível a limitação de cobertura oferecida pelos planos de saúde.

Aduz se trata de Plano de saúde de autogestão, cujas peculiaridades e particularidades diferenciam e distinguem dos demais plano de saúde ofertados no mercado de consumo, e mais ainda, quanto ao dever do estado, justamente por tais diferenças, justifica a possibilidade de restrição e limitação, prevalecendo o *pacta sunt servanda*, pois, ao contrário,

> *"(...) o contrato de plano de saúde é firmado com vistas ao equilíbrio das obrigações estipuladas para ambas as partes, sendo que o valor custeado pelo beneficiário é proporcional às prestações assentidas pela operadora de plano de saúde, de modo que a fixação de procedimentos admitidos pela ANS é parâmetro razoável para a estipulação do valor do plano adquirido pelo consumidor".*

Sustenta não haver caracterizado o dano moral, pois não há falar em negativa injustificada quando amparada no ordenamento jurídico e no contrato pactuado entre as partes, não ensejando dano moral indenizável.

Requer o provimento do presente recurso, acolhendo-se a preliminar de impugnação à justiça gratuita, e, no mérito, reformando-se a sentença para que seja julgada improcedente, com a conversão da condenação em honorários advocatícios.

Sem contrarrazões, f. 460.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Preliminar de Impugnação à justiça gratuita.

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS se insurge quanto à concessão da justiça gratuita, aduzindo que o comprovante de rendimento juntado às f. 15 revela que os proventos do autor orçam em R$ 10.518,33 (dez mil, quinhentos e dezoito reais e trinta e três centavos), mesmo que o recebimento liquido se traduza em R$ 3.238,63 (três mil, duzentos e trinta e oito reais e sessenta e três centavos), lhe garantem a subsistência e é superior aos inúmeros associados da CASSEMS.

Verifica-se que a justiça gratuita foi concedida pelo juízo *a quo* em análise ao conjunto probatório acostados aos autos.

Em casos semelhantes esta Corte adota o entendimento ora apresentado, *in verbis:*

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA – ÔNUS DA PROVA DO IMPUGNANTE – COMPROVAÇÃO DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS DA RECORRIDA PARA ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS – NÃO DEMONSTRADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. I - Nos termos do art. 7º, da Lei nº 1060/50, cabe ao impugnante o ônus da prova de suficiência de recursos da parte impugnada, para arcar com as custas do processo, devendo instruir a inicial com provas contundentes a justificar a revogação do benefício. II – Inexistente prova suficiente da capacidade financeira da parte impugnada para arcar com as despesas processuais, é de se julgar improcedente a impugnação."* (TJMS. Apelação nº 0009127-58.2014.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 18/07/2017, p: 24/07/2017)

Ao impugnar a concessão da justiça gratuita, o apelante não demonstrou que o apelado possui condição financeira para arcar com as despesas, custas processuais e honorários advocatícios, sem comprometer o sustento próprio ou de sua família, para assim, desfazer a presunção de pobreza de que goza a parte adversa, já que houve a concessão do benefício com a apresentação de provas na ação principal.

Desse modo, não demonstrada a alteração da condição financeira do beneficiário, a gratuidade processual deve ser mantida, razão pela qual, afasto a preliminar aventada em sede de contrarrazões.

Mérito

Inicialmente, é importante esclarecer a questão da incidência das normas consumeristas na presente relação.

A Súmula 469/STJ, que tratava sobre aplicação do CDC em todos os planos de saúde, foi cancelada e substituída pela Súmula 608/STJ que possui o seguinte teor:

> *"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."*

Conforme o Estatuto da CASSEMS, esta atua na modalidade autogestão, razão pela qual é inaplicável o CDC. Vejamos:

> *"Art. 1º A Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul é pessoa jurídica de direito privado, associação civil de fins assistenciais não lucrativos,* ***na modalidade de autogestão****, constituída em Assembleia Geral de 16 de fevereiro de 2001, com sede na Rua Antonio Maria Coelho, 6.065, na cidade de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, passando a utilizar a abreviatura CASSEMS como sua marca."* (g.n.)

Todavia, esse entendimento não implica que nunca o contrato entabulado entre as partes irá se sujeitar ao CDC. Na realidade, segundo o art. 35-G da Lei n. 9.656/98, está previsto expressamente a submissão dos contratos entre usuários e operadoras de planos de saúde, subsidiariamente, às disposições da Lei nº 8.078/90.

No caso dos autos, o autor/apelado fez um exame de tomografia computadorizada de tórax, no qual restou demonstrada a presença de um nódulo, sendo solicitado pelo seu médico o exame de PET SCAN (oncológico), a fim de se verificar a malignidade do nódulo pulmonar solitário, diante da suspeita de câncer no pulmão, fazendo-se necessária a realização do aludido exame.

Note-se que o tratamento acima foi recomendado, em caráter de emergência, diante da gravidade do quadro de saúde do apelado (63 anos de idade, portador de Doença pulmonar obstrutiva crônica, enfisema pulmonar difuso e nódulo espiculado com densidade de partes moles em lobo superior direito, com possibilidade de malignidade, f. 17).

Relatou que teve seu pleito negado pela CASSEMS, justificando a impossibilidade de realização do exame pela condição clínica do paciente, dizendo que este não atende aos requisitos da Diretriz de Utilização (DUT) da RN 387/15, atualizada pela RN 407/2016.

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes nos seguintes termos:

> *"Diante do exposto e, por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido inicial constante desta Ação de Obrigação de fazer c/c tutela de urgência proposta por Ivan Pedro de Medeiros Sobrinho em face de CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado do Mato Grosso do Sul para convolar em definitiva a tutela de urgência deferida às f. 22-24; e ao pagamento da indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros de mora de 1% ao mês a contar da data da citação e correção monetária, será pela variação do IGPM-FGV a incidir da data desta sentença e, quando alcançar o termo inicial da correção monetária, que é da data do seu arbitramento, a atualização será pela taxa Selic; e, em consequência, declaro extinto o processo com resolução do mérito, o que faço com fundamento no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.*
>
> *Custas pela requerida, que fica condenada a honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme artigo 85, § 2.º da Lei Processual."* (f. 235)

O artigo 35-C da Lei 9.656/98, com a redação recebida pela Lei 11.935/09, obriga as operadoras e administradoras dos planos de saúde a prestar cobertura nos casos de emergência e/ou urgência, hipótese esta expressamente mencionada no relatório médico.

> *"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;*
>
> *II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;"*

Esta é a posição desta Corte:

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – EXAME PET-SCAN – CÂNCER NOS RINS COM POSSÍVEL*

METÁSTASE PULMONAR – PEDIDO DO PROFISSIONAL MÉDICO – PLANO QUE INFORMA A POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PLEITEADO, MAS NÃO PARA O TIPO DA PATOLOGIA QUE ACOMETE A REQUERENTE – ABUSIVIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. É possível a exclusão da cobertura de certos procedimentos médicos por parte do plano de saúde, desde que haja respeito à legislação regente da matéria, não se podendo esquecer que a tais contratos se aplicam as previsões contidas no Código de Defesa do Consumidor. Mas, ainda que possível a limitação, importante considerar que devida a cobertura securitária quando prevista no contrato firmado entre as partes e em rol de procedimento da ANS. O rol de procedimento da ANS não é taxativo, constituindo-se em referência de cobertura mínima obrigatória para cada segmentação de planos de saúde. E, havendo a previsão para a realização do exame denominado PET-SCAN, este deve ser autorizado." (TJMS. Apelação Cível nº 0803796-31.2015.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 06/09/2017, p: 11/09/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – –TRATAMENTO ONCOLÓGICO – RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA DO EXAME PET CT POR PLANO DE SAÚDE. 1. Controvérsia centrada na discussão sobre se o plano de saúde é obrigado a custear/fornecer o exame médico pleiteado pelo paciente. 2. O contrato de seguro-saúde não necessita cobrir todas as despesas relativas à saúde, desde que seu objeto e, consequentemente, os riscos excluídos, resultem de cláusulas não abusivas e que tenham redação clara. No caso, a negativa de cobertura do exame foi indevida, visto que a apelante não comprova a existência de cláusula contratual expressa que exclua o exame dos procedimentos médicos cobertos pelo plano de saúde. 3. O contrato de seguro-saúde pode restringir as patologias cobertas pelo plano, mas não o tipo de tratamento a ser utilizado pelo médico. O rol da ANS, que dispõe sobre consultas, exames e tratamentos médicos, é meramente exemplificativo e, havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio do procedimento médico. 4. Apelação conhecida e não provida." (TJMS. Apelação Cível nº 0802442-39.2013.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 08/03/2017, p: 15/03/2017)

Assim, desde que evidenciada uma situação de urgência e emergência a exigir a prestação de um atendimento célere, sob pena de colocar em risco a vida, a saúde ou o bem estar físico do paciente, o plano de saúde está obrigado a prestar cobertura imediata, sobretudo neste caso específico, em que a negativa se deu por conta de uma falha interpretativa do conteúdo de dispositivos legais pela operadora, eis que há suspeita de câncer de pulmão, sendo notória a gravidade da doença em questão.

Não obstante o caráter de emergência, o entendimento da Corte Superior é de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, porém não o tipo de tratamento utilizado para o tratamento de cada uma. Nesse sentido:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE – ***PET-SCAN*** *– NEGATIVA DE COBERTURA. 1.* ***É abusiva a cláusula que exclui da cobertura do plano de saúde procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no referido plano. Precedentes****. 2. Agravo interno a que se nega provimento."* (STJ; AgInt-AREsp 1.179.389; Proc. 2017/0255767-5; SP; Quarta Turma; Relª Desª Maria Isabel Gallotti; Julg. 18/09/2018; DJE 26/09/2018; Pág. 1921) (grifei)

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL (CPC/2015) – PLANO DE SAÚDE. ***Prescrição médica para a realização de exame PET-scan/ct. Negativa da operadora. Alegação de que não consta no rol da ans. Recusa indevida****. Jurisprudência desta corte. Súmula nº 568/STJ. Agravo desprovido."* (STJ; REsp 1.726.268; Proc. 2017/0291713-0; SP; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Julg. 12/03/2018; DJE 22/03/2018; Pág. 5389) (grifei)

No que tange aos danos morais, a sentença merece reforma, isto porque possui natureza de extrapatrimonialidade, atingindo 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.

Flávio Tartuce elucida que a doutrina majoritária entende que os danos morais são aqueles decorrentes de violação aos direitos da personalidade:

> *"A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa visão que prevalece na doutrina brasileira."* (Manual de direito civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 462.)

Trata-se de dano extrapatrimonial que deve ser indenizado quando existente a violação a direito da personalidade, a ofensa ao princípio da dignidade humana.

Na hipótese, não vislumbro o alegado dano moral, porque o indeferimento do pedido de realização do exame fundou-se na ausência de cobertura contratual.

A jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de responsabilidade contratual, apenas a recusa injustificada é capaz de ensejar a condenação por dano moral.

Confira-se:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA – IMPLANTE DE STENT CORONÁRIO – DANO MORAL – OCORRÊNCIA – SÚMULA 83/STJ – AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1.* ***Nos termos da jurisprudência desta Corte, o mero descumprimento contratual não enseja indenização por dano moral. No entanto, nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, como ocorrido no presente caso, em que o paciente com doença coronária grave e risco de morte necessitava de urgência no procedimento para colocação de stents, o STJ é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento. Precedentes.*** *2. O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que nas relações contratuais, como na espécie, os juros de mora são devidos desde a citação. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento."* (AgInt no AREsp 972.764/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)
>
> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – PLANO DE SAÚDE – RECUSA INDEVIDA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE DE COBERTURA A TRATAMENTO NECESSÁRIO À RECUPERAÇÃO DO BENEFICIÁRIO – DANO MORAL CONFIGURADO – AGRAVO IMPROVIDO. 1. O Entendimento desta Corte é no sentido de que, havendo cobertura para determinada doença, consequentemente haverá cobertura para procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de enfermidades previstas no respectivo contrato. 2.* ***O mero descumprimento contratual não enseja a reparação moral, porém as situações de recusa injustificada de cobertura por parte de operadora de plano de saúde para tratamento do segurado, como se observa na espécie, caracterizam situação de especial violação dos diretos da personalidade, não se tratando de mero aborrecimento****. 3. Agravo interno improvido".* (AgInt no AREsp 964.873/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 03/02/2017)

Portanto, não há falar em condenação da seguradora ao pagamento de indenização por dano moral.

Assim, por todo o exposto, conheço do recuso de apelação e, no mérito, dou parcial provimento apenas para afastar a condenação à indenização por dano moral.

Nos termos do artigo 86 do Código de Processo Civil, condeno ambas as partes em 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo definitivamente em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, devendo, contudo, ser observado o disposto no § 3º, do art. 98, do mesmo diploma legal, em relação ao apelado, por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marcos Brito), após o relator rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 20/08/2019)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º vogal) diverge do Relator – para manter a condenação em danos morais gerado pelo descumprimento contratual – manter a sentença integralmente.

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS, nos autos de obrigação de fazer c/ pedido de tutela antecipada c/c indenização por Danos Morais, de nº 0808240-39.2017.8.12.0001, em que contende com Ivan Pedro de Medeiros Sobrinho, oferece recurso de Apelação Cível.

Não obstante os argumentos lançados pelo i. Relator, faço preambularmente as seguintes considerações acerca da questão dos danos morais, uma vez que o acompanho nos demais temas enfrentados, com a concessão da gratuidade processual e fornecimento de cobertura ao paciente pela caixa de assistência.

Como é cediço, as operadoras e administradoras dos planos de saúde são obrigadas a prestar cobertura nos casos de emergência e/ou urgência, hipótese esta expressamente mencionada no relatório médico, ou seja:

> *"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; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;"*

Ademais, por se tratar de contrato de plano de saúde, num primeiro momento, com base na Súmula n. 469 do STJ, incidiriam as regras do Código de Defesa do Consumidor: *"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde."* (Súmula 469, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010).

Entrementes, a Súmula 608 do STJ, de 11/04/2018, afastou a inaplicabilidade do CDC aos contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão: *"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."*

Efetivamente o Estatuto da requerida CASSEMS aponta sua atuação na modalidade autogestão, culminando no afastamento do CDC. Observe:

> *"Art. 1º. A Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul é pessoa jurídica de direito privado, associação civil de fins assistenciais não lucrativos, na modalidade de autogestão, constituída em Assembleia Geral de 16 de fevereiro de 2001, com sede na Rua Antonio Maria Coelho, 6.065, na cidade de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, passando a utilizar a abreviatura CASSEMS como sua marca."*

Não obstante esta situação, conjugando estas diretivas, havendo ambiguidades nas disposições contratuais e/ou existência de cláusulas restritivas de direito que não exponham, de forma clara, a limitação das coberturas contratuais, deve ser aplicada a que for mais favorável ao paciente, uma vez que se encontra em estado de urgência/emergência.

No caso vertente, infere-se que o recorrido ajuizou a presente ação de obrigação de fazer c/ pedido de tutela antecipada c/c indenização por danos morais, porquanto, o autor foi diagnosticado como portador de "doença pulmonar obstrutiva crônica - DPOC 9 estágio II" e que foi solicitado, por médico especialista, a realização do exame denominado Pet Scam (oncológico), devido a sua situação e seus antecedentes, conforme se observa no relatório médico (f. 17).

Conforme bem consignado na sentença o anexo da Resolução Normativa nº 428/2017 que revogou a Resolução Normativa 407/2016 da Agência Nacional de Saúde, elenca dentre outros, o PET-CT Oncológico, como referência básica para cobertura mínima obrigatória nos planos de saúde privado.

Por conseguinte, havendo previsão tanto contratual (urgência/emergência) como normativa (Resolução Normativa nº 428/2017) para cobertura pleiteada passo ao pedido de indenização por dano moral.

De acordo com o art. 186, do Código Civil *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

É cediço, ainda, que o direito à reparação do dano depende da concorrência daqueles três requisitos acima delineados, quais sejam, o fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

O dano moral caracteriza-se como aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, dentre outros.

De acordo com Arnaldo Rizzardo:

> *"O dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos."*

Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, "*os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito",* que devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos, etc. (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 246.)"

O dano moral, no caso, restou demonstrado na medida em que restou negada pela recorrente a realização do exame pretendido, nos seguintes termos (f. 20):

Considerando condição clínica expressa na documentação apresentada, a solicitação não atende aos critérios da Diretriz de Utilização (DUT) da RN 387/15 atualizada pela RN 407/2016.

Assim, informamos que o pedido de autorização para cobertura de **PET CT SCAN**, foi indeferido, com fundamento na Lei 9.656/98 e RN nº 378/15 atualizada pela RN 407/2016 expedida pela ANS.

Sendo essas nossas considerações ficamos à disposição para esclarecimentos.

Atenciosamente, Diego Luciano Fernandes da Silva Auditor Técnico de Gestão CASSEMS

CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – CASSEMS

Desta forma, há comprovação da extensão correspondente, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias e consequências alhures descritas.

Além disso, tem-se que o dissabor experimentado pela parte autora foi além do transtorno normal de vida, caracterizando dano moral indenizável. Não merece amparo, portanto, a alegação de que o dano moral não restou devidamente comprovado, notadamente considerando tratar-se de violação a um bem jurídico extrapatrimonial, que alcança a esfera psíquica do lesado, como de ordinário acontece, independe da prova de sua existência, decorrente da própria conduta lesiva.

A conduta lesiva (injusta negativa de cobertura), o resultado danoso (abalo emocional decorrente da indevida negativa causando grande aflição à paciente) e o nexo causal entre uma e outro (contrato de plano de saúde com desconto em demonstrativo de pagamento visando a cobertura de exames e acompanhamento médico – f. 15), permitem concluir pelo dever de indenizar.

Outro não é o entendimento da jurisprudência, conforme se destaca dos julgados a seguir mencionados:

> *"CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – TRATAMENTO – DOENÇA*

– COBERTURA – RECUSA INJUSTIFICADA – DEVERES ANEXOS OU LATERAIS – BOA-FÉ OBJETIVA – VIOLAÇÃO – DANO MORAL – OCORRÊNCIA. 1. O propósito recursal é determinar se a negativa da seguradora ou operadora de plano de saúde em custear tratamento de doença coberta pelo contrato tem, por si só, a aptidão de causar dano moral ao consumidor segurado. 2. Embora o mero inadimplemento, geralmente, não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o abalo aos direitos da personalidade advindos da recusa indevida e ilegal de cobertura securitária, na medida em que a conduta agrava a já existente situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado. 3. A recusa indevida e abusiva de cobertura médica essencial à cura de enfermidade coberta por plano de saúde contratado caracteriza o dano moral, pois há frustração da justa e legítima expectativa do consumidor de obter o tratamento correto à doença que o acomete. 4. Existem situações, todavia, em que a recusa não é indevida e abusiva, sendo possível afastar a presunção de dano moral, pois dúvida razoável na interpretação do contrato não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização. 5. O critério distintivo entre uma e outra hipótese é a eventualidade de a negativa da seguradora pautar-se nos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, a qual impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca colaboração, notadamente, com a prestação das informações necessárias ao aclaramento dos direitos entabulados no pacto e com a atuação em conformidade com a confiança depositada.

6. ***In casu, o tratamento para a doença (neoplasia) por meio de radioterapia teria sido previsto no contrato, e a negativa de cobertura teria sido justificada pelo fato de o método específico de tratamento não estar previsto na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Como a negativa de cobertura não estava expressa e destacada no contrato e como o tratamento seria necessário e indispensável à melhora da saúde, a recusa ao custeio do tratamento mostra-se injusta e decorrente de abuso, violando a justa expectativa da parte, o que revela a existência de dano moral a ser indenizado.*** *7. Recurso especial conhecido e provido."* (REsp 1651289/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 05/05/2017). Destaque

"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – PLANO DE SAÚDE – RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL A GERAR DANO MORAL INDENIZÁVEL – REEXAME DE PROVAS – DESNECESSIDADE – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1.- É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, sem que, para tanto, seja necessário o reexame de provas, mas a modificação da qualificação jurídica dos fatos reconhecidos pelo Acórdão recorrido. (...) 3.- Agravo Regimental improvido." (STJ - AgRg no REsp: 1256195 RS 2011/0122909-1, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 20/08/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 05/09/2013)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE – LEI Nº 9.656/98 – IRRETROATIVIDADE – RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO – DANO MORAL. 1. A orientação jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que é abusiva, mesmo para os contratos celebrados antes da Lei 9.656/98, a cláusula contratual que exclui da cobertura a colocação de próteses necessárias ao restabelecimento da saúde do segurado. 2. Agravo regimental não provido." (STJ - AgRg no AREsp: 290063 RJ 2013/0038860-4, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 07/11/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 20/11/2013)

"PLANO DE SAÚDE – RECUSA INDEVIDA DE CUSTEAR TRATAMENTO MÉDICO – DOENÇA PREEXISTENTE – INEXISTÊNCIA – DANO MORAL CONFIGURADO – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – INEXISTINDO PROVA DE DOENÇA PREEXISTENTE, FIGURA-SE INDEVIDA A RECUSA DE CUSTEAR O TRATAMENTO MÉDICO DO AUTOR. A jurisprudência vem reconhecendo a existência de danos morais nas hipóteses de injusta recusa de cobertura de seguro saúde, por agravar a situação de

aflição psicológica e de angústia do beneficiário do plano de saúde. Na fixação do dano moral já se decidiu que o juiz deve ser a um só tempo razoável e severo, pois só assim atenderá a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado e de desincentivar a reincidência. A indenização deve ser razoavelmente expressiva, sem que seja fonte de enriquecimento." (TJ-SP - APL: 994060259701 SP, Relator: Jesus Lofrano, Data de Julgamento: 09/02/2010, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/02/2010)

Assim, presentes os requisitos autorizadores, a indenização por dano moral é devida, cabendo apenas verificar se o valor da indenização fixada é condizente com a realidade econômica das partes envolvidas, se serve de reprimenda pelo ato abusivo, bem como se foi arbitrada com a razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse ponto, na apuração da indenização por dano moral, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento.

Nesse propósito, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta. De outro lado, não se pode perder de vista que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Assim, considerando o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, a potencialidade lesiva do dano e a necessidade da vítima, bem como a finalidade da responsabilização, tenho que o valor indenizatório de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme firmado na sentença (f. 235), condiz com a esfera de possibilidade da requerida, a qual detém vários reconhecimentos, dentre eles *"pelo sexto ano consecutivo, foi classificada entre as 100 maiores do Centro-Oeste. Em 2014, como a 5ª posição em todo o Estado e a 78ª da região Centro-Oeste."*[1].

Logo, evidencia-se, por estes números, não só a capacidade, mas a responsabilidade desta caixa de assistência por abranger fatia extensa dos planos de saúde no Estados de Mato Grosso do Sul, razão pela qual os danos morais devem ser mantidos em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), por se apresentar adequado à realidade dos fatos e estar de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante do exposto, peço vênia ao i. Relator para divergir e negar provimento, mantendo integralmente a sentença, inclusive, quanto aos danos morais fixados no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em consequência, conforme estabelece o artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, e majoro os honorários advocatícios de 10% para 11% sobre o valor da condenação.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar. No mérito, a conclusão de julgamento foi adiada, em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Geraldo), convocado nos termos do artigo 942 do CPC, após o relator acompanhado pelo 2º vogal darem parcial provimento, vencido o 1º vogal que negava provimento. O 4º vogal aguarda.

VOTO (EM 27/08/2019)

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (3º vogal)

Pedi vista dos autos para análise da matéria relativa a condenação da apelante (CASSEMS) ao pagamento de indenização pelos danos morais causados ao apelado.

Verifico que no caso há o dever de indenizar, uma vez que, a injusta negativa de cobertura para a realização de exame PET SCAN trouxe ao apelado mais que meros dissabores, pois, ao requerer a autorização

1 http://www.cassems.com.br/#conheca/reconhecimentonomercado

ao plano de saúde o apelado já se encontrava em situação de dor, abalo psicológico e com saúde debilitada, especialmente por se tratar de suspeita de câncer de pulmão e, a negativa injusta e abusiva por parte da apelante em autorizar um exame específico para o sucesso no tratamento certamente causou grande aflição e abalo a ordem moral e psicológica do recorrido.

Sendo assim, acompanho o 1º vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (4º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator e o 2º vogal que davam parcial provimento. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0805656-75.2017.8.12.0008 - Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DECRETAÇÃO DE CONFIDENCIALIDADE DE AVERBAÇÃO – PRETENSÃO DE TER OMITIDA NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO A INTERDIÇÃO INICIAL DO AUTOR - REJEITADA - MANUTENÇÃO DA INFORMAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O artigo 1º, da Lei de Registros Públicos dispõe que "*Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei." (sic).*

As informações quanto a interdição inicial do requerente e posterior revogação por determinação judicial, decorre da lei e da necessidade de evitar fraudes e, consequentemente, prejuízos a terceiro, haja vista a efetiva existência de um período em que o demandante ficou interditado, tempo e situações estas que não podem ser omitidas, já que o fato inicial (interdição) não foi anulado, mas apenas revogada, persistindo-se os seus efeitos enquanto existiu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de setembro de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Jone Grey Menezes de Oliveira, nos autos da Ação de Confidencialidade de Averbação de nº 0805656-75.2017.8.12.0008 em que contende com Oficial do Registro Civil da Comarca de Corumbá/MS, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que a necessidade de decretação de confidencialidade de averbação, com a finalidade de ocultar a informação no assento de seu nascimento, referente a sua interdição e a revogação desta, decorre de que tal fato lhe traz profundo constrangimento perante pessoas que não necessitam ter acesso a tais aspectos de foro particular e cria um obstáculo para o alcance de uma vida digna, sem acarretar prejuízos a terceiro.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, conforme arrazoado.

Intimado para apresentar resposta, o recorrido deixou transcorrer o prazo sem manifestação.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento da súplica.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

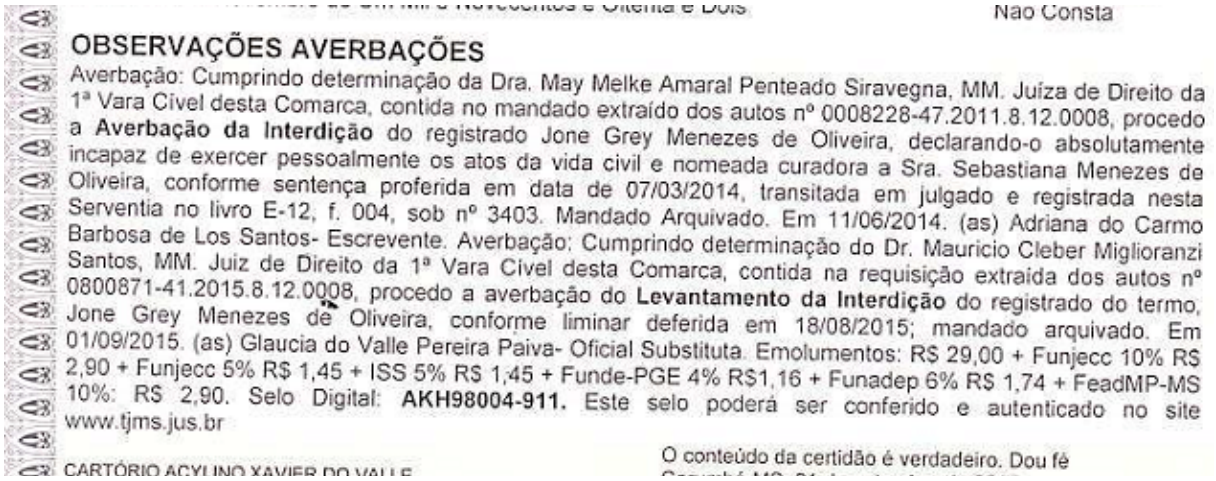
Jone Grey Menezes de Oliveira, nos autos da Ação de Decretação de Confidencialidade de Averbação de nº 0805656-75.2017.8.12.0008 em que contende com Oficial do Registro Civil da Comarca de Corumbá/MS, oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Conforme relatado, o recorrente insurge-se contra a sentença que julgou improcedente o seu pedido inicial, sob o fundamento de que a pretendida alteração do registro público de nascimento afronta a publicidade registral e sua não observação poderá implicar em consequências jurídicas a terceiros de boa-fé.

Sustenta o apelante que o mencionado julgamento deve ser reformado, pois a decretação de confidencialidade de averbação, com a finalidade de ocultar a informação no assento de seu nascimento, referente a sua interdição e a revogação desta, decorre de que tal fato lhe traz profundo constrangimento perante pessoas que não necessitam ter acesso a tais aspectos de foro particular e cria um obstáculo para o alcance de uma vida digna, sem acarretar prejuízos a terceiro.

Consta da observação averbada na certidão de nascimento do autor:



Não Consta

OBSERVAÇÕES AVERBAÇÕES

Averbação: Cumprindo determinação da Dra. May Melke Amaral Penteado Siravegna, MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível desta Comarca, contida no mandado extraído dos autos nº 0008228-47.2011.8.12.0008, procedo a **Averbação da Interdição** do registrado Jone Grey Menezes de Oliveira, declarando-o absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil e nomeada curadora a Sra. Sebastiana Menezes de Oliveira, conforme sentença proferida em data de 07/03/2014, transitada em julgado e registrada nesta Serventia no livro E-12, f. 004, sob nº 3403. Mandado Arquivado. Em 11/06/2014. (as) Adriana do Carmo Barbosa de Los Santos- Escrevente. Averbação: Cumprindo determinação do Dr. Mauricio Cleber Miglioranzi Santos, MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível desta Comarca, contida na requisição extraída dos autos nº 0800871-41.2015.8.12.0008, procedo a averbação do **Levantamento da Interdição** do registrado do termo, Jone Grey Menezes de Oliveira, conforme liminar deferida em 18/08/2015; mandado arquivado. Em 01/09/2015. (as) Glaucia do Valle Pereira Paiva- Oficial Substituta. Emolumentos: R$ 29,00 + Funjecc 10% R$ 2,90 + Funjecc 5% R$ 1,45 + ISS 5% R$ 1,45 + Funde-PGE 4% R$1,16 + Funadep 6% R$ 1,74 + FeadMP-MS 10%: R$ 2,90. Selo Digital: **AKH98004-911.** Este selo poderá ser conferido e autenticado no site www.tjms.jus.br

CARTÓRIO ACYLINO XAVIER DO VALLE

O conteúdo da certidão é verdadeiro. Dou fé

Em virtude da ação de levantamento de interdição, proposta pelo requerente, foi proferida pelo Juízo de Corumbá/MS, sentença de procedência ao seu pleito, nos autos da Ação de nº 0800871-41.2015.8.12.0008:

> *"Posto isso, fulcro no art. 487, inciso I, do NCPC, julgo procedente a pretensão inicial e, por conseguinte, revogo a interdição decretada em desfavor de Jone Grey Menezes de Oliveira, qualificado nos autos.*
>
> *Deixo de condenar em custas e honorários a curadora por ausência de efetiva resistência, pautado no princípio da causalidade.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes com representação nos autos.*
>
> *Transitada em julgado pela preclusão lógica, já tendo sido comunicados o Registro Civil e a Justiça Eleitoral, expeça-se a certidão sobre os honorários periciais e, após, arquive-se com baixa."* (sic, p. 12)

Pois bem. Estabelece o artigo 109, da Lei n. 6.015/73 (Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências:

> *"Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no registro Civil, crequererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório."*

Ocorre que o artigo 1º, da Lei de Registros Públicos dispõe que :"*Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.*" (sic), de modo que, no presente caso, não há se falar em reforma da sentença, eis que corretamente rejeitou a pretensão deduzida na inicial.

Ora, as informações quanto a interdição inicial do requerente e posterior revogação por determinação judicial, decorre da lei e da necessidade de evitar fraudes e, consequentemente, prejuízos a terceiro, haja vista a efetiva existência de um período em que o demandante ficou interditado, tempo e situações estas que não podem ser omitidas, já que o fato inicial (interdição) não foi anulado, mas apenas revogada, persistindo-se os seus efeitos enquanto existiu.

Ademais, mesmo eventual constrangimento pelo fato discutido, não restou comprovado neste feito, tratando-se a tese autoral, apenas de hipóteses sem indicação de caso específico ocorrido com o recorrente.

Aliás, neste sentido é o bem lançado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, cuja uma parte transcrevo:

> *"(...)*
>
> *Valendo-se de todas as informações contidas nos autos, não se monstra razoável comprometer a segurança jurídica em prol de suprir futura e incerta ofensa ao direito de personalidade do apelante. Conforme dito, é inadmissível o cancelamento da referida averbação.*
>
> *Diante de todo exposto e por restarem ausentes elementos hábeis a desconstituir a averbação da interdição, ainda que revogada, no Registro Brasileiro de Nascimento do apelante, a sentença deverá ser mantida.*
>
> *(...)"* (sic, p. 105)

Logo, inexistindo fundamento legal para a alteração da certidão de nascimento do suplicante, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso de apelação de Jone Grey Menezes de Oliveira, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

Deixa-se de majorar os honorários de sucumbência por não se aplicar a hipótese à situação destes autos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 10 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0550110-07.2003.8.12.0009 - Costa Rica

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – COMPROVADOS – SERVIDORES PÚBLICOS QUE SE APROPRIARAM DE VALORES INTEGRANTES DO ACERVO PATRIMONIAL DO PODER JUDICIÁRIO – REQUERIDOS CONDENADOS NO ÂMBITO CRIMINAL – PERÍODO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E VALOR DA MULTA – NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO, EM ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS LEGAIS – APURAÇÃO DA EXTENSÃO DOS DANOS EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – MANTIDA – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – EXCLUÍDA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO – RECURSO DA REQUERIDA PARCIALMENTE ACOLHIDO E RECURSO DO REQUERIDO DESPROVIDO.

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, dar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, dar parcial provimento ao recurso de M.J. de M. e negar provimento ao recurso de G.J.B., nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Ministério Público Estadual, M.J. de M. e G.J.B. interpõem cada qual recurso de apelação, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Costa Rica, que julgou procedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo *Parquet*, para o fim de condenar os requeridos no ressarcimento integral do dano, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por seis anos, além de fixar multa no valor de 70% do dano a ser ressarcido.

Em seu recurso (f. 1.433-1.437), o Ministério Público alega que a suspensão dos direitos políticos e a multa civil teriam sido fixados em período e *quantum* inferiores aos parâmetros legais, considerando a gravidade das condutas. Dessa forma, requer o provimento do recurso, para que se proceda ao adequado dimensionamento das referidas sanções.

Em contrarrazões (f. 1.504-1.520 e 1.564-1.568), os requeridos rechaçam as razões recursais. Sustentam que sequer haveria provas de enriquecimento ilícito e demais condutas a eles atribuídas, de modo que nem mesmo deveriam sofrer requeridas condenações cuja majoração o Ministério Público pretende. Ademais, este não poderia pedir a majoração de forma genérica, devendo apontar qual a sanção que entende correta. Assim, pugnam pelo desprovimento do recurso.

Em seu recurso (f. 1.466-1.474), o requerido G. assevera insuficiência de provas para a condenação. Cita trechos de seu depoimento e de testemunhas que corroborariam suas alegações. Assim, não teria infringido o disposto no artigo 9º, da Lei nº 8.429/1992, razão pela qual pleiteia o provimento do apelo, a fim de que a ação seja julgada improcedente.

Em seu recurso (f. 1.482-1.498), a requerida M. obtempera que faltariam provas do enriquecimento ilícito a ela imputado, sendo que a tese e os recursos contidos na sentença não seriam aplicáveis. Assim, devem ser excluídas as penalidades referentes ao artigo 12 e ao artigo 9º da Lei de Improbidade. Ainda que mantido o *decisum*, entende que o *quantum* da condenação deve ser fixado nesta fase processual. Irresigna-se, ainda, com respeito às penas de suspensão dos direitos políticos e multa civil e, dessa forma, requer o provimento do recurso, para que a ação seja julgada improcedente ou, ao menos, sejam excluídos determinados itens condenatórios.

Em contrarrazões (f. 1.527-1.530), o Ministério Público rebate as alegações recursais. Sustenta que houve a produção de provas suficientes para demonstração da improbidade por parte dos requeridos, citando trecho da sentença que indicaria precisamente o acervo probatório. Discorre sobre as demais pretensões dos requeridos, as quais considera improcedentes, razão pela qual pugna pelo desprovimento dos apelos.

Em seu parecer (f. 1.577-1.590), a Procuradoria de Justiça opinou pelo acolhimento do recurso interposto pelo Ministério Público, parcial provimento do apelo de M.J. de M. e desprovimento do recurso de G.J.B.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Diante dos argumentos esposados pelos apelantes, tenho que o recurso do Ministério Público deve ser acolhido, o recurso do requerido G. rejeitado e o apelo da requerida M. parcialmente provido.

Primeiramente, as alegações recursais dos requeridos quanto à condenação por improbidade e seu enquadramento legal não merecem guarida. Em sentido diametralmente oposto à alegada insuficiência de provas, dessume-se dos autos a existência de farto e relevante conjunto probatório que indica o desvio de verbas relativas a processos perante à 1ª Vara da Comarca de Costa Rica, concernentes a fianças, apreensões, entre outros.

Vale ressaltar que, conforme anotado na origem, o dinheiro em poder da administração constitui verba pública, ainda que objeto de discussão judicial por particulares. Nesse contexto, a prova testemunhal foi substancial em confirmar o desvio de verbas de processos. Foram colhidos depoimentos de Promotora de Justiça atuante na Comarca, Gerente de Banco, Escrevente da respectiva Vara, todos atestando a ocorrência ímproba por parte dos requeridos.

Referidos depoimentos são corroborados pelo significativo volume de documentos acostados aos autos, dentre os quais depreende-se a existência recibos assinados pelos requeridos relativos a pagamento de parcelas de multa diretamente a eles realizado, apropriação de valores referente a fiança de ação penal, bem como extravio de processos judiciais.

Evidentemente que a condenação dos requeridos na seara criminal fulmina qualquer escusa de sua parte, confirmando a apuração de improbidade administrativa realizada nesta ação civil pública. Vale destacar que as ações penais versam sobre os crimes de peculato, falsidade ideológica e extravio de documento público.

Não obstante não esteja evidenciada evolução patrimonial desproporcional dos demandados, consoante observado pelo Juízo de origem,

> *"(...) é mister ressaltar que foi claramente demonstrada a apropriação indevida de valores pelos réus, o que é o bastante para caracterizar a improbidade, ante a ocorrência das hipóteses previstas em incisos dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA (...) No caso da hipótese de improbidade do art. 9º, ficou provada a incorporação de bens no patrimônio, na forma do art. 9º XI da LIA."* (f. 1.423-1.424).

Portanto, os réus realmente incorreram em condutas ímprobas, que violam os princípios da administração pública e causam prejuízo ao erário, de modo que lhes cabem as penalidades descritas nos incisos I, II e III, do artigo 12, da Lei nº 8.429/1992, em decorrência, respectivamente, das violações aos artigos 9º, XI, 10, I, e 11, I e II (f. 1.428).

Ora, uma vez ocorrido o enquadramento das condutas também no inciso I do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, por certo não pode a suspensão dos direitos políticos ser estabelecida em período inferior ao mínimo previsto no dispositivo, de modo que há de ser majorada para oito anos. Da mesma forma, mostra-se necessário, diante da gravidade dos fatos, aumentar a multa civil para o valor correspondente a integralidade da quantia a ser ressarcida aos cofres públicos.

Reputo conveniente transcrever trecho do parecer da Procuradoria de Justiça, que corrobora as razões aqui esposadas (f. 1.580, 1.581 e 1.587):

> *"Segundo consta, os requeridos são funcionários do Poder Judiciário deste estado, lotados na 1ª Vara Criminal da Comarca de Costa Rica, tendo os mesmos feito uso do cargo que ocupam para apropriarem-se de valores atinentes a fianças, processos de busca e apreensão, honorários, etc., incorporando ao seu patrimônio particular valores integrantes do poder público. Pela mesma conduta os requeridos respondem a duas ações penais (crimes de peculato, falsidade ideológica e extravio de documento público), a procedimento administrativo e ainda a Inquérito Policial, o que se revelam amplamente possível.*
>
> *(...)*
>
> *Além de se apropriar de valores em casos de fiança e transação, os requeridos também se apropriaram de verbas oriundas de depósito de pensão de alimentos, vindo a atingir vítimas hipossuficientes, bem como de honorários da Defensoria Pública.*
>
> *A somar, restou igualmente comprovado o cumprimento pelos requeridos de suas funções com considerável desídia, considerando a morosidade excessiva com que conduziam os processos, bem como que deixaram de cumprir indevidamente atos de ofício.*
>
> *(...)*
>
> *Assim sendo, tendo em vista a gravidade do ato praticado pelos requeridos, torna-se necessária o acolhimento do pedido recursal, no sentido de proceder o adequado dimensionamento das sanções da suspensão dos direitos políticos e da multa civil aplicada aos apelados, o que se revela verdadeiramente razoável e proporcional.*
>
> *Por fim, no que tange a insurgência recursal quanto à condenação ao pagamento de honorários ao Ministério Público, verifica-se que na conformidade do entendimento já sedimentado pelos Tribunais superiores, o artigo 128, § 5°, II, "a", da Constituição Federal, afasta a incidência de honorários advocatícios nas ações vencidas pelo Ministério Público, cujos membros estão impedidos de percebê-los 'sob qualquer pretexto'."*

Em que pese o pedido da requerida M. de arbitramento, nesta fase, do valor a ser ressarcido, tenho que deve prevalecer o *decisum* no que tange a apuração em sede de liquidação de sentença, procedimento em que será possível perquirir com melhores condições e maior precisão a montante apropriado indevidamente, inclusive com a realização de perícia técnica, em sendo o caso.

O recurso da requerida deve ser acolhido, porém, com respeito aos honorários advocatícios, cuja exclusão da condenação é imperiosa, diante da expressa vedação constitucional de fixação em favor do Ministério Público, conforme por ele próprio delineado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo requerido G.J.B.; dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela requerida M.J. de M., apenas para excluir da sentença a condenação relativa a honorários advocatícios; e dou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de majorar a suspensão dos direitos políticos para oito anos e a multa civil para o valor correspondente à integralidade da quantia a ser ressarcida aos cofres públicos. No mais, mantenho a Sentença de origem, em seus termos e por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, deram parcial provimento ao recurso de M.J. de M. e negaram provimento ao recurso de G.J.B., nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Nélio Stábile
Conflito de Competência Cível nº 1600006-67.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – QUESTÃO QUE ENVOLVE CONFLITO ENTRE VARA DA INFÂNCIA, ADOLESCÊNCIA E DO IDOSO, VARA DE FAZENDA PÚBLICA E DE REGISTROS PÚBLICOS E VARA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – DISCUSSÃO SOBRE NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES DE ATENDIMENTO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM LEI – FISCALIZAÇÃO DAS UNIDADES DE ATENDIMENTO AOS MENORES – UNEIS – MELHORIA DAS CONDIÇÕES ESTRUTURAIS – RELAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DOS MENORES, OU QUALQUER OUTRA QUESTÃO TUTELADA PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OU QUE DEPENDA DE ATUAÇÃO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA E DE REGISTROS PÚBLICOS – COMPETÊNCIA DA 2ª VARA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS DE ACORDO COM RESOLUÇÃO 221/94 – ART. 2º, LETRA "U" – CONFLITO IMPROCEDENTE.

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

Campo Grande, 24 de setembro de 2019.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos Comarca de Campo Grande, em face do Juiz de Direito da Vara da Infância, Juventude e Idoso, Vara da Infância e da Juventude e da 2ª Vara da Fazenda Pública de Campo Grande.

O suscitante alegou que o endereçamento realizado na petição inicial está correto, porque compete a Vara da Infância, da Juventude e do Idoso conhecer do pedido, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente como também, na Resolução 221/94 do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Admitido o processamento, nos termos do que preceitua o art. 471 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça/MS, foram requisitadas informações aos suscitados. O Juízo da Vara da Infância e Adolescência e do Idoso, que alega ser o pedido principal a fiscalização das entidades de atendimento de adolescentes em conflito com lei, ou seja, refere-se especificamente à competência do Juiz Corregedor, responsável pela fiscalização das unidades, com poder de interdição daquelas, acaso haja constatação de irregularidades nas Uneis. Não há matéria afeta à crianças e adolescentes.

Por outro lado, o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos argumenta que a pretensão da ação originária é *"obter melhorias das condições estruturais de uso e fruição das unidades de internação*" e que, no caso, a competência é da Vara de Direito Difusos (Resolução 221/94).

A Procuradoria de Justiça entende que a competência é da Vara da Infância e Adolescência, porque a ação busca melhorias que proporcionem maior proteção aos interesses de crianças e adolescentes. Postulou pela procedência ao conflito.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

O Conflito de Competência deve ser julgado improcedente.

Isso porque o objeto dos autos de origem tem como celeuma principal a suspensão das atividades das unidades de internação feminina "Estrela do Amanhã" e masculina "Dom Bosco" e respectiva interdição temporária de ambas as unidades, com consequente proibição de recebimento de novos adolescentes pelo tempo que perdurarem as irregularidades, com a determinação judicial específica de regularizar, em prazo judicialmente determinado, as respectivas unidades para o fim da obtenção da certificação do corpo de bombeiros e alvarás da vigilância sanitária, bem como sejam efetuadas as inscrições do programa de atendimento socioeducativo de internação no Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente do Estado de Mato Grosso do Sul, postulando pelo bloqueio de bens e penhora de valores, com fixação de multa diária, além da condenação por danos morais coletivos, realização de inspeção judicial nas Unidades de Internação mencionadas, além de outras medidas.

Pois bem.

Não vislumbro ser o caso de competência da Justiça Especializada da Infância por não estar presente nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que versa sobre situações em que a criança e o adolescente encontram-se em situação vulnerável, em que o interesse do menor é indiscutível.

Isso porque o objeto dos autos de origem, como já mencionado, não tratam especificamente de criança ou adolescente em situação vulnerável (até porque estão acolhidos em entidades legais). O que se discute naquele, são as condições estruturais das unidades, pelo que não há se falar em interesse primário de menor a ser tutelado na ação.

Também não está presente nenhum dos interesses tutelados pelo artigo 98, do ECA, que versa sobre ações de guarda, tutela, destituição de poder familiar, suprimento de capacidade, emancipação, curadoria especial, alimentos, dentre outras.

Assim, entendo ser o caso de competência do Juízo suscitado, a saber, o da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, por aplicação do disposto no artigo 2º, alínea "*u*", da Resolução/TJMS nº 221/1994, que estabelece:

> *"Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:*
>
> *(...)*
>
> *u) aos das Varas de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, processar e julgar: (alterada pelo art. 8º da Resolução nº 87, de 8.5.2013 – DJMS, de 10.5.2013.) 1. as ações populares; 2. o mandado de segurança coletivo; 3. as ações civis públicas; 4. as ações de improbidade administrativa; 5. as ações relativas aos portadores de necessidades especiais, exceto quando ajuizadas contra a Fazenda Pública Estadual ou Municipal; 6. as*

> *ações relativas aos investidores no mercado de valores mobiliários; 7. as ações relativas à ordem econômica e economia popular; 8. a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, em favor das pessoas idosas; 9. as relativas à ordem urbanística; 10. as relativas ao Estatuto da Cidade; 11. toda e qualquer ação envolvendo interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, proposta pelo Ministério Público ou por qualquer dos legitimados previstos em lei, mesmo que em litisconsórcio, com exceção das ações envolvendo interesses da infância e da adolescência."* (Alterado pelo art. 2º da Resolução nº 187, de 1º.11.2017 – DJMS, de 6.11.2017.) (Alínea "u" alterada pelo art. 2º da Resolução nº 525, de 6.6.2007 – DJMS, de 14.6.2007.)

Ora, em sendo estabelecido sua competência para processar e julgar as ações civis pública, não há que se declarar incompetente, porquanto, reafirmo, o pedido principal não trata de qualquer vulnerabilidade de menor para que a Vara da Infância e Adolescência interfira e seja a competente; também não é de competência das Varas de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande, porquanto aquelas são aptas a processarem e julgar os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público, com exceção daqueles de competência das Varas de Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos, nos termos da Resolução já mencionada, art. 2º, letra "b".

Dessa forma, no caso em análise, a competência se fixa no Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que é o Juízo Suscitante, porque apto a processar e julgar a ação civil pública, do que decorre a improcedência do presente conflito.

Ante o exposto, com fundamento no disposto no artigo 951, e seguintes úteis, do Código de Processo Civil, julgo improcedente o presente conflito de competência, para o fim de manter a competência do Juízo Suscitado, qual seja, o da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande para conhecer e julgar a ação originária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente o conflito de competência, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 24 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Nélio Stábile
Agravo de Instrumento nº 1404293-57.2019.8.12.0000 – Miranda

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA ACERCA DE PEDIDO DE INCLUSÃO DE TERCEIROS NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – NULIDADE DA DECISÃO – NECESSIDADE DE POSTERIOR INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA EVENTUAL INCLUSÃO DE TERCEIROS NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO – RECURSO 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, 24 de setembro de 2019.

Des. Nélio Stábile – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Nova Cap Empreendimentos Imobiliários Ltda interpõe o presente agravo de instrumento, com pedido de liminar e efeito suspensivo, em face de Jefferson Yamada, Michely Bruning Yamada, irresignada com a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS, que deferiu o pedido dos agravados para inclusão das empresas Metrópole Imóveis Ltda LA Administração de Imóveis Ltda. e Nelson Benedito Consultoria Imobiliária Ltda. no polo passivo da presente demanda, fundamentando a decisão com amparo na conexão entre os sócios das empresas, exploração de atividade da mesma natureza, local onde se encontram instaladas e continuidade de exploração do uso da marca.

Alega que a decisão deve ser reformada, haja vista que não foi oportunizada manifestação da recorrente acerca do pedido de desconsideração da personalidade jurídica e inclusão das referidas empresas no polo passivo da demanda, o que feriu os princípios do contraditório, ampla defesa e também o princípio da vedação à decisão surpresa. Alega ainda inobservância do regramento previsto no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil pelo Juízo condutor, que se refere ao procedimento taxativo de desconsideração da personalidade jurídica.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Examinando-se as razões recursais, tenho que possuem o condão de suplantar os fundamentos esposados pelo Juízo condutor, que entendeu pelo deferimento do pedido formulado pelos requerentes para inclusão das empresas Metrópole Imóveis Ltda., LA Administração de Imóveis Ltda e Nelson Benedito Consultoria Imobiliária Ltda no polo passivo da demanda, sem oportunizar ao agravante que se manifestasse sobre tal pedido.

Os agravados postularam reconhecimento de sucessão empresarial e procederam a juntada de documentos novos às f. 378-424 do feito principal, tendo o Juízo condutor, inclusive, citado tais documentos para fundamentar referida decisão.

No entanto, não houve intimação do agravante para que tomasse ciência e se manifestasse sobre a petição e documentos juntados, tendo o magistrado *a quo* incorrido em flagrante violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

De efeito, é vedado ao julgador decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado oportunidade às partes de se manifestar, de modo que a juntada de documentos novos por uma das partes exige intimação da outra para manifestar sobre sua admissibilidade, autenticidade, veracidade etc., nos termos dos art. 9º e 10, do CPC, que assim disciplinam:

> *"Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.*
>
> *Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:*
>
> *I - à tutela provisória de urgência;*
>
> *II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III.*
>
> *III - à decisão prevista no art. 701.*
>
> *Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."*

A decisão proferida em ofensa a esses preceitos constitucionais e processuais representa violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, fulminando a decisão de nulidade.

Os citados artigos trazem expressa previsão do princípio da vedação à decisão surpresa, que está em consonância com as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, caput e LIV) e do contraditório (art. 5º, LV), ao vedar que Juiz ou Tribunal decida qualquer questão sem que seja dado à parte oportunidade de manifestação. Também guarda íntima relação com a boa-fé objetiva prevista no artigo 5º, do Novo CPC e com o princípio da colaboração insculpido no artigo 6º do mesmo *códex*.

Ao não intimar o agravante para se manifestar acerca do pedido de reconhecimento de sucessão empresarial ou grupo econômico e sobre a juntada de novos documentos, o Juízo condutor obstou que o agravante pudesse exercer o direito ao contraditório substancial e, como corolário, tivesse a possibilidade de influenciar sua decisão, tendo proferido uma decisão surpresa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Não há se falar, outrossim, em ausência de prejuízo à agravante, o que possibilitaria ao Juízo decidir sem sua oitiva prévia. Isso porque é evidente o prejuízo mediato que terá caso fique comprovado que as demais empresas fazem parte de um mesmo conglomerado econômico ou sucederam a agravante, respondendo, assim, com seus bens pelo pagamento da dívida, mesmo que seu patrimônio possa ter sido repassado, eventualmente, às demais empresas do grupo ou sucedidas.

Desse modo, mister declarar a nulidade da decisão invectivada, devendo os autos retornarem à primeira instância para que o agravante seja intimado a exercer o direito ao contraditório e ampla defesa.

O agravante alegou, ainda, que a decisão recorrida não observou o procedimento previsto no art. 133 e seguintes, do CPC, ao reconhecer a sucessão empresarial entre as empresas Metrópole Imóveis Ltda., LA Administração de Imóveis Ltda. e Nelson Benedito Consultoria Imobiliária Ltda. e determinar sua inclusão no polo passivo da demanda.

Em análise aos documentos apresentados pelos agravados no feito principal, verifica-se que, apesar de as empresas possuírem o mesmo endereço e identidade de sócios, todas, mormente a agravada Nova

Cap, permanecem ativas perante a junta comercial, vislumbrando-se no caso a possibilidade de formação de um grupo econômico e não exatamente uma sucessão empresarial, embora possa também sê-lo, o que se poderá averiguar somente após a análise das circunstâncias do caso concreto em incidente próprio.

Os artigos 133 e seguintes do NCPC estabelecem a necessidade de abertura de incidente processual para avaliação da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. A intenção do legislador na criação do incidente é abrir ao jurisdicionado a possibilidade de combater sua inclusão no polo passivo da demanda, garantindo, assim, o contraditório e prestigiando a ampla defesa, além de estabelecer rito adequado, liturgia específica, de forma a preservar a ordem e o Estado de Direito.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – SUCESSÃO EMPRESARIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PERTINÊNCIA DOS FUNDAMENTOS APRESENTADOS – INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE PRÓPRIO – NECESSIDADE. 1. Havendo indícios da ocorrência do trespasse, considerando a identidade de nome fantasia, sócios e atividade mercantil das empresas, faz-se necessário a instauração do procedimento incidental da desconsideração da personalidade jurídica a fim de possibilitar o ingresso da empresa no polo passivo da demanda, salvaguardando o direito da credora, em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa."* (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0699.09.103475-0/009, Relator(a): Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro, 11ª Câmara Cível, julgamento em 04/09/2019, publicação da súmula em 11/09/2019)

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO – ALEGAÇÃO DE SUCESSÃO EMPRESARIAL – INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – CABIMENTO. Para a alteração do polo passivo da demanda executiva, com a inclusão de pessoas jurídicas até então estranhas à lide, sob a alegação de ocorrência de sucessão empresarial em relação à parte executada, é correto instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015."* (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0079.15.043259-3/001, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 13/03/2018, publicação da súmula em 23/03/2018)

> *"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Decisão que reconheceu, nos próprios autos da execução, a sucessão empresarial entre a executada e empresa terceira, incluindo-a no polo passivo – Necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137 do CPC, com citação da suposta sucessora – Decisão reformada para que se determine a instauração de incidente de desconsideração, processando-se em termos, e se retire do polo passivo a empresa terceira Bascel Soluções Ltda EPP – Recurso provido, com determinação*." (TJSP; Agravo de Instrumento 2094278-95.2019.8.26.0000; Relator (a): Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/09/2019; Data de Registro: 10/09/2019)

Entendo, assim, necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, após oportunizar-se o contraditório ao agravante na origem, para que seja possível a inclusão de outras empresas no polo passivo da execução.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto e dou-lhe provimento, a fim de declarar a nulidade da decisão invectivada, devendo os autos retornarem à primeira instância para que o agravante seja intimado para exercer o direito ao contraditório e ampla defesa. Após, sendo o caso, faz-se necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para que seja possível averiguar, em incidente próprio, se existem os requisitos para inclusão das demais empresas no polo passivo da execução.

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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 24 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0802658-29.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR ASSOCIAÇÃO DA FEIRA CENTRAL E TURÍSTICA DE CAMPO GRANDE - MS (AFECETUR) E DANUBIA MIRANDA RIBAS DA SILVEIRA – ME: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO – DANO MORAIS – CONFIGURADOS – QUANTIFICAÇÃO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Resta evidente a frustração diante da falha quanto ao dever de guarda e vigilância do veículo furtado em estacionamento, o que ultrapassa a barreira do mero dissabor, impondo-se a obrigação de indenizar pelo dano moral sofrido.

Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

Recurso de apelação interposto por Patricia Rocha dos Santos: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO – QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

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, 26 de junho de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur), Danubia Miranda Ribas da Silveira - ME e Patricia Rocha dos Santos interpuseram recursos de apelação cível em face da sentença proferida em 29.02.2019, por Daniel Della Mea Ribeiro, Juiz da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Patrícia Rocha dos Santos e Marcelo dos Santos Escobar em desfavor de Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur), julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 217-228), Patricia Rocha dos Santos pugna a majoração do dano moral arbitrado em R$ 3.000,00 na sentença, pois sofreu agressão injusta e foi tratada como suspeita de crime.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e majorar os danos morais.

Em razões recursais (f. 229-234), Danubia Miranda Ribas da Silveira - Me e Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur), alegam que não procede o pedido de reparação por danos morais pois "*em que pese o fato da Apelada ter a sua moto furtada do estacionamento administrado pela Associação da Feira Central, esta, juntamente com a apelante Danúbia, imediatamente ressarciu a apelada com outra motocicleta, inclusive em melhores condições, bem como quitou todas as parcelas em atraso, de modo que a apelada não sofreu qualquer tipo de prejuízo*."

Sustentam que não há prova do abalo moral, da situação vexatória, humilhante e dolorida da autora.

Requerem o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Apenas a autora Patrícia Rocha dos Santos apresentou contrarrazões (f. 240-245), pugnando o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos por Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur), Danubia Miranda Ribas da Silveira - ME e Patricia Rocha dos Santos, em face da sentença proferida em 29.02.2019, por Juiz da 6ª Vara Cível da comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Patrícia Rocha dos Santos e Marcelo dos Santos Escobar em desfavor de Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur), julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença de f.:

> *"3. Isso posto, com base no art. 487, I, do NCPC, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais formulados por Patricia Rocha dos Santos na presente ação de reparação de danos morais e materiais que move contra Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande/MS (Afecetur) e Danubia Miranda Ribas da Silveira - ME, já qualificadas, para o fim de condenar as rés, solidariamente, a indenizar a parte autora no valor de R$ 3.000,00, a título de danos morais, cujo montante deverá ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária com base no IGPM/FGV, ambos a contar da prolação desta sentença e, por consequência, determino a extinção deste procedimento cognitivo com resolução do mérito.*
>
> *Ademais, considerando a sucumbência recíproca (art. 86 do NCPC), condeno a parte autora ao pagamento de 40% das custas/despesas processuais e a parte demandada à porcentagem restante (60%, pro rata). E, por sua vez, quanto aos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do NCPC, considerando a natureza e singeleza da demanda, do trabalho desenvolvido, grau de zelo do advogado e atendendo a critérios de equidade, fixo em R$ 1.200,00, cabendo ao autor o pagamento de 40% deste valor aos patronos dos réus (em proporções iguais) e estes, por sua vez, também em iguais proporções, ao pagamento de 60% do valor ao patrono da demandante. Contudo, consigna-se que, em relação à parte autora, fica suspensa a execução das quantias, uma vez que litigou sob o pálio da AJG (art. 98, § 3º, do NCPC).*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se."*

Em razões recursais (f. 217-228), Patricia Rocha dos Santos pugna a majoração do dano moral arbitrado em R$ 3.000,00 na sentença, pois sofreu agressão injusta e foi tratada como suspeita de crime.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e majorar os danos morais.

Em razões recursais (f. 229-234), Danubia Miranda Ribas da Silveira - Me e Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur), alegam que não procede o pedido de reparação por danos morais pois "*em que pese o fato da apelada ter a sua moto furtada do estacionamento administrado pela Associação da Feira Central, esta, juntamente com a apelante Danúbia, imediatamente ressarciu a apelada com outra motocicleta, inclusive em melhores condições, bem como quitou todas as parcelas em atraso, de modo que a apelada não sofreu qualquer tipo de prejuízo*."

Sustentam que não há prova do abalo moral, da situação vexatória, humilhante e dolorida da autora.

Requerem o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Apenas a autora Patrícia Rocha dos Santos apresentou contrarrazões (f. 240-245), pugnando o desprovimento do recurso.

Relato dos fatos.

Trata-se de ação de reparação de danos morais e materiais ajuizada em 23.01.2015, por Patrícia Rocha dos Santos em desfavor de Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur) e Danubia Miranda Ribas da Silveira – Me, na qual narra que no dia 02.01.2015, deixou seu veículo (Yamaha 125, Factor K1, vermelha, ano/modelo 2013/2014) no estacionamento da Feira Central (Afecetur) e, após prestar serviços em um dos restaurantes, saindo na madrugada de 03.01.2015, verificou que o veículo, avaliado em R$ 4.759,00 (quatro mil, setecentos e cinquenta e nove reais) (f. 58), não se encontrava mais no local. Apontou que noticiou o fato à administração da Feira e fez boletim de ocorrência. Esclareceu que a demandada não ressarciu os valores atinentes à motocicleta furtada, o que lhe causou prejuízos de ordem moral e material (f. 1-20).

Em contestação (f. 112-117), Danubia Miranda Ribas da Silveira – ME arguiu preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, afirmou que realizou acordo com o real proprietário da motocicleta, tendo quitado as parcelas relativas ao financiamento do veículo, bem como entregado um novo em 30.11.2015 (após o ajuizamento da ação), semelhante ao que foi furtado (f. 116). Pugnou a improcedência dos pedidos.

Em defesa (f. 124-133), Afecetur também arguiu preliminar de ilegitimidade passiva e, ainda, ilegitimidade da autora, pois não era proprietária do veículo. No mérito, sustentou que já houve o pagamento dos prejuízos materiais e que não há danos morais sofridos.

Impugnação (f. 142-146 e 147-151).

Na sentença, o magistrado *a quo* afastou a preliminar de ilegitimidade passiva da Afecetur e, no mérito, reconheceu a responsabilidade das requeridas condenando-as ao pagamento de danos morais em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Assim, procedo à análise das questões devolvidas nos apelos, levando em consideração que a responsabilidade das requeridas restou reconhecida na sentença e o pedido de danos materiais foi julgado improcedente, tendo em vista que após o ajuizamento da ação, as requeridas entregaram veículo semelhante ao proprietário registral, cujas questões não são objeto de recurso.

Do recurso de apelação interposto por Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur) e Danubia Miranda Ribas da Silveira – ME.

Dano moral.

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.

A violação está comprovada nos autos, eis que a requerente foi trabalhar na Feira Central de Campo Grande e, para tanto, deixou a motocicleta estacionada no estabelecimento das requeridas e, ao ir embora, de madrugada, foi surpreendida com o furto do veículo.

Necessário destacar que a motocicleta furtada estava registrada em nome de Sidnei Martins Leite (ex companheiro da autora) (f. 38 e 62) e foi objeto de "*contrato particular de compromisso de compra e venda de motociclo*" (f. 31-32), realizado em 11.11.2014.

Confira-se:

> *"Cláusula Primeira: O (s) Vendedor (s) é (são) senhor (es) e legítimo (s) possuidor (es) do (s) seguinte (s) motociclo (s): Yamaha YBR125 Factor K1, cor vermelha, ano fab 2013, ano mod. 2014, gasolina, Placas 0004211, chassi 9C6KE1950E0018082, Código Renavam 01195106669.*
>
> *Cláusula Segunda: O valor estipulado da presente venda é de R$ não há valor de venda, acordo de separação (...)."*

Porém, tal fato não afasta a frustração e abalo sofrido pela requerente que, após uma noite de trabalho, foi surpreendida com o furto do veículo que utilizava para sua condução cotidiana.

E mesmo que as requeridas tenham entregue outro veículo semelhante ao proprietário Sidnei Martins Leite, o que se deu após o ajuizamento da ação, também não tem o condão de afastar a repercussão dos fatos gerados na vida da autora, pois evidente a sua frustração diante da falha das requeridas quanto ao dever de guarda e vigilância do veículo, o que ultrapassa a barreira do mero dissabor, impondo-se a obrigação de indenizar, também pelo dano moral experimentado pela autora/apelante.

A respeito disso, confira-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho[1]:

> *"(...) 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."*

Nesse sentido, configura-se julgados:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ATO ILÍCITO – FURTO DE MOTOCICLETA NO ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO – RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL – DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA – DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS – VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. O empreendimento comercial que oferece estacionamento aos seus clientes responde objetivamente pelos eventuais danos se prejuízos a eles causados, considerando o dever de guarda e vigilância assumidos, estando a matéria, inclusive, sumulada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 130 do STJ).* ***O centro comercial tem o dever de guarda pelos bens ali deixados, devendo ser responsabilizado, inclusive por danos morais, em caso de furto ocorrido nas suas dependências.*** *Na quantificação do dano moral, o juiz deve se valer de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, considerando não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua, a reparação do dano,*

1 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito. Quantum indenizatório mantido em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).” (TJMS. Apelação nº 0835812-04.2016.8.12.0001, Campo Grande,.3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 09/05/2019, p: 10/05/2019) (destaquei)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – FATO MODIFICATIVO, EXTINTIVO OU IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR NÃO DEMONSTRADO PELO RÉU – DANO MORAL EVIDENCIADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I) O artigo 373 do Código de Processo Civil estabelece um critério na distribuição do ônus da prova, a qual incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, produzindo prova acerca da matéria fática que alega em sua petição inicial, as quais demonstradas impõem ao réu o encargo de demonstrar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. II) Inferível o ato ilícito do substrato fático-probatório encartado nos autos, no qual o autor efetivamente demonstra que o autor estava no supermercado no dia do apontado evento danoso, bem como realizou boletim de ocorrência sobre o furto de sua motocicleta ocorrido no estacionamento do supermercado do requerido, além de ter provado a propriedade e valor do bem subtraído, torna-se devido o ressarcimento pelos danos materiais. Aplicação da Súmula 130 do STJ. III) ***O furto de motocicleta que se encontra estacionada no pátio do supermercado em que o cliente foi fazer compras, confiando na guarda e vigilância que deveria ser mantida pelo estabelecimento vendedor, causando-lhe angústia, certamente não se encaixa no que se denomina de aborrecimento cotidiano, sendo cabível a indenização por danos morais*** *IV) Recurso conhecido, mas improvido. Sentença mantida.”* (TJMS. Apelação nº 0832614-90.2015.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 18/11/2018, p: 19/11/2018) (destaquei)

“EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR – JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM SEDE RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – MÉRITO – FURTO DE VEÍCULO DENTRO DO ESTACIONAMENTO DE EMPREENDIMENTO COMERCIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTABELECIMENTO – DANO MORAL CONFIGURADO – RESSARCIMENTO DO DANO MATERIAL. 1. Controvérsia centrada na discussão sobre preliminarmente: a) a possibilidade de juntada de documentos novos em sede recursal, e no mérito b) a responsabilidade civil da empresa-ré pelo furto do veículo do autor. 2. Se os documentos ‘novos’ apresentados em sede recursal não se enquadram no disposto do art. 435, CPC/15, tais documentos não devem ser conhecidos. 3. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Por sua vez, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (artigos 187 e 927 do CC/2002). 4. Em se tratando de furto de veículo em estacionamento de estabelecimento comercial, quando há legítima expectativa de segurança em relação ao local, a responsabilidade do estabelecimento está configurada, assentando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido nas pessoas que ali estacionam, independentemente se são consumidores das lojas ali situadas ou funcionários e se realizaram ou não alguma compra no estabelecimento comercial. 5. No caso, o dano material está comprovado, consistente no valor do veículo que foi furtado. ***O dano moral também está configurado, pois é inegável o abalo emocional suportado pela vítima que foi tolhida de utilizar um bem de sua propriedade.*** *6. Apelação conhecida e provida.”* (TJMS. Apelação nº 0816187-86.2013.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 07/11/2017, p: 10/11/2017) (destaquei)

Valor da indenização.

Referida questão também é objeto de reforma pela autora Patricia Rocha dos Santos, a qual pugna a majoração, enquanto que as requeridas pleiteiam a redução do *quantum* arbitrado na sentença em R$ 3.000,00 (três mil reais).

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 DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL – DEMORA EXCESSIVA E INJUSTIFICADA NA ENTREGA DIPLOMA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO – DANO MORAL PRESUMIDO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a Ação de indenização por danos morais e materiais, em razão da prática de ato de gestão contra a instituição particular de ensino superior, é da competência da Justiça Comum Estadual. II. Não havendo comprovação pela instituição de ensino de culpa exclusiva do aluno ou de terceiro a justificar a demora na outorga de certificado de conclusão de curso, caracteriza-se o defeito na prestação do serviço. III. Comprovado o liame da conduta ilícita do agente e o consequente dano sofrido pela vítima, impõe-se o dever de reparação, cuja responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, respondendo, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados à consumidora por defeitos/falhas decorrentes dos serviços que prestam. IV. Merece ser mantido o quantum indenizatório fixado à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e que satisfaz à sua dupla finalidade, qual seja, confortar a vítima pelo dano e punir seu causador. V. Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios*." (TJMS. Apelação nº 0813647-60.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 07/11/2017, p: 17/11/2017)

> *"EMENTA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE DANOS MORAIS – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR EMPRESA DE TELEFONIA – CANCELAMENTO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA E INTERNET – MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA – DANO MORAL DEVIDO A CADA UM DOS APELADOS – INTERRUPÇÃO QUE CAUSOU TRANSTORNOS AO CAUSÍDICO APELADO E AO SEU GENITOR, PESSOA IDOSA E DOENTE – VALOR DO DANO ARBITRADO DESTINADO AO CAUSÍDICO APELADO QUE REVELA-SE EXORBITANTE – REDUÇÃO DEVIDA – MANUTENÇÃO DA MULTA DIÁRIA APLICADA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O cancelamento indevido de linha telefônica e do serviço de provedor da internet por longo período caracteriza falha na prestação do serviço que causa ao usuário dos serviços dissabores que ultrapassam a barreira do razoável, ou seja, aquilo que se deve absorver como consequência da vida em sociedade e decorrentes de suas relações, motivo pelo qual é devida a indenização por dano moral. 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. Desse modo, demonstrado pelas peculiaridades do caso concreto que o valor do dano destinado ao causídico apelado foi exorbitante, deve ele ser reduzido. Embora seja possível a redução do valor da multa diária imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, isto só deve ocorrer quando se verificar que a astreinte foi estabelecida fora dos parâmetros da razoabilidade ou, então, quando se tornar o valor exorbitante, hipótese não ocorrente no caso dos autos*." (TJMS. Apelação nº 0802199-09.2015.8.12.0007, Cassilândia, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 31/05/2017, p: 31/05/2017)

Considerando essa dupla finalidade e também as peculiaridades do caso, mormente o fato de ter um veículo furtado de estabelecimento que tinha dever de guarda e vigilância, capacidade econômica das partes e valor do veículo furtado (R$ 4.759,00 – tabela Fipe), mantenho os danos morais arbitrados na sentença em R$ 3.000,00 (três mil reais), por ser quantia suficiente e razoável para reparar o dano sofrido pela autora.

Dispositivo

Diante do exposto:

Nego provimento ao recurso de apelação interposto por Associação da Feira Central e Turística de Campo Grande - MS (Afecetur) e Danubia Miranda Ribas da Silveira – ME.

Nego provimento ao recurso de apelação interposto por Patricia Rocha dos Santos.

Em razão da necessidade de atuação na esfera recursal, majoro os honorários advocatícios fixados em favor de ambas partes para R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais), com fulcro no § 11 do art. 85, do NCPC[2].

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. Amaury da Silva Kuklinski.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de junho de 2019.

***

2 "§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2oa 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".

3ª Câmara Cível
Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0803395-35.2016.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR RÁDIO E TELEVISÃO CAÇULA LTDA E ANTÔNIA APARECIDA DE SOUZA CAMPOS – APELAÇÃO CÍVEL – TÉCNICA DE JULGAMENTO PREVISTA NO ART. 942 DO NCPC – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA VIA RÁDIO – PROTEÇÃO DA HONRA E IMAGEM E LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PONDERAÇÃO DE VALORES – MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE NÃO EXCEDE O DEVER INFORMATIVO – DANO MORAL – NÃO VERIFICADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Versando colisão de princípios fundamentais (liberdade de expressão e direito à honra e à imagem), ambos igualmente protegidos pela Constituição Federal, impõe-se a ponderação do exercício dos referidos direitos.

Matéria jornalística veiculada em programa de rádio que não extrapola a liberdade de imprensa, mormente porque, posteriormente, a requerente foi condenada na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não gera o dever de indenizar.

RECURSO ADESIVO INTERPOSTO POR MÁRCIA MARIA SOUZA DA COSTA MOURA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRETENSÃO À MAJORAÇÃO DO DANO MORAL – RECURSO PREJUDICADO.

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, dar provimento ao recurso de Rádio e Televisão Caçula Ltda. e outro e julgar prejudicado o recurso de Márcia Maria Souza da Costa Moura de Paula, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o Relator que lhes negava provimento. O 3º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), convocado nos termos do art. 942, do CPC, acompanhou o 1º vogal.

Campo Grande, 10 de julho de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME, Antonia Aparecida de Souza Campos e Márcia Maria Souza da Costa Moura interpõem recursos de apelação contra a sentença de procedência proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais nº 0803395-35.2016.8.12.0021, ajuizada por Márcia Maria Souza da Costa Moura face de Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME e Antonia Aparecida de Souza Campos.

Nas razões de f. 801-826, as apelantes Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME e Antonia Aparecida de Souza Campos afirmam, em síntese, que o juízo *a quo* se equivocou ao concluir que as apelantes praticaram ato ilícito por excesso no exercício do seu direito-dever de informação. Defendem que as informações de improbidade administrativa não se traduzem em excessos puníveis, pois a apelada é investigada em diversas ações movida pelo Ministério Público, inclusive tendo já sido condenada em um dos feitos.

Sustentam que não houve comprovação de eventual mácula à honra da apelada e, ainda que tivesse ocorrido qualquer parcialidade da apelante no exercício de seu direito-dever de informação, estando referidas notícias consubstanciadas em fatos e ações jurídicas, não ensejam prática ilícita punível.

Ressaltam que o programa radiofônico em questão existe para dar voz ao eleitor, não cabendo à recorrente advertir os ouvintes no momento em que o eleitor se expressa em desabafo sobre a gestão pública, sob pena de ofensa ao princípio da liberdade de expressão e pensamento. Salientam, ainda, que não há a obrigação de mencionar a fonte da informação, consoante dispõe o art. 5º, XIV, da Constituição Federal.

Assinalam que o chefe do Poder Executivo, assim como toda pessoa política, está sujeito à crítica jornalística, à desaprovação popular, às exigências de transparências e à suscitação de dúvidas, porque estes acontecimentos são intrínsecos da própria atividade, e não se traduzem necessariamente em mácula à personalidade e intimidade da pessoa humana que representa aquela determinada pessoa política.

Em tese subsidiaria, aduzem que a quantia arbitrada a título de indenização por dano moral não observou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser reduzida.

Contrarrazões às f. 832-838.

Em recurso adesivo às f. 839-846, a apelante Márcia Maria Souza da Costa Moura pugna pela majoração da verba indenizatória.

Contrarrazões às f. 850-865.

VOTO (EM 03/07/2019)

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

Trata-se de recursos interpostos por Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME, Antonia Aparecida de Souza Campos e Márcia Maria Souza da Costa Moura contra a sentença de procedência proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais nº 0803395-35.2016.8.12.0021, ajuizada por Márcia Maria Souza da Costa Moura face de Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME e Antonia Aparecida de Souza Campos.

Nas razões de f. 801-826, as apelantes Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME e Antonia Aparecida de Souza Campos afirmam, em síntese, que o juízo *a quo* se equivocou ao concluir que as apelantes praticaram ato ilícito por excesso no exercício do seu direito-dever de informação. Defendem que as informações de improbidade administrativa não se traduzem em excessos puníveis, pois a apelada é investigada em diversas ações movida pelo Ministério Público, inclusive tendo já sido condenada em um dos feitos.

Sustentam que não houve comprovação de eventual mácula à honra da apelada e, ainda que tivesse ocorrido qualquer parcialidade da apelante no exercício de seu direito-dever de informação, estando referidas notícias consubstanciadas em fatos e ações jurídicas, não ensejam prática ilícita punível.

Ressaltam que o programa radiofônico em questão existe para dar voz ao eleitor, não cabendo à recorrente advertir os ouvintes no momento em que o eleitor se expressa em desabafo sobre a gestão pública, sob pena de ofensa ao princípio da liberdade de expressão e pensamento. Salientam, ainda, que não há a obrigação de mencionar a fonte da informação, consoante dispõe o art. 5º, XIV, da Constituição Federal.

Assinalam que o chefe do Poder Executivo, assim como toda pessoa política, está sujeito à crítica jornalística, à desaprovação popular, às exigências de transparências e à suscitação de dúvidas, porque estes acontecimentos são intrínsecos da própria atividade, e não se traduzem necessariamente em mácula à personalidade e intimidade da pessoa humana que representa aquela determinada pessoa política.

Em tese subsidiaria, aduzem que a quantia arbitrada a título de indenização por dano moral não observou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser reduzida.

Contrarrazões às f. 832-838.

Em recurso adesivo às f. 839-846, a apelante Márcia Maria Souza da Costa Moura pugna pela majoração da verba indenizatória.

Contrarrazões às f. 850-865.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido:

> *"(...)*
>
> *Diante do exposto, e por tudo mais que dos autos constam, julgo procedente em parte os pedidos formulados na inicial, para o fim de condenar as requeridas a pagarem à autora, como indenização por danos morais, a quantia correspondente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), nos termos da fundamentação acima exposta, devidamente corrigida pelo IGPM-FGV a partir da presente sentença e com juros de mora a partir do evento danoso, ou seja, da publicação do primeiro comentário (07/01/2015 f. 38-39). Por conseguinte, nos termos do art. 487, I, do NCPC, julgo extinto o presente feito, com resolução de mérito.*
>
> *Em consequência, revogo a tutela deferida às f. 25-31.*
>
> *Dada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 86 do NCPC vigente, fixo os honorários advocatícios em 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do § 2º, do art. 85, do mesmo Códex, atento precipuamente ao trabalho desenvolvido e à complexidade da causa, devendo a autora arcar com o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do equivalente desse valor, e as requeridas, solidariamente, com os 50% (cinquenta por cento) remanescentes, além das custas e despesas processuais nessa mesma proporção.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*
>
> *Oportunamente, recolhidas as custas devidas, arquivem-se estes autos com as cautelas de praxe."*

Passo à análise dos recursos.

Do recurso interposto por Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME e Antonia Aparecida de Souza Campos

No caso em tela, as apelantes defendem que não praticaram qualquer conduta ilícita por excesso no exercício de seu direito-dever de informação jornalística, não havendo que se falar em ofensa à honra e imagem da apelada.

Assim, o mérito recursal coloca em confronto a liberdade de imprensa, no tocante ao seu dever de informar e a possibilidade de a imprensa tecer críticas, com os direitos à honra e à imagem da pessoa mencionada na respectiva matéria jornalística.

Impende, dessa forma, ser feita uma ponderação entre o direito à informação e à crítica jornalística e os direitos à imagem e à honra, levando-se em consideração as premissas do caso concreto firmadas na instância ordinária.

À imprensa é reconhecida, constitucionalmente, a ampla liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística. Todavia, esse direito assegurado à imprensa de livremente informar, ainda que garantido constitucionalmente, não é absoluto, encontrado limites no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas.

O próprio texto constitucional impõe limites ao exercício da liberdade de expressão, como o direito de resposta (art. 5º, V, CF/88), o dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, CF/88), consubstanciados no próprio princípio da proteção à esfera privada, dentre outros.

É válido salientar que a divulgação de matéria jornalística pela imprensa tem que ser realizada com cautela, para que não ofenda a imagem, honra, intimidade e vida privada, inclusive de pessoas próximas àquela mencionada na matéria jornalística, sob pena de responsabilização em casos de excesso.

Assim, ainda que a notícia divulgada se refira a fatos verídicos e de interesse público, se a divulgação de informações exceder o dever informativo, de forma a provocar ataque à imagem e honra de uma pessoa, configurado estará o abuso ao direito de informação e imprensa, eis que não preservados os pressupostos que validam o texto veiculado, ocorrendo, portanto, excesso punível.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MATÉRIA JORNALÍSTICA MERAMENTE INFORMATIVA – SIMPLES RELATO DE OCORRÊNCIA POLICIAL – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À HONRA E À IMAGEM – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA – HONORÁRIOS MAJORADOS.* ***O direito assegurado à imprensa é o de livremente informar, não o de tecer comentários próprios e desonrosos em relação à conduta das pessoas que são mencionadas em suas reportagens, maculando-lhes a honra e sua dignidade.*** *Se a matéria divulgada ateve-se à mera narração dos fatos extraídos do boletim de ocorrência policial, sem ultrapassar o caráter informativo, não há falar em dano moral."* (TJMS. Apelação Cível nº 0837424-11.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 02/05/2019, p: 06/05/2019) (g.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REMOÇÃO DE ATO ILÍCITO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO – MATÉRIA JORNALÍSTICA MERAMENTE INFORMATIVA – SIMPLES RELATO DE CONVERSA TELEFÔNICA INTERCEPTADA QUE CHEGOU AO CONHECIMENTO DAS REQUERIDAS – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À HONRA E À IMAGEM – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA – HONORÁRIOS MAJORADOS.* ***O direito assegurado à imprensa é o de livremente informar, não o de tecer comentários próprios e desonrosos em relação à conduta das pessoas que são mencionadas em suas reportagens, maculando-lhes a honra e sua dignidade.*** *Se a matéria divulgada ateve-se à mera narração dos fatos extraídos de conversa telefônica interceptada, levada ao conhecimento da parte recorrida, sem ultrapassar o caráter informativo, não há falar em dano moral."* (TJMS. Apelação Cível nº 0025004-07.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 24/04/2019, p: 25/04/2019) (g.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – MATÉRIA JORNALÍSTICA – PONDERAÇÃO DE VALORES ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITO DE PERSONALIDADE – CONTEÚDO QUE DESBORDA OS LIMITES DO DIREITO DE INFORMAR – DANO MORAL EVIDENCIADO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RAZOABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. 1. 'O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade." (STJ, REsp 1676393 / SP)* ***2. Abandona***

> ***a linha informativa e de crítica jornalística, ingressando no terreno do abuso de direito, a matéria que enreda por comentários e ofensas exclusivamente pessoais e desprovidos de suporte probatório.*** *3. Se a matéria jornalística desborda dos limites do direito de informação consagrado nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220 da Constituição Federal, não há como recusar a responsabilidade civil do meio de comunicação em que foi veiculada. 4. O quantum indenizatório deve ser fixado tendo em vista as características do caso concreto, mostrando-se razoável a indenização fixada em R$ 10.000,00 (cinco mil reais), pois atende a natureza satisfatório-pedagógica da indenização."* (TJMS. Apelação Cível nº 0818430-32.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 27/03/2018, p: 27/03/2018) (g.n.)

Nesta mesma esteira, eis um julgado de minha relatoria:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – LIBERDADE DE INFORMAÇÃO X DIREITO A HONRA E IMAGEM – EXCESSO CONFIGURADO – DANOS MORAIS VERIFICADOS – QUANTUM FIXADO EM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO – SENTENÇA MANTIDA.* ***Ainda que a imprensa, ao divulgar notícias e matérias jornalísticas esteja resguardada pela liberdade de expressão, de pensamento e de informação, também é garantida do indivíduo a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem e a consequente indenização pelos danos decorrentes de sua violação. Ao mesmo tempo em que é garantida a liberdade de noticiar e informar, é também estabelecido o limite da notícia: a divulgação deve estar contida na normalidade e na fidelidade do fato, pois proíbe-se expressamente o abuso ou excesso.*** *Constatando-se que o direito à informação foi exercido com excesso, expondo a honra de terceiros, configurado está o dano moral, que deverá ser reparado. No que diz respeito ao quantum a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido. O objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Valor arbitrado de forma proporcional e razoável, não havendo necessidade de qualquer alteração. Recurso conhecido e provido. Sentença singular mantida."* (TJMS. Apelação Cível nº 0805526-17.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 21/09/2017, p: 22/09/2017) (g.n.)

No caso concreto, conforme bem ressaltado na sentença proferida pelo magistrado de primeira instância:

> *"(...) observa-se referida entonação tendenciosa da parte ré quando comenta que:* ***' (...) quando acabar o mandato da prefeita, ela terá que enfiar a mão no bolso, já que não poderá pagar advogados com o dinheiro da população ...'****(f. 03). Outrossim, na transmissão do dia 28/01/2016, anexada às f. 38-39, a requerida menciona que: ' (...)* ***agora a Márcia Moura que governa, mas governa nesta porcaria que está; você não sabe administrar, não tem competência para governar; a Sra. nem como vereadora teve competência prefeita, pois a Sra. era tão incompetente que não conseguiu se reeleger (2h57min)'*** *(...)."* Destaquei.

Outrossim, pelas notícias indicadas às f. 02-03 – cujas veracidades não foram impugnadas pela requerida - também se vislumbra o excesso praticado pela apelante na medida em que a radialista fez os seguintes comentários:

> *"(...) A senhora só viaja com o nosso dinheiro! A senhora não enfia a mão no bolso para pagar a sua viagem! Prefeita, não ri, não! Chora! O povo está chorando. Quando tem algo para fazer nós temos que recorrer a Defensoria Pública!*
>
> *(...) quando acabar o mandato da prefeita ela 'terá que enfiar a mão no bolso, já que não poderá pagar advogados com o dinheiro da população. Aí quero assistir de camarote'."*

Além disso, é possível perceber o intuito da recorrente em difamar a apelada e não apenas divulgar uma informação política, haja vista que pela radialista foi dito:

> *"(...) Eu não jogo sujo com ninguém. Não é do meu feitio jogar sujo com ninguém, mas não jogam sujo comigo também, porque vocês terão o resto da vida um calo em vocês e vocês sabem, sabem o que eu sei fazer, nós tiramos um prefeito, nós já tiramos um prefeito aqui em Três Lagoas, porque não podemos tirar o resto? Então, acalmem-se, acalmem-se, que ainda tem muita água para rolar. (...)."*

Desse modo, não vislumbro qualquer equívoco na conclusão adotada pelo juízo singular.

Da configuração dos danos morais.

Segundo leciona Maria Helena Diniz,

> *"(...) 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."* (DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 80, v. 7.).

In casu, como já exposto, as notícias veiculadas extrapolaram o dever de informação, atingindo a imagem da apelada.

Acerca da matéria, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam:

> *"(...) se a informação veiculada pela imprensa vulnera a privacidade ou a imagem de alguém, estará desvirtuando o exercício do direito à notícia, caracterizando verdadeiro abuso de direito, prontamente reparável. É o caso da veiculação de notícia fazendo referência desabonatória a alguém, sem qualquer cunho jornalístico."* (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 184, v. 1.).

No exercício do direito de liberdade de imprensa, restará configurado o dano moral quando forem divulgadas informações inverídicas e/ou configuradoras de crítica com o fim de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa, sendo despicienda a produção de outras provas.

A propósito, nesse sentido, é o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – IMAGEM – IMPRENSA – PROGRAMA JORNALÍSTICO – DEVER DE INFORMAÇÃO – LIBERDADE DE IMPRENSA – LIMITES – ATO ILÍCITO – COMPROVAÇÃO – REPORTAGEM COM CONTEÚDO OFENSIVO – REGULAR EXERCÍCIO DE DIREITO – NÃO CONFIGURAÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMISSORA E DOS JORNALISTAS – SÚMULA Nº 221/STJ – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CÍVEL E CRIMINAL – QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL – DESPROPORCIONALIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO – REEXAME DE PROVAS – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente à imagem e à honra, das pessoas sobre as quais se notícia. 2. Diferentemente da imprensa escrita, a radiodifusão consiste em concessão de serviço público, sujeito a regime constitucional específico, que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem observar, entre outros princípios, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da CF). 3. A liberdade de radiodifusão não impede a punição por abusos no seu exercício, como previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional (art. 52 da Lei nº 4.117/1962).* ***4. Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando fica evidenciada***

> ***a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro.*** *5. No caso vertente, a confirmação do entendimento das instâncias ordinárias quanto ao dever de indenizar não demanda o reexame do conjunto probatório, mas apenas a sua valoração jurídica, pois os fatos não são controvertidos. 6. Não configura regular exercício de direito de imprensa, para os fins do art. 188, I, do CC/2002, reportagem televisiva que contém comentários ofensivos e desnecessários ao dever de informar, apresenta julgamento de conduta de cunho sensacionalista, além de explorar abusivamente dado inverídico relativo à embriaguez na condução de veículo automotor, em manifesta violação da honra e da imagem pessoal das recorridas. 7. Na hipótese de danos decorrentes de publicação pela imprensa, são civilmente responsáveis tanto o autor da matéria jornalística quanto o proprietário do veículo de divulgação (Súmula nº 221/STJ). Tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão. Precedentes. 8. O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto na parte final do art. 130 do CPC/1973. 9. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado no âmbito de recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 10. O ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor compete aos réus (art. 333, II, do CPC/1973). Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de diligência se lhes era plenamente possível carrear aos autos, por sua própria iniciativa, os elementos probatórios que julgavam necessários ao deslinde da causa. 11. A sentença absolutória na seara criminal possui efeito vinculante sobre o juízo cível apenas quando restam negadas a materialidade ou a autoria do fato. O mesmo não ocorre no julgamento de improcedência da ação penal por ausência de justa causa, seja porque vigora o princípio da independência das instâncias, seja porque o juízo acerca da configuração típica dos crimes contra a honra difere da apreciação feita no âmbito cível quanto aos requisitos caracterizadores do dano moral, que também admite a modalidade culposa. 12. É possível a revisão do montante fixado a título de indenização por danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, em face do quadro fático delineado nas instâncias locais, sob pena de afronta à Súmula nº 7/STJ. 13. A quantificação do dano extrapatrimonial deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório. 14. Indenização arbitrada em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada vítima, que não se revela desproporcional ante a abrangência do dano decorrente de reportagem televisionada e disponibilizada na internet. 15. Recursos especiais não providos."* (REsp 1652588/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017) (g.n.)

Outrossim, consoante lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o dano moral configura-se pela simples violação do direito de personalidade e dignidade da pessoa ofendida, sendo prescindível a comprovação da dor, do abalo psicológico etc., uma vez que os referidos são consequência do dano extrapatrimonial e presumíveis pela simples violação do bem jurídico tutelado. Veja-se:

> *"(...) No que concerne à caracterização dos danos não-patrimoniais (chamados comumente de danos morais), sobreleva destacar a inexistência de qualquer necessidade de prova da dor, sofrimento, vexame, humilhação, tristeza ou qualquer sentimento negativo. Configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade. Por isso, afirma-se que a prova desse dano moral é in re ipsa, isto é, ínsita no próprio fato, caracterizada pela simples violação da personalidade e da dignidade do titular. Até mesmo porque a dor, a vergonha, o desgosto, a aflição etc, é a eventual consequência do dano extrapatrimonial e não a sua essência, o seu conteúdo. Bem deliberou o Superior Tribunal de Justiça que, 'no sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, a imagem, a honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado."* (Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 189, v. 1)

Destarte, ao contrário do que defendem as apelantes, não há que se falar em necessidade de prova do abalo moral sofrido pela apelada, razão pela qual mantenho os termos da sentença.

Do *quantum* indenizatório

A questão relativa ao valor da verba indenizatória foi arguida por ambas as partes, motivo pelo qual passo à análise das apelações de forma conjunta.

A fixação do *quantum* indenizatório deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, devendo ser fixado de maneira equitativa, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto e as condições socioeconômicas das partes, 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.

Silvio Rodrigues, prelecionando acerca desta matéria, ensina que:

> *"(...) deve ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima."* (*in* Direito Civil. Responsabilidade Civil. 4. ed. Ed. Atlas, 2004).

Assim, a quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao ofendido um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que o ofensor reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

No caso vertente, o valor fixado na sentença recorrida, de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), ao contrário do defendido pelas partes, bem observou os critérios acima expostos, devendo, portanto, ser mantido.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Rádio e Televisão Caçula Ltda-ME e Antonia Aparecida de Souza Campos e do recurso adesivo interposto por Márcia Maria Souza da Costa Moura e nego-lhes provimento, mantendo incólume os termos da sentença invectivada.

Com espeque no art. 85, § 11 do CPC, majoro os honorários advocatícios para 17% (dezessete por cento) sobre o valor da condenação, observando-se a sucumbência recíproca.

Oportunamente, advirtam-se às partes que, conforme disposto no art. 1.026 do NCPC, a oposição de embargos de declaração considerados protelatórios poderá culminar na aplicação de multa.

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

VOTO (EM 10/07/2019)

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

Pedi vista para analisar com mais cuidado os autos e peço vênia para divergir do nobre Relator.

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/2002:

> *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva[1].

Na hipótese, a responsabilidade civil da requerida é subjetiva.

Entretanto, deve-se observar que, para a configuração da responsabilidade civil, faz-se necessária a configuração do abuso da liberdade de imprensa.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – VINCULAÇÃO DO NOME E IMAGEM DO APELADO, POLICIAL MILITAR, COMO SENDO USUÁRIO DE DROGA – DENÚNCIA DESPROVIDA DE VERACIDADE – VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA FORA DO SEU OBJETO SOCIAL – ABUSO DE DIREITO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – VALOR EXCESSIVO – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I- A vinculação do autor-apelado em matéria jornalística desprovida de veracidade, apontando-o como usuário de drogas gera o dever de indenizar por dano moral, diante do preenchimento de todos os requisitos do ato ilícito (art. 186 c/c 927 do CC). II- A garantia do bom nome, da honra, da imagem, da vida privada deve prevalecer em relação à liberdade de imprensa, já que esta foi exercida totalmente fora do seu objeto social, com fins ilícitos e com abuso de direito. III- Não existindo parâmetros para sua fixação, a indenização por danos morais deve ser arbitrada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor. Na hipótese, verificando-se que o magistrado se excedeu no arbitramento, deve ser reduzido o valor da indenização."* (TJMS. Apelação Cível nº 0802694-37.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 21/03/2019, p: 25/03/2019).

A propósito, já se decidiu que:

> *"Na ponderação entre a liberdade de informação jornalística e o direto à imagem e à integridade moral, deve prevalecer a tutela desse último se a veiculação da imagem depreciativa da pessoa se mostra absolutamente desnecessária à informação objetiva e de interesse público veiculada na reportagem."* (TJMG - Apelação Cível 1.0702.13.047514-9/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Aleixo, 12ª Câmara Cível, julgamento em 05/11/2014, publicação da súmula em 12/11/2014)

Na hipótese, a requerente comprovou que foi alvo de matérias jornalísticas veiculadas em programa de rádio, em que se afirmou que:

> *"(...) a senhora só viaja com o nosso dinheiro! A senhora não enfia a mão no bolso para pagar a sua viagem! Prefeita, não ri, não! Chora! O povo está chorando. Quando tem algo para fazer nós temos que recorrer a Defensoria Pública!*
>
> *(...) quando acabar o mandato na Prefeita ela 'terá que enfiar a mão no bolso, já que não poderá pagar advogados com o dinheiro da população. Aí quero assistir de camarote".*

Entretanto, embora as afirmações estejam comprovadas nos autos, tenho que não houve extrapolação da liberdade de imprensa, mormente porque, posteriormente, a requerente foi condenada na ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

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.

No Superior Tribunal de Justiça, já se decidiu que "*quando se está diante de pessoas que ocupam cargos públicos, sobretudo aquelas que atuam como agentes do Estado, como é o caso dos autos, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística e, desse modo, uma adequação, dentro do razoável, daqueles direitos de personalidade.*"

Veja-se a ementa do julgado:

> *"RECURSO ESPECIAL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CONDENATÓRIA – PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM REVISTA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS – INSURGÊNCIA DA RÉ – RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA – ABORDAGEM DA MATÉRIA INSERTA NOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *Hipótese: Trata-se de ação condenatória julgada procedente pelas instâncias ordinárias para condenar a requerida ao pagamento de R$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), a título de danos extrapatrimoniais experimentados pelo autor da demanda em razão de matéria jornalística publicada em revista.*
>
> *1. A análise da pretensão recursal referente ao julgamento antecipado da lide e a necessidade de produção de outras provas para o deslinde da controvérsia demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência esta vedada na instância especial. Incidência da Súmula nº 7 desta Corte.*
>
> *2. A matéria relativa aos artigos 369 e 384 do Código de Processo Civil não fora discutida pelo Tribunal de origem, ainda que tenham sido opostos embargos de declaração, carecendo do requisito do prequestionamento. Súmula 211 do STJ.*
>
> *3. Não evidenciado o caráter protelatório dos embargos de declaração, impõe-se o afastamento da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula 98 deste Tribunal.*
>
> *4. No que diz respeito à violação dos dispositivos da Lei de Imprensa, em que pese declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130/DF, esta Corte tem autorizado o conhecimento do recurso especial, a fim de analisar a tese de inexistência de responsabilidade civil e a quantificação da indenização arbitrada. Precedentes.*
>
> *4.1. O teor da notícia é fato incontroverso nos autos, portanto proceder a sua análise e o seu devido enquadramento no sistema normativo, a fim de obter determinada consequência jurídica (procedência ou improcedência do pedido), é tarefa compatível com a natureza excepcional do recurso especial, a qual não se confunde com o reexame de provas. Para o deslinde do feito mostra-se dispensável a reapreciação do conjunto fático-probatório, bastando a valoração de fatos consignados pelo órgão julgador, atribuindo-lhes o correto valor jurídico, portanto, descabida a incidência do óbice da Súmula 7 do STJ.*
>
> *4.2. O mérito do recurso especial coloca em confronto a liberdade de imprensa (animus narrandi e criticandi) e os direitos da personalidade.*

4.2.1. A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação. Contudo, tal limitação não exige prova inequívoca da verdade dos fatos objeto da reportagem. Esta Corte tem reconhecido uma margem tolerável de inexatidão na notícia, a fim de garantir a ampla liberdade de expressão jornalística.

Precedentes.

4.2.2. Não se olvida, também, o fator limitador da liberdade de informação lastrado na preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.

4.2.3. Da notícia veiculada, muito embora aluda a fatos graves, não se vislumbra outro ânimo que não o narrativo, visto que a reportagem se limita a afirmar que o recorrido estaria sendo 'investigado' pelas condutas tipificadas como crime ali descritas, o que, efetivamente, não se distancia do dever de veracidade, porquanto incontroversa a existência de procedimento investigativo.

4.3. A forma que fora realizada a abordagem na matéria jornalística ora questionada está inserta nos limites da liberdade de expressão jornalística assegurada pela Constituição da República, a qual deve prevalecer quando em conflito com os direitos da personalidade, especialmente quando se trata de informações relativas à agente público.

4.4. É sabido que quando se está diante de pessoas que ocupam cargos públicos, sobretudo aquelas que atuam como agentes do Estado, como é o caso dos autos, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística e, desse modo, uma adequação, dentro do razoável, daqueles direitos de personalidade.

4.5. Com efeito, se a notícia limitou-se a tecer comentários, ainda que críticos, atribuindo a fatos concretamente imputados, por terceira pessoa, estas identificadas e referidas como as autoras das informações divulgadas (animus narrandi/criticandi), inclusive ante episódios que renderam a instauração de procedimento de investigação, como é o caso dos autos, daí porque deve ser afastada a responsabilização civil da empresa que veiculou a matéria, por se tratar de exercício regular do direito de informar (liberdade de imprensa), bem como do acesso ao público destinatário da informação.

5. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido veiculado na demanda e afastar a multa imposta em sede de embargos de declaração (art. 538, parágrafo único, CPC)." (REsp 738.793/PE, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 08/03/2016).

Ressalte-se que a requerente foi, de fato, alvo de ações do Ministério Público Federal, bem como do Ministério Público Estadual, onde se imputava à então gestora pública atos tais como compra irregular de marmitas (f. 116-119), precariedade do serviço prestado pelo SAMU (f. 120-122), inércia da gestora em relação à implantação de medidas de segurança e sinalização de trânsito (f. 123-124).

Sendo assim, não é possível reconhecer que houve excesso por parte da requerida, o que afasta o dever de indenizar.

Posto isso, divirjo do nobre relator para dar provimento ao recurso de apelação interposto por Rádio e Televisão Caçula Ltda e Antônia Aparecida de Souza Campos e julgar improcedentes os pedidos iniciais, prejudicado o recurso adesivo interposto por Márcia Maria Souza da Costa Moura de Paula.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (2º vogal).

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (3º vogal).

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram ao recurso de Rádio e Televisão Caçula Ltda e outro e julgaram prejudicado o recurso de Márcia Maria Souza da Costa Moura de Paula, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que lhes negava provimento. O 3º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), convocado nos termos do art. 942, do CPC, acompanhou o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

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

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

Campo Grande, 10 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0836579-71.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL POR MOTIVO VEXATÓRIO – PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME – COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO VEXATÓRIA E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À SOCIEDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A Lei de Registros Públicos prevê a regra geral de imutabilidade do nome, contudo, a doutrina e a jurisprudência têm relativizado tal regra, admitindo-se a retificação em hipóteses excepcionais.

Comprovado o incômodo pessoal a respeito de seu prenome, que repercute na sua esfera social, e confirmada inexistir a intenção fraudatória pela demonstração de certidões negativas e antecedentes criminais, viável a alteração do nome civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de setembro de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Ministério Público Estadual interpôs apelação cível em face da sentença (f. 89-92) proferida em pelo Juiz Ricardo Galbiati da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande que na ação de retificação de registro civil por motivo vexatório proposta em desfavor de Meirilane do Nascimento Arnou, julgou procedente os pedidos iniciais. Em razões recursais (f. 99-110) alega *"a ausência de situação excepcional a justificar a alteração do prenome e da inexistência de prova de que o prenome pretendido se trata de apelido público e notório"* e que não há prova acerca da inexistência de prejuízo a terceiro.

Requer:

> *"Diante de todo o exposto, o Ministério Público pugna para que se dê provimento ao recurso e, por conseguinte, seja reformada a sentença proferida pelo Juízo a quo para julgar improcedente o pedido pelos fundamentos e argumentos supracitados."*

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 113-133), pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[1].

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da sentença (f. 144-152).

1 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da sentença proferida em 27.5.2019 pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande que na ação de retificação de registro civil por motivo vexatório proposta em desfavor de Meirilane do Nascimento Arnou, julgou procedente os pedidos iniciais.

Confira-se a fundamentação e o dispositivo da sentença de f. 89-92:

> *"Em princípio, assinale-se que o direito ao nome se inclui dentre aqueles hoje denominados como direitos de personalidade - ou seja, aqueles indispensáveis à realização da pessoa humana enquanto tal e conhecido como o direito à identidade pessoal.*
>
> *É o nome o sinal distintivo, que individualiza a pessoa, nos meios familiar, social e profissional. É um bem jurídico tão profundamente ligado a seu titular, que a ele deve corresponder, sob todos os aspectos e não é somente uma instituição da polícia civil, como um número de matrícula que se outorga ao sujeito.*
>
> *O direito ao nome, sendo um direito essencial, deve necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, sendo-lhe inerente por toda a duração de sua vida. A pessoa não pode ser privada de seu sinal distintivo, constituído pelo nome, e do direito a ele correspondente (f. 245).*
>
> *(...)*
>
> *Tal regime de liberdade perpetuou-se no direito comum (f. 168).*
>
> *(...)*
>
> *Em consequência, o princípio que impera é o da liberdade de escolha (Adriano de Cupis, Os Direitos de Personalidade, Lisboa, Livraria Morais, 1961, p. 195).*
>
> *Se uma pessoa tem um dístico, um nome através do qual se identifica e se distingue das demais pessoas, deve-lhe ser garantido o direito sobre ele, o que inclui sua modificação, para que expresse, efetivamente, a identidade pessoal de seu titular.*
>
> *Por sua natureza, deve o direito ao nome permanecer exclusivamente na esfera de seu titular, facultando-se-lhe a alteração.*
>
> *Dispõe a Lei 6.015/73:*
>
> *Art. 57. Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa.*
>
> *Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.*
>
> *A requerente motiva o pedido de substituição de seu prenome Meireilane por Marie alegando que sofre constrangimentos, exposição ao ridículo.*
>
> *A tutela dada ao nome pelo Estado enseja o princípio que rege os Registros Públicos, a imutabilidade; através da Lei de Registros Públicos, o direito positivo brasileiro ressalvou a disponibilidade apenas em casos excepcionais:*
>
> *Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.*

Temos assim, que há dois modos possíveis de alteração do nome: a alteração e a retificação.

A primeira é reservada ao período compreendido no primeiro ano em que o interessado atinge a maioridade, ou, a qualquer tempo, para sua substituição por apelidos públicos notórios. A segunda, por versar sobre correção de erros de grafia ou de origem de família, também pode ser postulada a qualquer tempo.

A faculdade legal de alterar-se registro civil em situações de exceção implica a existência de motivação segundo a referida lei, no artigo 57.

No caso em tela, a requerente sente-se numa situação constrangedora, triste e deprimida, em vista dos depoimentos acolhidos na audiência f. 62-64.

Ressalte-se ainda, que o prenome Marie é utilizado por amigos e familiares, inclusive, desconhecem o verdadeiro prenome da requerente.

No mesmo sentido:

I - A jurisprudência (RT 143/270, 154/806, 185/424, 532/86, 412/178, 507/69, 517/106, 534/79, 537/75), reconhecendo a possibilidade da pessoa se sentir vítima do desconforto psicológico advindo do desagrado e vergonha em relação a seu próprio prenome, admite que deve constar do registro aquele pelo qual a pessoa é conhecida e não o que consta do registro. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 19990110336839, 3ª Turma Cível Rel. Des. Jerônimo de Souza, DJ 18.06.2001.)

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu casos análogos:

(Recurso Especial nº 66.643 Quarta Turma Cível Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira DJ 09.12.1997.)

III - In casu, justifica-se a alteração do nome dos requerentes, diante dos relevantes motivos sociais e familiares invocados. Não teria sentido, agora, já idosos, serem os autores obrigados a alterar toda a sua documentação, bem como todos os assentos de nascimento dos filhos e dos prováveis netos. isto, sim, implicaria, realmente, em mudança de nome. (Recurso Especial nº 146.558 Terceira Turma Cível Rel. Min. Castro Filho DJ 24.02.2003).

Assim, nada há que impeça a retificação, como pretendida, eis que os motivos declinados são suficientes para que proceda a substituição de um de seus prenomes.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para determinar a alteração do seguinte dado no assento de Nascimento de Meirilane do Nascimento Arnou, lavrado no dia 12 de maio de 1993, sob o nº 189.869, do livro n° A/147, folhas 233, do Registro Civil da 3ª Zona, Município de Fortaleza, do Estado do Ceará, permanecendo inalterados os Demais: Nome: Marie do Nascimento Arnou."

Em razões recursais (f. 99-110) alega *"a ausência de situação excepcional a justificar a alteração do prenome e da inexistência de prova de que o prenome pretendido se trata de apelido público e notório"* e que não há prova acerca da inexistência de prejuízo a terceiro.

Requer: *"Diante de todo o exposto, o Ministério Público pugna para que se dê provimento ao recurso e, por conseguinte, seja reformada a sentença proferida pelo Juízo a quo para julgar improcedente o pedido pelos fundamentos e argumentos supracitados."*

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 113-133), pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[2].

2 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela manutenção da sentença (f. 144-152).

Breve relato dos fatos.

A alega que nasceu no dia 6 de maio de 1993, na cidade de Fortaleza/CE e foi registrada com o nome Meireilane, nome que reputa complexo e vexatório, resultando em erros de pronúncia e grafia.

Afirma que seu nome tem sido motivo de grande angústia e constrangimento e que na época da escola sofria *bullyng* por causa de seu nome.

Aduz que utiliza em suas redes sociais e em seu ambiente laboral o prenome Marie.

Em audiência de instrução e julgamento foram ouvidas as testemunhas Frederico Martins Terra Hildebrand e Débora da Silva Nunes.

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido (f. 80-86).

Sobreveio a sentença de procedência objeto do recurso.

Pois bem.

É cediço que a regra geral é a imutabilidade do nome, conforme previsão da Lei de Registros Públicos, que dispõe:

> *"Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. (Renumerado do art. 56, pela Lei nº 6.216, de 1975).*
>
> *Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.*
>
> *Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. (Renumerado do art. 57, pela Lei nº 6.216, de 1975).*
>
> *Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.*
>
> *Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório."*

A doutrina e a jurisprudência têm evoluído para, reconhecendo a relatividade do princípio da inalterabilidade do nome civil, admitir a sua retificação além das hipóteses previstas em lei.

Veja-se, a respeito, a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[3]:

> *"(...) relembrando a compreensão do nome civil como um aspecto integrante da personalidade humana, projetando sua dignidade no seio social e familiar, é preciso repisar a admissibilidade de modificação do nome em situações não previstas, expressamente, em lei.*

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** – Parte Geral e LINDB. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 282-283, v. 1.

Assim, reclama-se uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome, permitindo a sua alteração justificadamente para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, de acordo com o caso concreto, por deliberação do juiz – através de procedimento de jurisdição voluntária, na vara de registros públicos, com intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei.

Frise-se, nessa linha de ideias, que razões de ordem psicológica (íntima) e de ordem social devem confluir para averiguar, na situação concreta, se a alteração é necessária para assegurar a dignidade humana. É postura que 'abre perspectivas para uma corrente liberal' na alteração do nome, apesar da regra geral da inalterabilidade. (...)

Pelo fio do exposto, é possível, então, asseverar que o princípio da inalterabilidade relativa do nome implica na possibilidade do juiz modificar, a requerimento do interessado, o nome civil (seja o prenome, seja o sobrenome) em casos justificáveis, na defesa da proteção integral da personalidade humana, independentemente de expressa previsão legal".

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi pela manutenção da sentença e, dada a completude da análise e para evitar tautologia, transcrevo-o:

"In casu, a apelada aduz que desde criança tem sido exposta ao ridículo e submetida a inúmeros constrangimentos, chacotas e situações de desconforto moral e psicológico, em razão de seu prenome Meirilane.

Certo é que exposição ao ridículo se trata de um conceito puramente subjetivo, devendo ser considerados certos parâmetros, sem os quais é impossível a aferição do seu conteúdo.

Compulsando os documentos coligidos ao feito, denota-se que o flagrante descontentamento da recorrida com o seu nome gera um mal-estar que poderia ser evitado, caso fosse viabilizada a alteração, sem que isso traga prejuízo a terceiros.

Extrai-se dos depoimentos colhidos em audiência (f. 63-64), que apelada se apresenta a todos como Marie, de modo que a testemunha Frederico Martins Terra Hildebrand, até ser arrolado no caso em comento, sequer tinha conhecimento acerca do verdadeiro nome da recorrida, o que demonstra seu inquestionável descontentamento.

Ademais, colacionou-se aos autos Declaração emitida pela Psicóloga que acompanhou a apelada pelo período de 2 (dois) anos. Veja-se o teor do documento:

Declaro, para os devidos fins que Meirilane do Nascimento Arnou (...) esteve em acompanhamento psicológico, sob meus cuidados profissionais, comparecendo regularmente às sessões por um período de 2 (dois) anos de 04/12/2013 a 16/11/2015 a fim de tratar os sintomas compatíveis com F40.1 (CID 10), uma vez que apresentava sintomas fóbicos como tremor das mãos, náuseas, acompanhados de uma baixa autoestima, comprometendo assim seu trabalho, que consistia em lidar com o público. Diversas vezes apresentava quadros mórbidos como crises de ansiedade, que relacionava ao ser identificada pelo nome que constava no crachá.

Ainda sobre esses quadros, relatava sentir uma tristeza profunda e choros compulsivos, o que resultava em isolamento social e insônia. Durante o processo terapêutico, seus relatos traziam lembranças traumáticas associadas ao seu nome de Registro, tanto de cunho familiar, como de parentes mais distantes e conhecidos do sistema familiar. Nome esse que encerrava um segredo familiar, ao qual a paciente enquanto criança e adolescente nunca teve acesso.

Ora, diante disso, não há falar em mero incômodo, mormente porque as provas produzidas no feito foram uníssonas em atestar que a apelante sempre evitou com todas as pessoas de seu círculo social o prenome Meirilane.

Não bastasse isso, colacionaram-se ao feito as Certidões Negativas de f. 28-38, as quais ratificam a boa-fé da recorrida, ante a inexistência de débitos trabalhistas e de antecedentes criminais.

Evidente, portanto, que a inexistência de qualquer prejuízo social, somada à clarividente tristeza da parte requerente em levar nome do qual tem verdadeira ojeriza, configuram nítido ferimento à sua personalidade.

(...)

Portanto, a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedente o pedido formulado na Ação de Retificação de Registro Civil por Motivo Vexatório nº 0836579-71.2018.8.12.0001, merece ser mantida inalterada.

III - Conclusão

Ante o exposto, preclaros desembargadores, considerando as razões acima expendidas, manifesta-se esta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do apelo, mantendo-se incólume a sentença vergastada."

Assim, comprovado que que a apelante sempre evitou com todas as pessoas de seu círculo social o prenome "Meirilane" aliado às certidões negativas de antecedentes (f. 28-38), a corroborar a boa-fé, a sentença não comporta mesmo reforma.

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal) e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 11 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Paulo Alberto de Oliveira
Agravo de Instrumento nº 2000393-17.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA DEVEDORA – REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA OS SÓCIOS-ADMINISTRADORES – SIMPLES ARQUIVAMENTO DO DISTRATO SOCIAL NA JUNTA COMERCIAL – INFRAÇÃO À LEI NOS TERMOS DO ART. 135 DO CTN.

Discute-se no presente recurso a suposta ocorrência de dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, na hipótese de simples arquivamento do distrato social, a fim de ensejar a responsabilidade tributária dos sócios-administradores, nos termos do art. 135, inc. III, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional).

A dissolução irregular da empresa sem deixar bens para garantir os débitos, ao contrário do simples inadimplemento do tributo, enseja o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes. Precedentes do STJ.

O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes. Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários. Precedentes do STJ.

No caso, houve o simples arquivamento do distrato na junta comercial, não havendo, nos autos, elementos que elidam a presunção de que houve a realização do ativo e pagamento do passivo, tanto é, que persiste os débitos tributários ora executados, portanto cabível, na espécie, o redirecionamento da execução.

Agravo de Instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de junho de 2019.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0900438-95.2017.8.12.0001 pelo Juiz da Vara Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Execução Fiscal proposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra J & L Restaurante e Comercio Varej de Al, objetivando receber o valor de R$ 130.921,93, consubstanciado nas Certidões de Dívida Ativa nº 2017/00132 e 2017/00457 (f. 01, na origem).

Posteriormente, às f. 92-96, na origem, requereu o redirecionamento da execução fiscal para os sócios administradores da empresa executada, ante a ocorrência de dissolução irregular da pessoa jurídica devedora.

Decisão Interlocutória: indeferiu o redirecionamento da execução fiscal pleiteado, por não restar comprovado a prática do ato fraudulento alegado, uma vez que "*a empresa executada compareceu perante a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul e promoveu o devido distrato social*" (f. 103-104, na origem).

Agravo de Instrumento: interposto pelo autor-agravante Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando, que: a jurisprudência dos Tribunais Pátrios é clara no sentido que "*não basta o mero distrato para que se considere a regularidade da dissolução da empresa, deve haver, ainda, o procedimento de liquidação da pessoa jurídica*" (f. 10), o que não ocorreu no caso, portanto sendo hipótese de redirecionamento da execução fiscal, e ainda que seja considerada regular a extinção da empresa ré-agravada, esta não implica em extinção das obrigações tributárias e nem da responsabilidade dos sócios pelos seu débitos, sendo cabível o redirecionamento contra os sócios.

Requer, ao final, que o presente recurso seja conhecido e provido a fim de reformar a decisão agravada, possibilitando o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios responsáveis (01-13).

Despacho do relator: determinou tão somente a intimação do agravado para apresentar contrarrazões (f. 17).

Contrarrazões: não foram apresentadas (f. 20-21).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a suposta ocorrência de dissolução irregular da pessoa jurídica devedora, na hipótese de simples arquivamento do distrato social, a fim de ensejar a responsabilidade tributária dos sócios-administradores, nos termos do art. 135, inc. III, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional).

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 15/04/2019 (f. 103-104, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 04/05/2019 (f. 106, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 21/05/2019 (f. 01-13).

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. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.016 e 1.017, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015.

Responsabilização dos sócios por dissolução irregular

Sustenta o autor-agravante, em suma, ser cabível, na hipótese dos autos, o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-administradores, tendo em vista que "*não basta o mero distrato para que se considere a regularidade da dissolução da empresa, deve haver, ainda, o procedimento de liquidação da pessoa jurídica*" (f. 10).

Sobre o assunto, a decisão agravada consignou:

> *"Quanto ao pedido de redirecionamento, cumpre esclarecer que apesar de a pessoa jurídica ter personalidade jurídica própria e independente da dos sócios, de modo que estes não respondem automaticamente pelas dívidas daquela, mesmo no caso de dissolução da empresa, é certo que se permite o redirecionamento da execução aos sócios no caso de se constatar que a dissolução se deu de forma irregular, ou seja, sem a averbação da dissolução na junta comercial e nos órgãos de competência fiscal.*
>
> *No caso, entretanto, não vislumbro a ocorrência de dissolução irregular alegada, visto que os documentos juntados aos autos pelo exequente fazem prova contrária das alegações por ele formuladas.*
>
> *Ora, como se observa, a empresa executada compareceu perante a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul e promoveu o devido arquivamento do distrato social celebrado em agosto de 2015, motivo pelo qual sua inscrição perante referido órgão foi baixada. Ou seja, houve a devida averbação na junta comercial da dissolução da empresa, fato que afasta a presunção de que a empresa foi irregularmente dissolvida.*
>
> *Apesar de os tributos exigidos no presente feito se referirem a débito constituído anteriormente à dissolução, o mero inadimplemento não implica o reconhecimento do preenchimento dos pressupostos necessários para o redirecionamento, mormente ante a constatação da análise das provas juntadas aos autos de que a dissolução se deu de forma regular. Para o redirecionamento, pois, seria necessária a demonstração pelo exequente da prática ato fraudulento (atuação com excesso de poderes, infração à lei ou contrato social), o que não restou demonstrado na hipótese.*
>
> *É em razão de tal fato que pelos argumentos formulados e documentos trazidos pelo exequente não é possível, neste momento, deferir o redirecionamento pleiteado."* (f. 103-104, na origem).

A hipótese dos autos retrata a hipótese de responsabilidade pessoal de terceiro, por substituição, decorrente de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, inc. III, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - Código Tributário Nacional).

O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da sociedade é cabível apenas quando restar demonstrado que este agiu com excesso de poderes em fraude contra credores, infração à lei ou a estatuto da empresa, ou, ainda, nos termos da Súmula STJ nº 435, no caso de dissolução irregular da empresa, *in verbis:*

> *"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente." (1ª Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010)."*

Na hipótese, o credor-agravado pleiteou o redirecionamento da execução fiscal, com fundamento na dissolução irregular da empresa-executada, tendo em vista está não ter sido encontrada nos endereços fornecidos às autoridades Fiscais.

Compulsando os autos na origem, verifica-se que a pessoa jurídica executada encontra-se em processo de extinção (f. 25, na origem), e, conforme informações obtidas no *site* do Governo do Estado, não se encontra habilitada na Secretaria de Estado de Fazenda, por motivo de estar "baixada" (f. 26, na origem).

Em análise de seus atos constitutivos, os sócios-gerentes procederam com o pedido de extinção/distrato da pessoa jurídica executada (f. 75, na origem), atribuindo a responsabilidade pelo ativo e passivo à ex-sócia Deborah Faria Ferazole (Cláusula 4º, f. 76, na origem).

Contudo, sustenta o autor-agravante que a dissolução da pessoa jurídica executada ocorreu de forma irregular, tendo em vista que não houve a correta liquidação da sociedade, pois os "*distratantes passaram da*

fase da dissolução à partilha e extinção, suprimindo a fase de liquidação, sem que fosse realizado qualquer levantamento do ativo e o consequente pagamento do passivo. Eis que inexiste informação quanto ao ativo permanente e circulante da pessoa jurídica ao tempo que encerradas suas atividades, tampouco qual foi a real destinação dada aos bens que compunham o patrimônio da empresa agravada." (f. 05-06).

O Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, firmou a compreensão de que:

> *"O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes. Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários."* (REsp 1795248/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 29/05/2019; REsp 1777861/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, DJe 14/02/2019; AgInt no AREsp 902.673/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, DJe 05/05/2017).

No caso, houve o simples arquivamento do distrato social na junta comercial, não havendo, nos autos, elementos que elidam a presunção de que houve a realização do ativo e pagamento do passivo, tanto é, que persiste os débitos tributários ora executados, portanto cabível, na espécie, o redirecionamento da execução.

Nesse contexto, tendo em vista que a decisão objurgada considerou o arquivamento do distrato social como suficiente para a dissolução regular da empresa, em divergência do entendimento jurisprudencial, a mesma deve ser reformada, com o fim de que seja permitido o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios Gildeman Belchior Franco e Deborah Faria Ferazole.

Portanto, recurso provido.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento para deferir o redirecionamento da Execução Fiscal para os sócios-administradores, nos termos da fundamentação.

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. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 26 de junho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Paulo Alberto de Oliveira
Apelação Cível nº 0839154-86.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – AUTOMÓVEL DE PEQUENO VALOR UTILIZADO PARA TRANSPORTAR PORTADOR DE PARALISIA CEREBRAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – IMPENHORABILIDADE.

Controvérsia recursal centrada na impenhorabilidade de automóvel Honda Civic, ano 2006/2007, com valor muito abaixo do valor executado, e que é utilizado para transporte de filho dos embargantes possuidor de paralisia cerebral.

Em alguns casos específicos, superando a questão obrigacional e patrimonial, deve se buscar a dignidade da pessoa humana e seu bem estar, através da garantia de alguns direitos fundamentais, como moradia, saúde e propriedade, dentre outros.

Aplica-se à espécie o princípio da adequação e da necessidade aos presentes embargos à execução, sob o viés da proporcionalidade, chegando-se à conclusão de que a penhora pretendida pelo embargado-apelante é desproporcional e desarrazoada, não havendo violação ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015.

Apelação cível conhecida e não provida, com majoração dos honorários de sucumbência.

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, 14 de agosto de 2019.

Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida nos Autos nº 0839154-86.2017.8.12.0001 pelo Juiz da Vara Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Embargos à Execução Fiscal interpostos por A. G. N. e M. do C. M. N. em face do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 1-11).

Foi requerido pelos embargantes o reconhecimento da impenhorabilidade do seu automóvel – Honda Civic LXS, ano 2006/2007, em virtude do referido veículo ser o meio de transporte utilizado para as consultas e deslocamento de M. M. N., filho do casal, que é excepcional e portador de paralisia cerebral e deficiência intelectual.

Sentença: Julgou a pretensão dos embargantes procedente, reconhecendo a impenhorabilidade do automóvel, ante ao seu valor diminuto frente ao valor da execução, bem como ao fato de ser o meio de transporte do filho dos embargantes para a realização de consultas e outros deslocamentos (f. 62-67).

Sucumbência atribuída ao embargado, com honorários de sucumbência fixados em dez por cento (10%) sobre o valor do proveito econômico obtido pelos embargantes (f. 67).

Apelação: interposta pelo embargado Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando: a) penhorabilidade do automóvel, devido ao fato de que os embargantes não demonstraram a indispensabilidade do veículo, além de existir outros meios de transportes (transporte público) para locomoção do filho dos embargantes (f. 79-86);

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do apelante, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 88-92).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Discute-se no presente recurso: a legalidade da penhora realizada em automóvel - Honda Civic LXS, ano 2006/2007 - avaliado em R$ 22.000,00, para garantir o pagamento de uma execução fiscal no valor de R$ 799.026,28, e que é utilizado para tratamento do filho dos executados-apelados, que é excepcional e portador de paralisia cerebral e deficiência intelectual.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 31/01/2019 (f. 68), tendo a respectiva intimação ocorrido em 11/02/2019 (f. 77), enquanto que o presente recurso foi interposto em 21/03/2019 (f. 79-86).

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 de trinta (30) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015.

Da impenhorabilidade do automóvel

Sustenta o apelante em seu recurso, que os embargantes-apelados não demonstraram a indispensabilidade do veículo às consultas do filho, bem como existiria outros meios de transportes que poderia ser utilizados.

A sentença de 1º grau determinou que:

> *"No caso, ao contrário do que sustenta o embargado, entendo que os laudos médicos juntados às f. 18 e 53-55, comprovam que o veículo penhorado na execução fiscal é essencial para a locomoção do filho dos embargantes para a realização de tratamentos médicos e de reabilitação, isso porque sabe-se que a dificuldade enfrentada nos cuidados prestados à pessoa com deficiência não se restringe ao âmbito doméstico, mas também ao viabilizar o transporte dessas pessoas para tratamento médicos e atividades externas, sendo essencial que essa locomoção ocorra de forma rápida. Tal amparo se mostra ainda mais necessário aos portadores de paralisia cerebral infantil, os quais detém capacidade cognitiva reduzida e limitações motoras, circunstâncias que foram atestadas pelo médico que acompanha o filho dos embargantes, consoante laudo médido de f. 18."*

A reserva à penhora, que a lei confere a alguns bens, possui a sua razão de ser no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República – art. 1º, III, da Constituição Federal.

Em alguns casos específicos, superando a questão obrigacional e patrimonial, deve se buscar a dignidade da pessoa humana, seu bem estar, através da garantia de alguns direitos fundamentais, como moradia, saúde, propriedade, e outros.

O elenco de bens impenhoráveis, portanto, deve ser elastecido à luz dos direitos fundamentais, não sendo considerado um rol taxativo e inalterável.

Nesta direção já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – AUTOMÓVEL DE PEQUENO VALOR UTILIZADO PARA TRANSPORTAR PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – IMPENHORABILIDADE.*
>
> *Em suma, o acórdão da origem considerou que os o rol dos bens impenhoráveis previsto na legislação pátria não poderiam ser tratado de modo absoluto. Desse modo, malgrado o bem não esteja expressamente elencado no art. 649 do CPC, é indispensável à existência digna do executado, ou seja, o interesse meramente patrimonial do credor colide com um interesse mais relevante, qual seja, a dignidade da pessoa humana."* (STJ, REsp 1436739/PR, Recurso Especial 2014/0034967-0, Rel. Min. Humberto Martins, Órgão Julg. 2ª Turma, Data Julg. 27/03/2014, Data Publ. 02/04/2014)

Compulsando os documentos dos autos (f. 18 e 53-55), conforme destacado em 1ª Instância, percebe-se que restou caracterizado a necessidade dos embargantes-apelados em utilizar o veículo para os deslocamentos do seu filho.

Trata-se, portanto, de se aplicar à espécie o princípio da adequação e da necessidade aos presentes embargos à execução, sob o viés da proporcionalidade, devendo se chegar à conclusão de que a penhora pretendida pelo embargado-apelante é desproporcional e desarrazoada, não havendo violação ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Estado de Mato Grosso do Sul, mas nego-lhe provimento.

Nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15, considerando a manutenção da sentença (dupla conforme), bem como, o trabalho adicional realizado (v.g., f. 88-92), majoro os honorários de sucumbência para dezessete por cento (17%) sobre o valor do proveito econômico obtido pelos embargantes, atualizado da condenação, ex vi o disposto no § 2º do referido dispositivo legal.

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. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal), Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 14 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Des. Paulo Alberto de Oliveira
Apelação Cível nº 0800115-90.2015.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ARBITRAGEM – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – INCIDÊNCIA – UNICIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA – FORMALIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL POR MEIO DE DOIS INSTRUMENTOS PARTICULARES COM OBJETOS INTERDEPENDENTES – CONTRATOS COLIGADOS – LOCAÇÃO DE GUINDASTES E CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA – SOMA DOS VALORES DOS RESPECTIVOS OBJETOS – APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – EXORBITÂNCIA – INOCORRÊNCIA – BASE DE CÁLCULO – VALOR DA CAUSA – APLICAÇÃO DO NOVO REGIME PROCESSUAL.

Discute-se no presente recurso: a) a incidência de convenção de arbitragem, na modalidade cláusula compromissória, a determinar a derrogação da jurisdição estatal e, por conseguinte, a extinção do processo sem resolução do mérito, e b) a eventual exorbitância dos honorários sucumbenciais.

A cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo em favor juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se, por conta disso, a jurisdição estatal. Precedentes do STJ.

Em síntese, a utilização da arbitragem, por estar calcada na autonomia de vontade das partes, tem por consequência a renúncia à jurisdição estatal para dirimir os litígios que possam surgir em determinada relação contratual.

Uma vez reconhecida a coligação contratual, mostra-se possível a extensão da cláusula compromissória prevista no contrato principal, pois integrantes de uma operação econômica única. Precedente do STJ.

À luz do novo regime processual, os honorários advocatícios devem ser arbitrados a partir do valor da causa ou do proveito econômico experimentado, com obediência aos limites impostos pelo § 2º, do art. 85, do CPC/2015 (10% a 20%), os quais se aplicam, inclusive, quando houver julgamento sem resolução do mérito.

Apelação conhecida e não provida, com majoração dos honorários de sucumbência.

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, 21 de agosto de 2019.

Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Autos recebidos em carga no dia 02/08/2016

Trata-se de apelação interposta por BSM Engenharia S/A contra sentença proferida nos Autos nº 0800115-90.2015.8.12.0021 pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas-MS.

Ação de cobrança proposta por BSM Engenharia S/A contra Consórcio UFN III, na qual afirma, em suma, que é credora de valores inadimplidos pelo réu, relativamente ao Contrato nº 511/13a (locação de equipamentos) e ao Contrato nº 511/13b (mão de obra especializada para a operação de equipamentos).

Explica que "*firmou os referidos contratos com o Consórcio Réu em 01/05/2013, para a locação de equipamentos (Guindastes) e mão de obra para operação dos aludidos equipamentos, no Empreendimento denominado UFN III-Unidade de Fertilizantes Nitrogenados III-MS, em Três Lagoas-MS, executado pelo Petróleo Brasileiro S.A., com término do prazo em 01/12/2013, posteriormente prorrogado para 01/09/2014, por meio do terceiro aditivo contratual*" (f. 02).

Ainda, discorreu no sentido de que o réu encaminhou-lhe notificação, formalizando "*o término do prazo de locação de equipamentos e da contratação da mão de obra especializada, dos Contratos nsº 511/13a e 511/13b, considerando a data de término dos contratos em 01/09/2014*" (f. 02).

A par disso, embora o réu tenha afirmado em tal notificação que "*efetuaria as apropriações das horas efetivamente trabalhadas e pagaria à Contratada/Locadora, ora Autora, os valores devidos até a data do encerramento (01/09/2014), deixou o mesmo de honrar pagamento da quantia orginária de R$ 1.551.428,30*" (f. 02-03).

Requereu, assim, a condenação do réu ao pagamento do "*valor originário de R$ 1.551.428,30 (um milhão, quinhentos e cinquenta e um mil, quatrocentos e vinte e oito reais e trinta centavos), atualizada monetariamente pelo IGMP/FGV e acrescida dos juros legais, até o seu efetivo pagamento*" (f. 01-15).

Sentença: extinguiu o processo, sem resolução do mérito, acolhendo a alegação de existência de convenção de arbitragem. Sucumbência atribuída à autora, com honorários arbitrados em 10% do valor atualizado da causa (f. 304-311).

Apelação: interposta pela autora BSM Engenharia S/A, sustentando, em suma: a não tem aplicação a convenção de arbitragem, tendo em vista que se tratam de "*contratos com valores, objetos (locação e mão de obra), cláusulas e obrigações próprias, que poderiam, inclusive, ser objeto de execução individualizada*" (f. 332), sendo que "*o valor total estimado de cada contrato é inferior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)*", logo não seria "*aplicável a arbitragem prevista no item 21.1, dos aludidos contratos*" (f. 332); e redução da verba honorária sucumbencial, arbitrada em 10% sobre o valor atualizado da causa (f. 322-342).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 348-356).

Julgamento virtual: o réu-apelado, por meio da petição de f. 364, opôs-se ao julgamento virtual (f. 364).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Discute-se no presente recurso: a incidência de convenção de arbitragem, na modalidade cláusula compromissória, a determinar a derrogação da jurisdição estatal e, por conseguinte, a extinção do processo sem resolução do mérito, e a eventual exorbitância dos honorários sucumbenciais.

Juízo de admissibilidade

Registro que a sentença recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 09/05/2016 (f. 312), tendo a respectiva intimação ocorrido em 16/05/2016 (f. 313), enquanto que o presente recurso foi interposto em 14/06/2016 (f. 322-342).

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 de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 343-344).

Incidência de convenção de arbitragem (cláusula compromissória)

Consoante relatado, a autora-apelante aduz a não aplicação de convenção de arbitragem, tendo em vista que se tratam de "*contratos com valores, objetos (locação e mão de obra), cláusulas e obrigações próprias, que poderiam, inclusive, ser objeto de execução individualizada*" (f. 332), sendo que "*o valor total estimado de cada contrato é inferior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais)*", logo não seria "*aplicável a arbitragem prevista no item 21.1, dos aludidos contratos*" (f. 332).

A sentença, ao concluir pela incidência da convenção de arbitragem, entendeu que os dois contratos em questão fazem parte da mesma relação jurídica, constituindo um único negócio jurídico, assim o fazendo nos seguintes termos:

> *"[...] , no tocante ao item 21 do Quadro de Resumo (fls. 19/27 e fls. 53/61), o qual estabelece que não será aplicada a arbitragem para contratos cujo preço total estimado for inferior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), é certo que o contrato de nº 511/13 foi subdividido em "a" e "b", sendo que o valor total estimado, considerando os aditivos de fls. 88/91 e fls. 93/96, ultrapassa a quantia de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), devendo ser aplicada a arbitragem ao presente caso.*
>
> *Nesse contexto, onde as partes estabeleceram de comum acordo o estabelecimento do Juízo Arbitral, para solucionar qualquer conflito relacionado àquele contrato, tenho que, afastada está, por vontade das partes, a atuação deste órgão jurisdicional estatal."*

A Lei nº 9.307, de 23/09/1996 (Lei de arbitragem), que dispõe sobre a arbitragem, prevê, em seus artigos 17 e 18, que o árbitro, no exercício de suas funções, equipara-se ao funcionário público, para efeitos da legislação penal (art. 17), e que, para os fins processuais, é ele "*juiz de fato e de direito*", pelo que sua sentença "*não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário*", *verbis*:

> *"Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.*
>
> *Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário."*

Ainda, o parágrafo único, do art. 8º, da Lei nº 9.307, de 23/09/1996, prevê que "*caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória*".

Por sua vez, a cláusula compromissória, nos termos do art. 4º, da Lei nº 9.307, de 23/09/1996, "*é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato*".

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "*a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal*" (REsp 1.297.974/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 19/06/2012).

Também nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL – PROCESSO CIVIL – ARBITRAGEM – EXECUÇÃO – TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE LOCAÇÃO – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA – EMBARGOS DO DEVEDOR – MÉRITO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL – QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS INDISPONÍVEIS – COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA – LEI NOVA – MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015 – PROLAÇÃO DA SENTENÇA.*
>
> *1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal.*
>
> *2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto.*
>
> *3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (kompetenz e kompetenz*), que deverão ser dirimidas pela via arbitral.
>
> *4. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito.*
>
> *5. [...]."* (REsp 1.465.535/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22/08/2016)

Em suma, a convenção da arbitragem, mesmo que na modalidade de cláusula compromissória, é pressuposto processual de caráter negativo, que impede a submissão do litígio ao Poder Judiciário.

Na espécie, o contrato celebrado entre as partes previu em sua Cláusula 21 (f. 25 e f. 60), a pactuação, a contrário *sensu*, de cláusula compromissória, segundo a qual para "*contratos cujo preço total estimado for inferior à R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) não será aplicada a arbitragem [...] mas tão somente o foro indicado no item 21.2*".

Eis o teor da cláusula, no que interessa à resolução da presente controvérsia (f. 25-26 e f. 60-61):

[...]

21.	Resolução de Conflitos (para contratos cujo Preço Total Estimado for inferior à R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), não será aplicada a arbitragem prevista no item 21.1., mas tão somente o foro indicado no item 21.2.)		
21.1.	Arbitragem:	Tribunal Arbitral:	Fundação Getúlio Vargas
21.2.	Foro:	Três Lagoas – MS	

Embora a autora-apelante sustente que se tratem de contratos distintos, que poderiam ser cobrados individualmente, a bem da verdade, como bem observou a sentença, o que se tem na espécie é um negócio jurídico único, qual seja, o de número 511/13, que foi contratado em dois instrumentos, não para efeito de se convencionar relações jurídicas autônomas, mas sim apenas para o efeito tão somente prático, no sentido de subdividir as obrigações relativas à locação de guindastes (Contrato nº 511/13a) das obrigações relativas à mão de obra especializada para a operação de tais equipamentos (Contrato nº 511/13b), constituindo-se, portanto, uma relação jurídica interdependente.

Tanto isso é verdade que a própria cláusula compromissória está redigida no plural, referindo-se a contratos cujo preço total seja inferior à R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Na hipótese, a locação de guindastes foi contratada pelo valor histórico de R$ 4.855,750,01 (f .90 – 3º aditivo ao Contrato nº 511/13a), ao passo que a mão de obra especializada foi contratada pelo valor originário de R$ 797,931,00 (f. 95 – 3º aditivo ao Contrato nº 511/13b), cuja soma, à evidência, resulta num valor superior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Assim, por tudo quanto exposto, é verossímil a afirmação do réu-apelado em suas Contrarrazões (f. 348-356), no sentido de que: "*a relação entre as partes não estava dividida em duas, não sendo sequer uma opção a locação de equipamentos sem os técnicos operadores responsáveis por eles*" (f. 351); e b) "*a mão-de-obra foi locada junto, justamente pelo fato de que a operação de um guindaste não pode ser atribuída a qualquer cidadão, mas tão somente aos que já são treinados para tanto*" (f. 352).

Prova disso, e de que foi pactuada uma relação jurídica interdependente, está expressa na Cláusula nº 5.2, do Contrato nº 511/13a, a qual previu que "*os operadores contratados e pactuado* (sic) *pelo contrato 511/13-b exercerá* (sic) *mão de obra específica e estão vinculados ao* (sic) *equipamentos locados pelo presente contrato, assim sendo, caso os operadores não estejam disponíveis ou a disposição do locatário, os equipamentos não serão remunerados até que seja sanado o problema*" (f. 21-22).

A hipótese cuida, claramente, de contratos coligados, nos quais as partes celebram uma pluralidade de negócios jurídicos tendo por desiderato um conjunto econômico, criando entre eles efetiva dependência.

Nessa hipótese, em razão do princípio da gravitação jurídica – segundo o qual o acessório segue o principal – tudo o que ocorre no contrato principal repercute no acessório.

Por isso, segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que, uma vez "*reconhecida a coligação contratual, mostra-se possível a extensão da cláusula compromissória prevista no contrato principal [...], pois integrantes de uma operação econômica única*", sendo que, "*no sistema de coligação contratual, o contrato reputado como sendo o principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos negociais que a este se ajustam*" (REsp 1.639.035/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 15/10/2018).

Com efeito, está evidente a submissão da presente relação jurídica ao juízo arbitral, em razão da pactuação de convenção de arbitragem, na modalidade cláusula compromissória, a qual, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo em favor juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se, por conta disso, a jurisdição estatal (nesse sentido, *v.g.*, Apelação Cível nº 0804615-39.2014.8.12.0021, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Alberto de Oliveira, DJe 06/06/2017).

Em síntese, a utilização da arbitragem, por estar calcada na autonomia de vontade das partes, tem por consequência a renúncia à jurisdição estatal para dirimir os litígios que possam surgir em determinada relação contratual.

Portanto, neste ponto, a sentença não merece qualquer reparo, não devendo ser provido o recurso, no particular.

Honorários de sucumbência.

A autora-apelante argumenta, ainda, que são exorbitantes os honorários de sucumbência fixados pela sentença, sendo "*de todo irrazoável os honorários fixados na r. sentença recorrida, permissa maxima venia, em valor superior a R$ 181.000,00 (cento e oitenta e um mil reais)*" (f. 337).

Segundo a nova regra de fixação de honorários de sucumbência estabelecida pelo CPC/15 (art. 85, § 2º), previu-se que estes serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre

o valor atualizado da causa, atendidos os seguintes critérios: 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.

Segundo entendimento já consolidado no Superior Tribunal de Justiça, à luz do novo regime processual, os honorários advocatícios devem ser arbitrados a partir do valor da causa ou do proveito econômico experimentado, com obediência aos limites impostos pelo § 2º, do art. 85, do CPC/2015 (10% a 20%), os quais se aplicam, inclusive, nas sentenças de improcedência ou quando houver julgamento sem resolução do mérito.

Somente quando inestimável ou irrisório o proveito econômico ou muito baixo o valor da causa, a referida verba poderá ser fixada por apreciação equitativa, nos termos do § 8º do mesmo dispositivo (AgInt nos EDcl no REsp 1.746.254/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 21/06/2019; AgInt no REsp 1.771.319/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 09/04/2019).

Nesse sentido, bastante elucidativo é o seguinte precedente da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º – REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º) – REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º) – PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO – SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*
>
> *1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.*
>
> *2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).*
>
> *3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.*
>
> *4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).*
>
> *5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.*

> *6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido."* (REsp 1.746.072/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019)

Na hipótese dos autos, a sentença fixou os honorários em dez por cento (10%) do valor atualizado da causa, nos exatos termos do § 2º, do art. 85, do CPC/15, não havendo, portanto, que se cogitar de exorbitância.

Além disso, em se tratando de ação de cobrança, a inicial havia apontado valor adequado à causa (soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação – art. 292, inc. I, CPC/15), de modo que não há mesmo razão para se deixar de adotar a regra do § 2º, do art. 85, do CPC/2015.

Assim, neste ponto, o recurso da autora-apelante também não merece provimento.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por BSM Engenharia S/A mas nego-lhe provimento.

Nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15, considerando a manutenção da sentença (dupla conforme), bem como, o trabalho adicional realizado (v.g., f. 348-356), majoro os honorários de sucumbência para doze por cento (12%) sobre o valor atualizado da causa, ex vi o disposto no § 2º do referido dispositivo legal.

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. Amaury da Silva Kuklinski

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal), Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 21 de agosto de 2019.

***

Órgão Especial
Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000514-95.2018.8.12.0900 - Tribunal de Justiça

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – COMERCIALIZAÇÃO E CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AFASTADA – MÉRITO – INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL – NÃO CARACTERIZADAS – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Compete ao Tribunal de Justiça exercer o controle de constitucionalidade de lei municipal em face de dispositivos da Constituição Estadual de repetição obrigatória da Constituição Federal.

A Lei Complementar Municipal n. 283, de 24 de maio de 2016, que dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados em Campo Grande (MS), não viola a competência da União para legislar sobre o tema. Ao contrário, a norma municipal apenas complementa a legislação federal permitindo que sejam definidos os locais de comercialização e consumo de bebidas alcoólicas nos estádios, buscando, com isso, fomentar a livre iniciativa (CF, artigo 1º, IV), abrindo a Campo Grande a possibilidade de seguir o atual modelo das grandes "arenas" de futebol espalhadas pelo mundo, que se transformaram em verdadeiros shoppings contendo áreas destinadas a uma infinidade de atrações e entretenimento, incluindo praças de alimentação e camarotes reservados onde são servidas bebidas alcoólicas a maiores de idade. No mesmo caminho seguem diversos Estados da federação, que têm editado leis com o objetivo de regulamentar a matéria.

Conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria, a decisão pela venda da bebida é política, devendo ser tomada pelo Legislativo. Se foi entendido que a comercialização de bebidas no interior dos estádios e arenas desportivas não se mostra inconveniente, mas compatível com o dever do Estado de respeitar a liberdade dos cidadãos de consumir substâncias licitamente produzidas, não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao Poder Legislativo e, por razões subjetivas, impor sua própria vontade, o que implicaria em violação a tripartição dos poderes.

A norma questionada não malfere o direito à segurança. Em verdade, constitui forma de controlar a venda e a ingestão de bebidas em determinados pontos dos estádios. A consequência disto é uma maior segurança nesses locais, onde sabidamente já existe o consumo clandestino de bebidas alcoólicas antes, durante e após os eventos. De todo modo, estudos demonstram que a violência nos estádios de futebol está mais relacionada a determinantes ambientais (público, por exemplo) e contextuais (competitividade e fase do torneio) do que ao consumo de álcool.

Não é obrigação originária do Estado garantir a segurança e a ordem em atividades privadas, que é o caso das partidas de futebol em estádios. Assim, ao invés de tentar impedir o consumo de bebidas no estádio, é muito mais salutar ao Poder Público exigir daquele que promove o evento e do administrador do estádio a implementação de medidas de segurança concretas e efetivas que realmente assegurem a incolumidade física dos torcedores.

Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade rejeitar a preliminar arguida. Por maioria e, contra o

parecer, julgaram improcedente o recurso, nos termos do voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Absteve-se de votar o Des. Divoncir Schreiner Maran. Ausente, justificadamente o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 17 de julho de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016 do Município de Campo Grande, a qual dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados neste Município, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos.

Sustenta que a lei incorre em vício de inconstitucionalidade formal e material, afrontando diretamente preceitos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul e da Constituição Federal, uma vez que o município extrapola seu interesse local e sua competência suplementar em relação ao consumo e desporto (art. 17, I e II, e art. 204 da CE), legislando em sentido contrário à norma federal, mitigando a competência da União, a quem, por disposição constitucional, cabe disciplinar a matéria com normas gerais.

O Município de Campo Grande (f. 113-9) e a Câmara Municipal de Campo Grande (f. 120-136), arguem preliminar de inadequação da via eleita, por suposta ausência de confronto direto com a Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, e, no mérito, pugnam pela improcedência da ação, por entenderem inexistir inconstitucionalidade formal e material.

O Ministério Público Estadual manifestou-se pela procedência da ação.

VOTO (EM 03/07/2019)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Conforme relatado, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016 do Município de Campo Grande, a qual dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados neste Município, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos.

Defende a inconstitucionalidade formal e material da lei, por conter vícios de competência legislativa e de afronta às disposições constitucionais.

Preliminar- inadequação da via eleita

O Município de Campo Grande sustenta que a presente ação questiona ato normativo municipal (LC nº 283/2014) em face de dispositivos de lei federal - Lei 10.671/2003/Estatuto do Torcedor -, hipótese que extrapola os limites de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, tornando-se via inadequada.

A Câmara Municipal de Campo Grande alega que a ofensa à Constituição Estadual seria reflexa, porquanto o parâmetro de questionamento seria a Constituição Federal, razão pela qual haveria carência de interesse processual, por inadequação da via eleita.

Inexitosa a pretensão, pois, de acordo com o artigo 125, § 2º, da Carta Magna, é competência dos Tribunais de Justiça o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contrários à Constituição Estadual.

Na espécie, a fundamentação da inicial é de que o Município de Campo Grande, ao disciplinar matéria relacionada a consumo e desporto, violou os artigos 17, incisos I e II e 204, da Constituição Estadual, que reproduziu norma de repetição obrigatória da Carta Maior (art. 24, incisos V e IX e §§ 1º, 2º e 3º - competência).

Conforme entendimento da Corte Suprema, é dos Tribunais de Justiça dos Estados a competência originária para o controle de constitucionalidade de leis municipais em face das Constituições Estaduais, em que se discute preceito de repetição obrigatória da Constituição Federal.

Nesse sentido:

> *"Agravo regimental em reclamação. 2. Medida liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face de lei municipal, por supostas ofensas à Constituição estadual. 3. Normas da Constituição estadual que reproduzem dispositivos da Federal de repetição obrigatória. Caracterização da competência do Tribunal de Justiça local. Inexistência de usurpação da competência originária do STF. Precedentes. 4. Posterior julgamento de mérito da referida ADI, com substituição da decisão ora reclamada. Perda superveniente de objeto. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.* (Rcl 16757 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 23/09/2016).

> *Reclamação – Competência. 2.* ***Ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual em face de norma da Constituição do Estado, que constitui mera repetição de dispositivo da Constituição Federal. 3. Competência do Tribunal de Justiça do Estado e não do STF, para processar e julgar originariamente a ação, na hipótese referida, cabendo, entretanto, da decisão definitiva da Corte local, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal, de observância obrigatória pelo Estado-membro, contrariar o sentido e o alcance desta.*** *4. Precedentes do STF. 5. Indeferida cautelar pleiteada na reclamação, interpôs-se agravo regimental. 6. O agravo regimental não afastou os fundamentos do despacho agravado, examinando, entretanto, o mérito da controvérsia posta na ação. 7. Agravo regimental desprovido."* (Rcl 596 AgR, Relator (a): Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/1996, DJ 14-11-1996 Pp-44487 Ement Vol-01850-01 Pp-00037).

Nesse sentido, voto por se rejeitar esta prefacial.

Mérito

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul defende a inconstitucionalidade formal e material da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016 do Município de Campo Grande:

(i) formal por ter extrapolado interesse local e sua competência suplementar em relação ao consumo e desporto, legislando em sentido contrário à norma federal, mitigando a competência da União, a quem, por disposição constitucional, cabe disciplinar a matéria com normas gerais;

(ii) material por representar patente retrocesso social na proteção do direito fundamental à segurança, infringindo os artigos 40, 167, VIII, 246 e 247, IV, da Constituição Estadual.

O Município de Campo Grande defende a constitucionalidade da lei, porque a Carta Magna garante a suplementação de legislação federal e estadual de acordo com os interesses locais e não consta nela expressamente a proibição de consumo de bebida alcoólica.

A Câmara Municipal de Campo Grande defende que em razão da competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local e, supletivamente, sobre consumo e desporto, a Lei Complementar nº 283/16 não possui vício formal de competência legislativa e também não viola os artigos 40, 167, VIII, 246 e 247, IV,

da Constituição Estadual por não comprometer a segurança pública, os direitos e interesses dos consumidores e a promoção do desporto.

Na hipótese, a Câmara Municipal de Campo Grande aprovou e o seu Presidente promulgou o ato normativo impugnado com a seguinte redação:

> *"A Lei Complementar Municipal nº 283, de 24 de maio de 2016.*
>
> *Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande-MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos.*
>
> *O Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande.*
>
> *Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu promulgo a seguinte Lei Complementar:*
>
> *Art. 1º Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no município de Campo Grande MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos com os seguintes dizeres: "bebida e direção não combinam" ou "se beber não dirija".*
>
> *Parágrafo único. Fica proibida a venda de bebidas alcoólicas destiladas ou com teor alcoólico superior a 14%, bem como o seu consumo nos estádios de futebol de Campo Grande-MS, e observado o anúncio de que álcool e direção não combinam.*
>
> *Art. 2º O descumprimento ao disposto na presente Lei implicará na imposição de multa de R$ 1.000,00 (mil reais), dobrada na reincidência, sendo que, em ocorrendo a terceira ocorrência, será o comerciante penalizado com a cassação do Alvará de Funcionamento e respectiva lacração, ou ainda revogação do TPU (Termo de Permissão de Uso), conforme o caso.*
>
> *§ 1º A multa prevista no caput deste artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que, no caso de extinção deste índice, será adotado outro índice criado por legislação federal e que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda.*
>
> *§ 2º A referida cassação a que se refere o caput do artigo será precedida de processo administrativo, com direito ao contraditório e a ampla defesa, não podendo tal procedimento ultrapassar o prazo de 30 (trinta) dias de sua instauração.*
>
> *Art. 3º Cabe ao responsável pela gestão do estádio de futebol definir os locais nos quais a comercialização e o consumo de bebidas será permitido, assim como a responsabilidade pela fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei.*
>
> *Art. 4º A venda e consumo de bebidas alcoólicas nos Estádios são permitidos nos seguintes termos:*
>
> *§ 1º Aos fornecedores de bebidas que estiverem na vigência de contrato de patrocínio com clubes ou entidades desportivas de Campo Grande-MS.*
>
> *§ 2º Que a venda de bebidas será de responsabilidade da Diretoria organizadora dos eventos, cuja renda será revertida em prol da realização de eventos esportivos.*
>
> *Art. 5º Fica proibida a venda e a entrega de bebidas alcoólicas, nos locais referidos nesta Lei, a pessoas menores de 18 (dezoito) anos, podendo o fornecedor e/ou responsável por tais condutas responder civil e criminalmente nos termos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.*

Parágrafo único. A fiscalização e o cumprimento do disposto nesta Lei são de competência da FUNESP - Fundação Municipal de Esporte.

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

Campo Grande-MS, 24 de maio de 2016.

Prof. João Rocha

Presidente"

De acordo com a lição de Alexandre de Moraes[1], a análise da constitucionalidade das espécies normativas exige-se a comparação com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar sua compatibilidade com as regras constitucionais.

A inconstitucionalidade formal resta configurada quando a norma não foi elaborada de acordo com as regras do processo legislativo constitucional, ou seja, não preenche os requisitos subjetivos que trata da competência de quem detém o poder de sua iniciativa, ou, objetivos que abrange as fases constitutivas (discussão e votação - quórum) e complementar (promulgação e publicação).

Já a material caracteriza-se pela incompatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal ou Estadual.

Da inconstitucionalidade formal

A lei municipal trata de comércio e consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol da Capital.

A respeito da matéria estabelece o ordenamento constitucional:

Constituição Federal:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal ***legislar concorrentemente*** *sobre:*

I - (...).

V - ***produção e consumo****;*

VI - (...).

IX - educação, cultura, ensino, ***desporto****, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;*

X - (...).

§ 1º ***No âmbito da legislação concorrente****, a competência da União* ***limitar-se-á a estabelecer normas gerais****.*

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados*.*

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

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

Art. 30. Compete aos Municípios:

1 **Direito Constitucional**, 24ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 701.

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (destacado)

Constituição Estadual:

"Art. 17. Compete aos municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e estadual, no que couber;

Art. 204. O Estado, utilizando a rede oficial de ensino e em colaboração com entidades desportivas, garantirá, através de lei, a promoção, o estímulo, a orientação e o apoio à prática e à difusão da educação física e do desporto, formal e não-formal:

I - através da destinação de recursos públicos à promoção prioritária do desporto educacional e, em situações específicas, do desporto de alto rendimento;

II - através do tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

III - através da obrigatoriedade de reserva de áreas destinadas a praças e a campos de esporte nos projetos de urbanização e de unidades escolares e de desenvolvimento de programas de construção de áreas para a prática do esporte comunitário.

Parágrafo único. O Poder Público garantirá, no desporto, atendimento especializado ao deficiente, sobretudo no âmbito escolar."

Conforme prevê o artigo 24 da Constituição Federal, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais e aos entes federados caberá apenas a suplementação dessas regras.

Em relação aos municípios, a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul em seu artigo 17, incisos I e II, ao tratar da competência municipal, repetindo norma de obrigatória disposição da Constituição Federal (art. 30, incisos I e II), conferiu aos municípios a competência legislativa privativa em razão de evidente preponderância do interesse local (inciso I), e a competência suplementar (inciso II), caracterizada pela possibilidade de legislar sobre questões pontuais das legislações que versem sobre as matérias de competência legislativa concorrente.

Desse modo, como as regras de distribuição de competência legislativa fixadas na Constituição Federal são de observância obrigatória pelos demais entes federados, devem ser parâmetro de controle de constitucionalidade de ato normativo municipal.

Assim, em que pese a autonomia dos municípios para editar normas locais, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito às regras de repartição de competências entre os entes que norteiam o pacto federativo, em razão do princípio da simetria e da norma contida nos artigos 17 e 204 da Constituição Estadual e 24 e 30 da Constituição Federal.

A Constituição Estadual estabelece no artigo 17, inciso II, ser de competência dos municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber, de modo que, havendo norma geral proibindo expressamente o consumidor adentar em recinto esportivo portando bebidas ou substâncias proibidas suscetíveis de gerar atos de violência (art. 13-A, II, da Lei nº 10.671/2003[2] – Estatuto de Defesa do Torcedor e Decreto nº 6.117/2007 – Política Nacional sobre o Álcool) cabe aos Estados e Municípios apenas adequar essas normas à peculiaridade local.

2 Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:
I - (...);
II - não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência;

No que tange aos municípios, suas leis devem guardar compatibilidade com as normas editadas pelos demais entes da federação, não havendo espaço para inovações naquilo que a União e o Estado já definiram no exercício de suas competências legislativas e tampouco sendo lícito restringir ou ir além daquelas proposições normativas, sob pena de violação ao princípio federativo.

Logo, ao editar a LC nº 283/2016 permitindo a consumo de bebida alcoólica nos estádios de futebol, o Município de Campo Grande extrapolou os limites de sua competência suplementar invadindo matéria legislativa reservada à União, revelando-se flagrante vício formal por contrariar a competência suplementar prevista no artigo 17, II, da Constituição Estadual.

Nesse sentido:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 4.138, DE 06 DE JULHO DE 2016, E OS §§ 1º, 2º, 3º E 4º DO ART. 11 DA LEI 4.253, DE 14 DE JUNHO DE 2017, DO* ***MUNICÍPIO DE OLÍMPIA, QUE PERMITE A COMERCIALIZAÇÃO DE CERVEJA E CHOPE NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTÁDIO MUNICIPAL – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – MATÉRIA DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL*** *(ART. 24, INCISOS V E IX, DA CF) – OFENSA ÀS NORMAS FEDERAL E ESTADUAL QUE REGULAM O TEMA – PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE POR VIOLAÇÃO AO ART. 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO."* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2184128-34.2017.8.26.0000; Relator (a): Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 21/02/2018; Data de Registro: 22/02/2018). (destacado)

> *"EMENTA – CONSTITUCIONAL – LEI Nº 6.314/16 DO MUNICÍPIO DE PELOTAS – INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO E DO ESTADO – OFENSA AO ART. 8º, CE/89 – INCONSTITUCIONALIDADE.* ***Ao dispor sobre a comercialização e consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol e nos ginásios de esporte no Município de Pelotas, a Lei nº 6.314/16 invadiu competência da União e do Estado, em ofensa ao princípio federativo recebido pela Carta Estadual - art. 8º, CE/89****. Unânime.* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70069333185, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 17/10/2016)." (destacado)

Da inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade por vício material diz respeito à matéria, ao conteúdo do ato normativo em confronto com qualquer preceito ou princípio da Lei Maior.

A LC 283/16 liberou a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande-MS.

O autor da ação defende a inconstitucionalidade da lei por representar patente retrocesso social na proteção do direito fundamental à segurança, infringindo os artigos 40, 167, VIII, 246 e 247, IV, da Constituição Estadual.

A respeito da matéria, regula a Constituição Estadual:

> *"Art. 40. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública, das prerrogativas da cidadania, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos, subordinados administrativa e operacionalmente ao Secretário de Estado de Segurança Pública:*
>
> *I - a Polícia Civil;*
>
> *II - a Polícia Militar;*
>
> *III - Corpo de Bombeiros Militar.*

> *Art. 167. O Estado estabelecerá e executará plano estadual de desenvolvimento integrado, que terá como objetivos:*
>
> *I - (...).*
>
> *VIII - a proteção ao consumidor;*
>
> *Art. 246. O Estado promoverá ação sistemática de proteção ao consumidor de modo a garantir-lhe a segurança, a saúde e a defesa de seus interesses.*
>
> *Art. 247. A política econômica de consumo será planejada e executada pelo Poder Público, com a participação de empresários e de trabalhadores dos setores da produção, da industrialização, da comercialização, do armazenamento e do transporte e também dos consumidores para, especialmente:*
>
> *I - (...).*
>
> *IV - propiciar meios que possibilitem ao consumidor o exercício do direito à informação, à escolha e à defesa de seus interesses econômicos, bem como a sua segurança e sua saúde;"*

Como se vê, a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, de maneira que qualquer ato que coloque em risco esse princípio, revela-se como norma violadora de preceito constitucional.

Na hipótese dos autos estamos diante de uma lei que liberou o consumo de bebidas alcóolicas nos estádios de futebol de Campo Grande, medida essa que, extreme de dúvidas, minimiza a proteção estatal em relação à segurança para com os cidadãos que se encontram naquele local de lazer, bem como fora dele, pois estão sujeitos às consequências posteriores ao encerramento do evento, tais como risco de sofrerem danos provocados por veículos conduzidos por torcedores que ingeriram bebida alcoólica durante o evento e retornam para suas residências.

É irrelevante constar mensagem de advertência em copos e permitir apenas a venda de bebida não destilada, porquanto não afasta as consequências imprevisíveis, já que os efeitos do álcool depende do metabolismo de cada pessoa, gerando em alguns conduta violenta e em outros diminuição aos estímulos, todos ficando comprometidos em seus reflexos e capacidade de raciocínio.

O Governo Federal, ao instituir a política nacional sobre o consumo de álcool editando o Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007, com o objetivo de reduzir o uso indevido e sua associação com a violência e criminalidade, estabeleceu que:

> *"(...) Compete ao Governo, com a colaboração da sociedade, a adoção de medidas discutidas democraticamente que atenuem e previnam os danos resultantes do consumo de álcool em situações específicas como transportes, ambientes de trabalho, eventos de massa e em contextos de maior vulnerabilidade."*

Não bastasse, a Lei nº 10.671/03, que estabelece normas de proteção e defesa do torcedor, dispõe ser de responsabilidade do poder público e de todos que promovam, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos, ação no sentido de prevenir a violência nos esportes (art. 1º-A), bem como ser direito dele a segurança nos locais específicos durante e após a realização das partidas (art. 13).

Tanto é que a União, cumprindo o seu papel, no artigo 13-A, inciso II, da referida lei, proibiu a entrada de torcedores no recinto esportivo portando objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência.

Se o torcedor está impedido, por lei federal, de entrar com bebida alcoólica, por medida de segurança constante na Constituição Estadual, artigos 40, 167, VIII, 246 e 247, IV, sendo de responsabilidade do Estado promover medidas para assegurar a proteção de todos, não poderia o município se furtar dessa obrigação e

adotar medidas contrárias à segurança dos torcedores, na maioria acompanhados de crianças e adolescentes, em eventos dessa categoria.

Ressalte-se ser notória a existência de rixas entre torcidas, de modo que carece de razoabilidade disponibilizar em locais dessa natureza o consumo de produto que possa vir a contribuir para o desencadeamento de qualquer violência, seja de natureza física ou psicológica.

Recentemente, a título exemplificativo, noticiado pela imprensa sul-mato-grossense, tivemos o caso ocorrido no estádio de Corumbá, em que alguns torcedores exaltados por conta da derrota de seu time, jogaram bebida alcoólica nos jogadores, fato que resultou posteriormente em invasão dos vestiários por pessoas armadas.

Nesse contexto, resta evidente que a lei municipal encontra-se também eivada de inconstitucionalidade material por violar preceitos da Constituição Estadual.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se julgar procedente o pedido do Procurador-Geral de Justiça para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016, do Município de Campo Grande, MS, com efeito *ex nunc*.

Comunique-se oportunamente à Câmara Municipal e à Prefeitura, nos termos dos artigos 25 da Lei nº 9.868/99 e 525 do RITJMS.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Julgamento adiado para próxima sessão em face do pedido de vista do Des Ruy Celso Barbosa Florence, após o relator e o desembargador contar julgarem procedente a ação e rejeitarem a preliminar arguida. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

VOTO (EM 17/07/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (5º vogal)

Relembrando, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul em face da Lei Complementar nº 283, de 24 de maio de 2016 do Município de Campo Grande, que dispõe sobre a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados neste Município.

Em seu voto, o e. Des. Julizar Barbosa Trindade afastou a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade formal e material da norma impugnada, com efeito *ex nunc*, explicitando o seguinte:

> *"A Constituição Estadual estabelece no artigo 17, inciso II, ser de competência dos municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber, de modo que, havendo norma geral proibindo expressamente o consumidor adentar em recinto esportivo portando bebidas ou substâncias proibidas suscetíveis de gerar atos de violência (art. 13-A, II, da Lei nº 10.671/2003 – Estatuto de Defesa do Torcedor e Decreto nº 6.117/2007 – Política Nacional sobre o Álcool) cabe aos Estados e Municípios apenas adequar essas normas à peculiaridade local.*
>
> *No que tange aos Municípios, suas leis devem guardar compatibilidade com as normas editadas pelos demais entes da federação, não havendo espaço para inovações naquilo que a União e o Estado já definiram no exercício de suas competências legislativas e tampouco sendo lícito restringir ou ir além daquelas proposições normativas, sob pena de violação ao princípio federativo.*

Logo, ao editar a LC nº 283/2016 permitindo a consumo de bebida alcoólica nos estádios de futebol, o Município de Campo Grande extrapolou os limites de sua competência suplementar invadindo matéria legislativa reservada à União, revelando-se flagrante vício formal por contrariar a competência suplementar prevista no artigo 17, II, da Constituição Estadual."

(...)

"Como se vê, a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, de maneira que qualquer ato que coloque em risco esse princípio, revela-se como norma violadora de preceito constitucional.

Na hipótese dos autos estamos diante de uma lei que liberou o consumo de bebidas alcóolicas nos estádios de futebol de Campo Grande, medida essa que, extreme de dúvidas, minimiza a proteção estatal em relação à segurança para com os cidadãos que se encontram naquele local de lazer, bem como fora dele, pois estão sujeitos às consequências posteriores ao encerramento do evento, tais como risco de sofrerem danos provocados por veículos conduzidos por torcedores que ingeriram bebida alcoólica durante o evento e retornam para suas residências.

É irrelevante constar mensagem de advertência em copos e permitir apenas a venda de bebida não destilada, porquanto não afasta as consequências imprevisíveis, já que os efeitos do álcool depende do metabolismo de cada pessoa, gerando em alguns conduta violenta e em outros diminuição aos estímulos, todos ficando comprometidos em seus reflexos e capacidade de raciocínio.

O Governo Federal, ao instituir a política nacional sobre o consumo de álcool editando o Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007, com o objetivo de reduzir o uso indevido e sua associação com a violência e criminalidade, estabeleceu que "Compete ao Governo, com a colaboração da sociedade, a adoção de medidas discutidas democraticamente que atenuem e previnam os danos resultantes do consumo de álcool em situações específicas como transportes, ambientes de trabalho, eventos de massa e em contextos de maior vulnerabilidade."

Não bastasse, a Lei nº 10.671/03, que estabelece normas de proteção e defesa do torcedor, dispõe ser de responsabilidade do poder público e de todos que promovam, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos, ação no sentido de prevenir a violência nos esportes (art. 1º-A), bem como ser direito dele a segurança nos locais específicos durante e após a realização das partidas (art. 13).

Tanto é que a União, cumprindo o seu papel, no artigo 13-A, inciso II, da referida lei, proibiu a entrada de torcedores no recinto esportivo portando objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência.

Se o torcedor está impedido, por lei federal, de entrar com bebida alcoólica, por medida de segurança constante na Constituição Estadual, artigos 40, 167, VIII, 246 e 247, IV, sendo de responsabilidade do Estado promover medidas para assegurar a proteção de todos, não poderia o Município se furtar dessa obrigação e adotar medidas contrárias à segurança dos torcedores, na maioria acompanhados de crianças e adolescentes, em eventos dessa categoria.

Ressalte-se ser notória a existência de rixas entre torcidas, de modo que carece de razoabilidade disponibilizar em locais dessa natureza o consumo de produto que possa vir a contribuir para o desencadeamento de qualquer violência, seja de natureza física ou psicológica.

Recentemente, a título exemplificativo, noticiado pela imprensa sul-mato-grossense, tivemos o caso ocorrido no estádio de Corumbá, em que alguns torcedores exaltados por conta da derrota de seu time, jogaram bebida alcoólica nos jogadores, fato que resultou posteriormente em invasão dos vestiários por pessoas armadas.

Nesse contexto, resta evidente que a lei municipal encontra-se também eivada de inconstitucionalidade material por violar preceitos da Constituição Estadual."

Pedi vista dos autos para melhor examinar a controvérsia.

Com relação à preliminar, adiro ao voto inaugural para refutá-la.

Entretanto, no mérito vou divergir para julgar improcedente o pedido.

A lei hostilizada tem a seguinte redação:

> *"A Lei Complementar Municipal nº 283, de 24 de maio de 2016.*
>
> *Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no Município de Campo Grande-MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos.*
>
> *O Presidente da Câmara Municipal de Campo Grande.*
>
> *Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu promulgo a seguinte Lei Complementar:*
>
> *Art. 1º Fica liberada a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no município de Campo Grande MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida, desde que servidas em copos plásticos com os seguintes dizeres: "bebida e direção não combinam" ou "se beber não dirija".*
>
> *Parágrafo único. Fica proibida a venda de bebidas alcoólicas destiladas ou com teor alcoólico superior a 14%, bem como o seu consumo nos estádios de futebol de Campo Grande-MS, e observado o anúncio de que álcool e direção não combinam.*
>
> *Art. 2º O descumprimento ao disposto na presente Lei implicará na imposição de multa de R$ 1.000,00 (mil reais), dobrada na reincidência, sendo que, em ocorrendo a terceira ocorrência, será o comerciante penalizado com a cassação do Alvará de Funcionamento e respectiva lacração, ou ainda revogação do TPU (Termo de Permissão de Uso), conforme o caso.*
>
> *§ 1º A multa prevista no caput deste artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que, no caso de extinção deste índice, será adotado outro índice criado por legislação federal e que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda.*
>
> *§ 2º A referida cassação a que se refere o caput do artigo será precedida de processo administrativo, com direito ao contraditório e a ampla defesa, não podendo tal procedimento ultrapassar o prazo de 30 (trinta) dias de sua instauração.*
>
> *Art. 3º Cabe ao responsável pela gestão do estádio de futebol definir os locais nos quais a comercialização e o consumo de bebidas será permitido, assim como a responsabilidade pela fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei.*
>
> *Art. 4º A venda e consumo de bebidas alcoólicas nos Estádios são permitidos nos seguintes termos:*
>
> *§ 1º Aos fornecedores de bebidas que estiverem na vigência de contrato de patrocínio com clubes ou entidades desportivas de Campo Grande-MS.*
>
> *§ 2º Que a venda de bebidas será de responsabilidade da Diretoria organizadora dos eventos, cuja renda será revertida em prol da realização de eventos esportivos.*
>
> *Art. 5º Fica proibida a venda e a entrega de bebidas alcoólicas, nos locais referidos nesta Lei, a pessoas menores de 18 (dezoito) anos, podendo o fornecedor e/ou responsável por tais condutas responder civil e criminalmente nos termos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.*

Parágrafo único. A fiscalização e o cumprimento do disposto nesta Lei são de competência da FUNESP - Fundação Municipal de Esporte.

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

Campo Grande-MS, 24 de maio de 2016.

Prof. João Rocha

Presidente"

Respeitado o entendimento da nobre relatoria, na minha compreensão o Município de Campo Grande não extrapolou os limites de sua competência suplementar e, portanto, não invadiu matéria legislativa reservada à União.

Em verdade, a lei campo-grandense em tela apenas complementou o artigo 13-A, inciso II, do Estatuto do Torcedor (Lei Federal 10.671/2013), que assim dispõe:

"Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei: (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

(...)

II - não portar objetos, bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência; (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010)."

Como visto, a norma municipal "*libera a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol localizados no município de Campo Grande MS, desde a abertura dos portões para acesso ao público, até o final da partida"* (artigo 1º) e, paralelamente, atribui ao responsável pela gestão do estádio de futebol a incumbência de "*definir os locais nos quais a comercialização e o consumo de bebidas será permitido, assim como a responsabilidade pela fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei*" (artigo 3º).

Nessa medida, tal disposição não conflita com a norma federal, que proíbe ao torcedor acessar e permanecer no recinto esportivo portando bebidas ou substâncias proibidas ou suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência.

Vale dizer, a norma municipal em exame busca fomentar a livre iniciativa (CF, artigo 1º, IV), permitindo que sejam definidos os locais de comercialização e consumo de bebidas alcoólicas nos estádios. Assim, por exemplo, é possível estabelecer locais no entorno do recinto esportivo, devidamente delimitados, onde ocorrerá tal consumo sem oferecer risco aos torcedores que já se encontram nas arquibancadas.

Inexiste, portanto, antinomia com a citada lei federal, nem tampouco ofensa ao Decreto 6.117/2007, editado pela Presidência da República, que apenas institui a política nacional sobre o consumo de álcool.

Em verdade, com o advento da norma impugnada, abriu-se a Campo Grande a possibilidade de seguir o atual modelo das grandes "arenas" de futebol espalhadas pelo mundo, que se transformaram em verdadeiros *shoppings* contendo áreas destinadas a uma infinidade de atrações e entretenimento, incluindo praças de alimentação e camarotes reservados onde são servidas bebidas alcoólicas a maiores de idade.

Apenas para ilustrar, nos Estados Unidos e Alemanha, além de permitirem a venda de bebidas alcoólicas nos estádios, os clubes de futebol celebram contratos milionários com marcas de cerveja. Na Inglaterra, a comercialização é permitida até o intervalo dos jogos. Na Itália, pode se consumir desde que a bebida tenha menos de 5% de teor alcoólico. Na Espanha, embora seja vetado, alguns estádios comercializam bebidas em camarotes e áreas *VIPs*.

Além disso, é ingenuidade acreditar que tal proibição impediria o ingresso e permanência de pessoas alcoolizadas nos estádios, pois, mesmo nos países em que há tal vedação, os bares nas imediações dos estádios

ficam lotados horas antes do evento começar. Ademais, é comum ver torcedores de todo planeta fazendo o popular "esquenta" antes das partidas. Resumindo, tal proibição é totalmente ineficaz.

Em decorrência desse modelo comercial mundialmente adotado e da realidade acima exposta, indicando a inocuidade de tal vedação, diversos Estados da federação buscam aprovar projetos de lei autorizando a venda e o consumo de bebidas alcoólicas dentro de estádios de futebol e arenas esportivas.

Em rápida consulta à internet, é possível observar que a matéria está em debate em São Paulo. No Rio de Janeiro, desde 2015, o governo estadual liberou a comercialização e o consumo nos estádios, desde que em copos de plástico ou de papel, durante todo o período do jogo.

Em Minas Gerais, quem vai aos estádios pode beber, mas só até o fim do primeiro tempo dos jogos, em locais restritos (apenas nos bares atrás das arquibancadas), sendo proibida a venda e o consumo nos outros espaços.

No Rio Grande do Sul, também não se pode consumir bebidas alcoólicas nos estádios. Representantes dos dois maiores clubes do estado, Internacional e Grêmio, já se manifestaram favoravelmente à liberação e têm participado de reuniões com deputados estaduais para voltar a permitir a venda e consumo.

Por sua vez, o governo de Santa Catarina autorizou, no início de 2018, a comercialização e consumo de bebidas alcoólicas nos estádios. A única limitação é que as bebidas devem estar em copos de plástico.

No Estado do Paraná há lei estadual análoga a ora em exame que recentemente foi julgada constitucional pelo Órgão Especial do TJPR, sob a compreensão de que:

> *"(...) a decisão pela venda da bebida é política, devendo ser tomada pelo Legislativo. Se foi entendido que a comercialização de bebidas no interior dos estádios e arenas desportivas não se mostra inconveniente, mas compatível com o dever do Estado de respeitar a liberdade dos cidadãos de consumir substâncias licitamente produzidas, não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao Poder Legislativo e, por razões subjetivas, impor sua própria vontade, o que implicaria em violação da tripartição dos poderes" (ver ADIN 0034946-84.2017.8.16.0000).*

Ainda, em estudo elaborado pelo Grupo de Pesquisa em Sistemas de Informação e Decisão da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), publicado em 2017 na revista inglesa *International Journal of Law, Crime and Justice* apontou aumento das ocorrências violentas no período em que a comercialização de bebidas foi proibida nos estádios pernambucanos. Entre 2005 e 2009, quando a venda era permitida, a média de ocorrências era de 2,99 casos por partida. O número subiu para 4,42 entre 2009 e 2015, período de proibição. Conclusão: a violência estava mais relacionada a determinantes ambientais (público, por exemplo) e contextuais (competitividade e fase do torneio) do que ao consumo de álcool[3].

Aliás, na Bahia e Pernambuco igualmente regulamentaram a venda e o consumo de bebida alcoólica nos estádios. E durante a Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil, a matéria sofreu igual regulamentação a despeito da pré-existência da Lei n. 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor) e do Decreto Presidencial nº 6.117/2007 (Política Nacional sobre o Álcool).

Não se deve olvidar, ademais, que embora seja comum o policiamento militar em arenas desportivas, a segurança em tais locais é de responsabilidade primeira daquele que promove o evento e do administrador do estádio de futebol, que devem disponibilizar aos torcedores, de qualquer agremiação, não apenas segurança, mas também conforto, respeito e higiene, pois todos os serviços prestados pelos organizadores e realizadores de eventos esportivos estão sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 /90). Vale dizer, não é obrigação originária do Estado garantir a segurança e a ordem em atividades privadas, que é o caso das partidas de futebol em estádios.

Por isso, ao invés de tentar impedir o consumo de bebidas no estádio, é muito mais salutar ao Poder Público

3https://www3.ufpe.br/agencia/clipping/index.php?option=com_content&view=article&id=37788%3Aalcool-nos-estadios-nao-aumenta-violencia&catid=346%3Ao-povo&Itemid=1. Acesso em 15.07.2019.

exigir daquele que promove o evento e do administrador do estádio a implementação de medidas de segurança concretas e efetivas que realmente assegurem a incolumidade física dos torcedores.

Reitere-se que a norma municipal não "liberou" totalmente o consumo de bebidas alcóolicas nos estádios de futebol de Campo Grande. Ao contrário, regulamentou tal matéria, estabelecendo uma forma de controlar a venda e a ingestão de bebidas em determinados pontos dos estádios. A consequência disto é uma maior segurança nesses locais, onde sabidamente já existe o consumo clandestino de bebidas alcoólicas antes, durante e após os eventos.

Seja como for, a lei em questão encontra-se em plena vigência desde maio de 2016, ou seja, há mais de três anos. E não há notícia de que houve acréscimo dos índices de violência nos estádios desta capital por conta da norma em questão.

Enfim, respeitado o entendimento contrário, considero que a norma municipal ora impugnada não padece de vício de inconstitucionalidade formal e/ou material.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de: a) com relação à preliminar, acompanhar o e. Relator para refutá-la; b) no mérito, divergir do e. Relator para julgar improcedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (2º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (3º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (4º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (6º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (10º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (13º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (14º vogal)

Acompanho o voto do 5º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade rejeitaram a preliminar arguida. Por maioria e, contra o parecer, julgaram improcedente o recurso, nos termos do voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Absteve-se de votar o Des. Divoncir Schreiner Maran. Ausente, justificadamente o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Sideni Soncini Pimentel
Apelação Cível nº 0801978-09.2015.8.12.0045 - Sidrolândia

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER – REFORMA OU CONSTRUÇÃO DE ESTABELECIMENTO PENAL – PROIBIÇÃO DE ACEITAR NOVOS CUSTODIADOS – TRANSFERÊNCIA DAQUELES LÁ EXISTENTES PARA OUTRA UNIDADE CARCERÁRIA – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA (TEMA 220 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF) – MULTA MANTIDA – SEM CUSTAS E HONORÁRIOS – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

O poder discricionário da Administração encontra limite na grave vulneração de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, sendo então cabível e necessária a atuação do Poder Judiciário para sua observância, diante do controle que lhe assiste em decorrência do sistema de freios e contrapesos adotado pelo ordenamento jurídico pátrio na separação e harmonia entre os Poderes.

A sentença está em consonância com o tema 220, da repercussão geral do STF "*É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.*". Ainda, não há invocar, nestas hipóteses, a teoria da reserva do possível para afastar a responsabilidade, tendo em vista que ela é aplicada quando garantido o mínimo existencial, encontrando limites em necessidades extremas, como no caso em tela.

Exige o art. 489, § 3º, do NCPC, observância ao princípio da boa-fé objetiva no cumprimento das ordens judiciais. Por essa razão, não há óbice quanto à obrigação de remover presos, entendida como adoção de medidas administrativas tendentes a esse resultado.

Diante das peculiaridades do caso, tais como a necessidade e imprescindibilidade da medida, não existem motivos para a alteração da multa imposta pelo juízo *a quo*.

Sem honorários, porque ajuizada pelo Ministério Público. Sem custas diante da confusão.

Recursos conhecidos e não providos.

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, 2 de julho de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move a Defensoria Pública Estadual, cujos pedidos foram julgados parcialmente procedentes em primeiro grau de jurisdição, determinando: a realização de obras de reforma para adequação da carceragem da Delegacia de Polícia Civil de Sidrolândia, no prazo de 90 dias; que o requerido se abstenha de abrigar novos presos naquele local; que os custodiados sejam imediatamente transferidos; e que a administração da população carcerária seja realizada pela AGEPEN. Inconformado, sustenta a impossibilidade de transferência de detentos para outras unidades penais do Estado, pois seria medida inócua, além de depender de decisão da Coordenadoria das Varas de Execução Penal – COVEP, além de observância aos princípios da reserva do possível e tripartição dos poderes. Reforça que a sentença implica usurpação da competência expressamente delineada na Constituição Federal. Em abono de sua fundamentação, cita precedente deste Órgão Julgador (Agravo de Instrumento 1411387-32.2014.8.12.0000). Pondera que não há omissão do Estado, que tem adotado medidas progressivas para solucionar a questão carcerária. Que restou comprovada a existência de vagas em outras unidades prisionais. Noutro ponto, sustenta que não pode ser imposta obrigação em face de terceiro (AGEPEN) que não figurou no polo passivo da lide. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o julgamento de procedência do pleito para o fim de reformar a sentença e julgar improcedente o pleito inicial.

O recurso foi inicialmente distribuído à 2ª Câmara Criminal, sob a relatoria do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, que declinou da competência (f. 364-365.)

Redistribuído a esta 4ª Câmara Cível, franqueou-se oportunidade ao Ministério Público para manifestação, que emitiu cota pugnando pela análise do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso (f. 375-376).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Compulsando os autos, verifica-se que a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou Ação de Obrigação de Fazer contra o Estado de Mato Grosso do Sul, buscando providências relacionadas à custódia de presos na carceragem da DEPOL de Sidrolândia. Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, para o fim de impor ao requerido as seguintes obrigações:

> *"1) promova a total e completa reforma, reestruturação ou que faça a necessária adequação da carceragem atualmente existente, adequando-se as disposições descritas nos artigos 88 e seguintes da Lei nº 7.210/84, no prazo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) limitada a R$ 10.000,00 (dez mil reais), contada a partir da expiração do prazo dado nesta sentença;*
>
> *2) que o requerido se abstenha de abrigar novos presos na Cadeia Pública de Sidrolândia até que a reforma seja concluída e seja realizada sua reabertura;*
>
> *3) que os custodiados na carceragem local sejam imediatamente transferidos, notificando-se à AGEPEN para que providencie vaga em estabelecimento penal adequado, no prazo máximo de 5 (cinco) dias;*
>
> *4) Determinar que a administração da população carcerária seja realizada pela AGEPEN, e não por policiais civis em desvio de função.*"

Insurge-se o Estado de Mato Grosso do Sul, alegando que o pleito inicial seria improcedente.

No que concerne a alegada impossibilidade de transferência de detentos para outras unidades penais do Estado, entendo que a sentença não merece reforma, a despeito do quanto decidido no julgamento do recurso de Apelação nº 0801141-82.2014.8.12.0046, por este Órgão Julgador.

Com efeito, a obrigação imposta na sentença, de transferência de presos, deve ser interpretada de acordo com o ordenamento jurídico, exigindo-se, ainda, boa fé, conforme se infere do art. 489, § 3º, do NCPC.

Nesta ordem de ideias, representa despropósito pensar que a obrigação em questão (transferência de detentos para outras unidades penais) pressupõe a adoção de medidas tendentes ao seu cumprimento, e não efetivo e literal atendimento. Em outras palavras, não houve imposição ao Estado de encaminhar um veículo à unidade prisional em questão, retirar os detentos e conduzi-los à outra unidade prisional, o que

comprometeria gravemente o próprio sistema carcerário, já considerado caótico. Obrigou-se, isto sim, que o Estado promovesse medidas necessárias e tendentes à remoção dos presos, dando início a procedimentos administrativos e formulando pedidos às autoridades competentes.

Estabelecida essa premissa, assentou o precedente citado nas razões de apelação que:

> *"(...) no caso de transferência de presos, existe atribuição específica da COVEP - Coordenadoria das Varas da Execução Penal, a qual foi criada com finalidade de exercer o controle e a fiscalização do sistema penitenciário, sistematizar a regionalização das Varas de Execução Penal e amenizar o problema da superlotação carcerária, a quem também compete o gerenciamento global das transferências temporárias ou definitivas de presos entre unidades penitenciárias, o que se dará por provocação da Agência Penitenciária (Agepen) ou provocação do juiz da comarca onde estiver o preso que deverá ser transferido."*

Tais ponderações, lançadas naquele julgado, não constituem óbice algum ao cumprimento da medida, indicando, isto sim, o caminho a ser percorrido, na via administrativa, para a consecução da obrigação imposta. Deverá o apelante, portanto, adotar medidas administrativas necessárias ao cumprimento da obrigação no prazo imposto. Irrelevante, nesta ordem de ideias, a que a competência administrativa para o gerenciamento global das transferências de presos entre unidades penitenciárias, certo que a COVEP - Coordenadoria das Varas da Execução Penal - é órgão pertencente ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Noutro ponto, importa registrar que a custódia e ressocialização de presos é dever do Estado, e, ainda, diante da urgência pela grave ofensa à dignidade da pessoa humana, não há se falar em ingerência nas Políticas Públicas, discricionariedade da Administração ou violação à tripartição dos poderes pelo Poder Judiciário, uma vez que a sentença recorrida procurou a manutenção do sistema prisional, em consonância com os ditames legais.

O poder discricionário da Administração encontra limite na grave vulneração de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, sendo então cabível e necessária a atuação do Poder Judiciário para sua observância, diante do controle que lhe assiste em decorrência do sistema de freios e contrapesos adotado pelo ordenamento jurídico pátrio na separação e harmonia entre os Poderes.

Quanto à alegação de ausência de recursos do apelante para realizar as adequações necessárias ao sistema carcerário, registro que as normas operacionais não podem sobrepor-se à responsabilidade dos entes públicos quanto à prestação dos serviços essenciais e permanentes. Ademais, a sentença concedeu prazo hábil para adequação do orçamento e realização de prévia licitação para seu cumprimento. E não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Ainda, não há invocar a teoria da reserva do possível para afastar a responsabilidade, tendo em vista que ela é aplicada quando garantido o mínimo existencial, encontrando limites em necessidades extremas, como no caso em tela.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou a respeito:

> *"(...) 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (...)"* (AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 06/12/2013)

Aquela mesma Corte Superior, aliás, decidiu no REsp n. 1.389.952/MT, de Relatoria do Ministro Herman Benjamim, que se constatando irregularidades em cadeia pública, como superlotação e insalubridade, deve ser julgado procedente pedido feito em ação civil pública para que o Estado adote medidas administrativas para respectiva previsão orçamentária a fim de que seja reformada ou construída unidade prisional.

É o que se extrai do resumo lançado no Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de n. 543 de 13 de agosto de 2014. Confira:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA. Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública – superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos, notadamente em razão de defeitos estruturais, de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relato de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam detentas acomodadas improvisadamente –, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. De fato, evidencia-se, na hipótese em análise, clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da CF) e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Nessas circunstâncias – em que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição –, a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como "supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social", como apregoa o preâmbulo da CF. Há, inclusive, precedentes do STF* (RE-AgR 795.749, Segunda Turma, DJe 20/5/2014; e ARE-AgR 639.337, Segunda Turma, DJe 15/9/2011) e do STJ (AgRg no REsp 1.107.511-RS, Segunda Turma, DJe 6/12/2013) *endossando a possibilidade de excepcional controle judicial de políticas públicas. Além disso, não há, na intervenção em análise, ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isso porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Ademais, também não há como falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/1964 (que preveem a necessidade de previsão orçamentária para a realização das obras em apreço), na medida em que a ação civil pública analisada objetiva obrigar o Estado a realizar previsão orçamentária das obras solicitadas, não desconsiderando, portanto, a necessidade de previsão orçamentária das obras. Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos*

> *países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político." (*Resp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014).

O Supremo Tribunal de Federal não se furta também à importância do tema e atribuiu repercussão geral ao RE n. 592.581, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional. Confira a respectiva ementa:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POLÍTICAS PÚBLICAS – JUDICIÁRIO – INTERVENÇÃO – EXCEPCIONALIDADE. Ante excepcionalidade, verificada pelas instâncias ordinárias a partir do exame de quadro fático, é possível a intervenção do Judiciário na implantação de políticas públicas direcionadas a concretização de direitos fundamentais, especialmente considerado o estado de coisas inconstitucional do sistema de custódia brasileiro. Precedente do Plenário: recurso extraordinário nº 592.581, relator ministro Ricardo Lewandowski, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 220 –, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de fevereiro de 2016.*" (RE 1155959 AgR, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 30/11/2018, Processo Eletrônico DJe-111 Divulg 27-05-2019 Public 28-05-2019)

O tema 220, dele extraído, trás a seguinte redação:

> *"É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes".*

Enfim, considerando a evidente violação aos direitos humanos e necessidade de custódia dos presos condenados e sua consequente ressocialização, além da falta de comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira do ente estatal para cumprimento da obrigação, não existe empecilho jurídico para a imposição da obrigação de fazer imposta na sentença, revelando-se incompatível a insurgência com precedente de observância obrigatória.

Prosseguindo, sustenta que não pode ser imposta obrigação em face de terceiro (AGEPEN) que não figurou no polo passivo da lide. Inicialmente, não compete ao Estado de Mato Grosso do Sul tutelar eventual direito de terceiro, a exemplo da AGEPEN. Noutra banda, nenhuma obrigação foi imposta à referida autarquia. Assentou o Juízo da causa, isto sim, que a Administração da População carcerária não poderá ser realizada por policiais civis, que não possuem tal atribuição, mas sim pela AGEPEN, que possui tal dever legal. A referência à intimação da AGEPEN decorre do fato de que os presos não podem permanecer desacautelados. Antecipou-se o juízo a providência que competia ao Estado de Mato Grosso do Sul. A medida só merece aplausos, dada a recalcitrância do ora recorrente.

Quando a Constituição Federal assegura a todos o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), não se restringe à garantir o direito de ação, porque esse direito (de acesso à Justiça) é bem mais abrangente, significando o próprio direito à pacificação social, objetivo último da tutela jurisdicional. Vale dizer, todos têm o direito de ver seus conflitos solucionados. Para tanto, Cândido Rangel Dinamarco revela a necessidade da tutela jurisdicional atender ao trinômio qualidade-tempestividade-efetividade.

E pondera o renomado processualista:

> *"(...) Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica. (...) Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. (...) As reformas do Código de Processo Civil, processadas especialmente mediante leis aprovadas a partir do ano de 1994, foram uma resposta a muitos dos reclamos da doutrina e da população por um sistema processual mais eficiente e capaz de atender ao trinômio qualidade-tempestividade-efetividade. (...) Para a efetividade da tutela, particularmente no campo angustioso das obrigações de fazer ou de não-fazer, municiaram o juiz com poderes eficientíssimos a serem exercidos ainda no processo de conhecimento e com dispensa da formal instauração de uma execução forçada (art. 461)."* (Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. Malheiros, 2009, p. 117-119, v. I)

Por outro lado, o art. 497, correspondente ao art. 461 do CPC/73, mencionado no texto, traz a seguinte redação:

> *"Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.*
>
> *Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.*"

Assim, atendendo aos reclamos da sociedade, bem como da comunidade jurídica, o legislador municiou o julgador com ampla gama de poderes para conferir efetividade à tutela jurisdicional, dentre os quais a possibilidade de fixação de multa, inclusive *ex officio*.

Por essa razão, não se sustenta o pensamento, notadamente resistente à nova ordem processual, que preconiza o processo de resultado, no sentido de que o cumprimento da obrigação ao pagamento de astreintes implicaria enriquecimento ilícito do credor. Não bastasse a previsão legal autorizando a cominação, o caráter provisório da multa permite ao julgador adequar valores eventualmente exagerados ou irrisórios a patamares mais adequados à realidade dos autos peculiaridades das partes, reduzindo-a ou majorando-a. Também não há falar em enriquecimento da parte credora, sendo apenas um desestímulo ao devedor, para que, diante da desfavorável situação de ver seu patrimônio diminuído, se sinta inclinado ao cumprimento espontâneo da obrigação.

É o que é fundamental, multa, nessa hipótese, não é arbitrada para ser paga, mas sim para que seja impulsionado efetividade a ordem judicial.

Marta Helena Baptista da Silva Jung dissertou sobre o tema em artigo publicado no sítio da rede mundial de computadores do professor e advogado Ovídio Baptista:

> *"O tema que tem ocupado a doutrina brasileira se refere a natureza jurídica das astreintes e seu caráter acessório. Embora a multa cominatória seja de natureza reconhecidamente coercitiva, quanto à sua acessoriedade, a doutrina vem entendendo que por se tratar de medida assecuratória, esta só poderá ser exigível após o trânsito em julgado da sentença que tenha resultado desfavorável a quem fora imposta a multa ou em caso de*

> *sentença pendente de recurso recebido somente no efeito devolutivo, quando se poderá executá-la provisoriamente, sob pena de o vencedor no processo, ser obrigado ao pagamento do valor da multa, promovendo o enriquecimento sem causa da parte sucumbente. Divergindo deste posicionamento, entendemos que a acessoriedade está limitada apenas pela sua classificação como medida de coerção para atingir determinado fim, qual seja, pressionar o demandado a cumprir determinação judicial. Efetivamente, não se trata de enriquecimento ilícito, uma vez que a multa cominatória não tem natureza reparatória nem caracteriza contraprestação de obrigação. A tese esposada tem amparo na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça do RS, que ao manifestar-se sobre a questão, assim se pronunciou: ...**" A obrigação de fazer ou não fazer fixada em compromisso de ajustamento, caso não adimplida, enseja execução especifica, sem prejuízo da multa estabelecida no titulo, que pode ser cobrada pela via da execução por quantia certa. Não ha limite para a fixação da multa, e sua fixação deve ser em valor elevado, para que iniba o devedor com intenção de descumprir a obrigação. O objetivo precípuo das "astreintes" e compelir o devedor a cumprir a obrigação e sensibiliza-lo de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a pena pecuniária. Nesse sentido, a ilimitacão da multa nada tem a ver com enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório**." (http://www.baptistadasilva.com.br/artigos007.Htm, acessado em 24 de novembro de 2009) [destaque no original].

Esse raciocínio aplica-se também, e com mais razão, às hipóteses em que a Fazenda Pública figura como parte devedora, situação da qual poderão advir inúmeras consequências, a exemplo da responsabilização pessoal da autoridade competente pelo prejuízo causado aos cofres públicos em decorrência do pagamento de multa, como parece ser o caso em hipótese.

Não vejo óbice, portanto, à fixação de astreintes contra a Fazenda Pública.

Noutro vértice, quanto ao valor, a sentença também não merece reforma. Sucede que a multa a que se refere o apelante foi fixada em R$ 1.000,00 por dia, limitada a R$ 10.000,00, em caso de descumprimento da ordem.

Nesse ponto, cumpre assinalar que o artigo 497, do NCPC, já transcrito, evidencia a intenção do legislador, qual seja, a de prover o juiz de meios idôneos a compelir o devedor faltoso a adimplir satisfatoriamente a obrigação à qual se comprometeu.

Assim, a multa diária, ou *astreinte* do direito francês, tem por intuito impor um dilema ao devedor: ou cumprir a obrigação, ou sofrer as conseqüências do agravamento de sua situação patrimonial, mediante a imposição de pena pecuniária por dia de atraso.

Nesse sentido, explica-a o ilustre Cândido Rangel Dinamarco, como uma execução indireta, medida disposta abstratamente, visando agravar a pressão psicológica incidente sobre a vontade do devedor (*apud* MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 404, nota 232).

À vista disso, infere-se, agora com respaldo no magistério de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que:

> *"O valor da multa deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento.* ***O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica.*** *A multa é apenas inibitória".* (destaquei), (Código de Processo Civil Comentado: e Legislação Extravagante. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, art. 461, nota 16, pp. 782 e 783).

Alinhadas essas considerações, chega-se à conclusão de que qualquer que seja o valor arbitrado pelo juiz, na hipótese das *atreintes*, a razão de ser do montante fixado está justamente na lei, a qual encerra em si o escopo inibitório e sancionatório da multa.

Assim, como o objetivo da multa não é ressarcir, vale-se o juiz do fundamento legal para impor a medida, já que, aliás, o único critério a ser seguido pelo julgador é o de não impor ao réu uma multa incapaz de atender ao objetivo pretendido: constranger o devedor a pagar, ao revés de sofrer os males de sua recalcitrância.

Este, aliás, é o entendimento que se colhe no seguinte julgado desta Corte:

> *"AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS (...) – IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE – VALOR DA MULTA DIÁRIA – ADEQUADO (...)Considerando que o objetivo das astreintes não é o seu pagamento, o valor fixado pelo magistrado deve ser expressivo, significativamente alto, para que se consiga do próprio réu o cumprimento da determinação judicial na forma específica, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência".* (Apelação Cível 2008.008042-8/0000-00 – 4ª T. Cível. Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro. Julg. 10/06/2008).

No mesmo sentido, os seguintes arestos de outros tribunais pátrios:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMETO – ASTREINTES – IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – ART. 475-M DO CPC – PRESENÇA DOS REQUISITOS – 1. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação certa na forma específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação, que ele sabe de antemão qual seja, na forma específica, a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz".* (TRF 2ª R. – AG 2007.02.01.002617-6 – 8ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Raldênio Bonifacio Costa – DJU 12.12.2007 – p. 248).

Mais,

> *"APELAÇÃO CÍVEL – MULTA DIÁRIA – MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – Na forma do art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil, o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. O valor da multa deve ser significativamente alto, justamente porque tem caráter inibitório, obrigando o devedor a cumprir a obrigação específica a ter de pagar o valor fixado pelo juiz".* (Destaquei.) (TJRO – AC 100.001.2005.019992-6 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Kiyochi Mori – J. 03.10.2006)

Com isso, diante das peculiaridades do caso, tais como a necessidade e imprescindibilidade da medida, entendo que não existem motivos para a alteração da multa imposta pelo Juízo *a quo*. Aliás, como bem ponderou o juízo na sentença, se o valor se mostrar irrisório, ainda poderá ser majorado.

Sem honorários, porque ajuizada pela Defensoria Pública Estadual. Sem custas diante da confusão.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao reexame de sentença e ao recurso de apelação, mantendo-se integralmente as obrigações impostas na sentença. Sem custas e honorários.

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. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 02 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Sideni Soncini Pimentel
Apelação nº 0002331-49.2013.8.12.0014 - Maracaju

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA ANALISADA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDORA PÚBLICA – CONTRATO TEMPORÁRIO – GESTANTE – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – INDENIZAÇÃO DEVIDA PELO PERÍODO DA ESTABILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 10, INC. II, ALÍNEA B, DO ADCT – PRETENSÃO OBTIDA NA SENTENÇA – FALTA DE INTERESSE RECURSAL DO APELANTE – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – POSSIBILIDADE ALTERAÇÃO EM REMESSA NECESSÁRIA – PRECEDENTES – JUROS DE MORA – APLICAÇÃO DA LEI 9494/97 – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E – SENTENÇA ILÍQUIDA – FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA POSTERGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO – RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

A dispensa da remessa necessária pressupõe sentença condenatória ou direito controvertido inferior a 100 ou 500 salários mínimos e de valor líquido e certo, o que não é o caso dos autos, onde a sentença é ilíquida. Daí a necessidade de ser analisada de ofício a remessa necessária.

Quanto à estabilidade provisória em razão de gestação, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as gestantes, sejam servidoras públicas ou trabalhadoras, independentemente do regime jurídico ao qual estejam submetidas, se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), e, mesmo no caso das contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição ou admitidas a título precário, têm direito público subjetivo à estabilidade provisória. E, se esta não for observada, havendo dispensa nesse período, resultando na extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante, terá direito à indenização correspondente aos valores que receberia até cinco meses após o parto.

Verificando-se que o apelante já obteve a pretensão na própria sentença, falta-lhe o interesse recursal.

Por força da remessa necessária, os juros de mora e a correção monetária, por serem consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública, de forma que podem ser analisados a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive com a modificação do respectivo índice, sem que implique em *reformatio in pejus*.

Os juros de mora devem ser aplicados conforme previsão da Lei n. 9.494/97 e a correção monetária de acordo com IPCA-E, conforme previsão do tema 810 do STF.

Sendo ilíquida a sentença, posterga-se a fixação dos honorários advocatícios para a fase de liquidação, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC, reformando-se a sentença por força da remessa necessária.

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 conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, negar provimento ao recurso. Remessa Necessária conhecida de ofício e provida parcialmente, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença de procedência proferida nos autos da ação de cobrança promovida por Marcela Rodrigues dos Santos. Sustenta a inexistência de direito à estabilidade nos contratos de trabalho temporário; que no caso em tela, em razão da apelada ter sido contratada como professora temporária, não há como aplicar e sequer efetuar reintegração de função pública temporária ou posterior concessão de licença maternidade e que a recorrida não faz jus ao pagamento de valores atinentes à licença maternidade, nem ao recebimento de indenização correspondente aos salários do período de cinco meses após o parto. No mais, defende ser indevida a aplicação do índice IPCA-E, para fins de correção monetária, devendo ser observado o art. 1º-F da Lei 9494/97. Pugna pelo provimento do recurso, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inaugural.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 152-158.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a reforma da sentença de procedência proferida nos autos da ação de cobrança promovida por Marcela Rodrigues dos Santos. Sustenta a inexistência de direito à estabilidade nos contratos de trabalho temporário; que no caso em tela, em razão da apelada ter sido contratada como professora temporária, não há como aplicar e sequer efetuar reintegração de função pública temporária ou posterior concessão de licença maternidade e que a recorrida não faz jus ao pagamento de valores atinentes à licença maternidade, nem ao recebimento de indenização correspondente aos salários do período de cinco meses após o parto. No mais, defende ser indevida a aplicação do índice IPCA-E, para fins de correção monetária, devendo ser observado o art. 1ºF da Lei 9494/97.

Remessa necessária de ofício

O juízo *a quo* não procedeu à remessa necessária, porém a hipótese se amolda à regra prevista no art. 496 do CPC, não se aplicando as exceções previstas, de forma a permitir a análise de ofício. A dispensa da remessa necessária pressupõe sentença condenatória ou direito controvertido inferior a 100 ou 500 salários mínimos e de valor líquido e certo, o que não é o caso dos autos, onde a sentença é ilíquida.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"Súmula 490. A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas."*

Assim, conheço de ofício da remessa necessária, a qual será analisada em conjunto com o apelo voluntário interposto pelo Estado.

Do mérito

Pois bem. Quanto à estabilidade provisória em razão de gestação, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as gestantes, sejam servidoras públicas ou simples trabalhadoras, independentemente do regime jurídico ao qual estejam submetidas, se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), e, mesmo no caso das contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição ou admitidas a título precário, têm direito público subjetivo à estabilidade provisória.

E, se não for observada a estabilidade provisória gestacional, havendo dispensa nesse período, resultando na extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante, terá direito à indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto. Confira:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ART. 105, II, "B" DA CARTA MAGNA – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – CABIMENTO – SERVIDORA PÚBLICA DESIGNADA EM CARÁTER PRECÁRIO – EXONERAÇÃO DURANTE A GESTAÇÃO – LICENÇA-MATERNIDADE – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO – ART. 10, II, "B", DO ADCT – INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA – POSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271/STF. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Esta Corte e o STF consagraram entendimento no sentido de que a expressão denegatória da segurança, insculpida na alínea "b" do inciso II do art. 105 da Carta Magna, deve ser interpretada em sentido amplo, abarcando tanto o acórdão denegatório da ordem como aquele que extingue o processo, sem julgamento do mérito. Preliminar de não cabimento do recurso rejeitada. 2. Em harmonia com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, esta Corte vem decidindo que a servidora designada precariamente para o exercício de função pública faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, 'b', do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 3. Pacificada, também, a orientação segundo a qual ainda que os efeitos secundários de eventual concessão da ordem impliquem o pagamento da remuneração devida à parte autora em relação ao período do seu afastamento do serviço público em decorrência do ato de sua demissão/exoneração, este fato não tem o condão de transformar o mandado de segurança em ação de cobrança. Não incidência, na hipótese, das Súmulas nº 269 e nº 271 do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no RMS 29.616/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015)".

> *"SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, "b") – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) – PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestante à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. -* ***As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, "b"), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral.*** *Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa. Precedentes."* (RE 634093 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, Acórdão Eletrônico DJe-232 Divulg 06-12-2011 Public 07-12-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00640 RSJADV jan., 2012, p. 44-47) frisei

Nesse sentido também vem se posicionando este Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME – ADMINISTRATIVO –* ***PROFESSORA – CONTRATO TEMPORÁRIO – GRAVIDEZ DURANTE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – DIREITO À LICENÇA – MATERNIDADE – ART. 7º, XVII, DA CF – ESTABILIDADE NO EMPREGO – LIMITADA HÁ CINCO MESES APÓS O PARTO*** *– APELO VOLUNTÁRIO E REEXAME PARCIALMENTE PROVIDOS. As servidoras estaduais, ainda que contratadas temporariamente, tem direito à licença maternidade. A servidora ocupante de cargo temporário faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, "b", do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0801868-49.2014.8.12.0011, Coxim, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 31/01/2017, p: 03/02/2017) destaquei.

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – TÉCNICA DE ENFERMAGEM –* ***CONTRATO TEMPORÁRIO – GRAVIDEZ DURANTE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE*** *– REINTEGRAÇÃO – MANUTENÇÃO DO CONTRATO – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO DE MULTA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. A servidora ocupante de cargo temporário faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, "b", do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1410497-88.2017.8.12.0000, São Gabriel do Oeste, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 20/11/2017, p: 23/11/2017) destaquei.

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO LIMINAR –* ***LICENÇA-MATERNIDADE – GESTANTE COM CONTRATO TEMPORÁRIO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – DIREITO CONSTITUCIONAL*** *– PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO".* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1401784-95.2015.8.12.0000, Pedro Gomes, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 28/04/2015, p: 30/04/2015) destaquei

Logo, não há dúvidas de que a autora tem direito à indenização pela dispensa em período de estabilidade provisória gestacional, vez que deveria ter sido obedecido o prazo, sem dispensa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Com efeito, verifica-se dos autos que a autora teve seu contrato de trabalho encerrado em 22 de dezembro de 2012, consoante se infere da inicial e documento de f. 15/20, enquanto seu parto ocorreu em 17 de dezembro de 2012 (f. 12). Sendo assim, não poderia ter sido dispensada, mas somente após o decurso do prazo de cinco meses depois do parto, ou seja, em maio de 2013, o que deixou de se observado pelo requerido.

Assim sendo, há que ser mantida a sentença no capítulo que impôs o pagamento de indenização correspondente aos vencimentos do período da estabilidade provisória, devidos desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, descontados os valores eventualmente já pagos.

Já no que se refere a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária, considerando-se que o dispositivo da sentença impôs a observância ao art. 1º-F da Lei 9494/97, não tendo sido feito qualquer alusão ao IPCA-E, falta ao apelante interesse recursal.

Por outro lado, por força da remessa necessária, os juros de mora e a correção monetária, por serem consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública, de forma que podem ser analisados a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive com a modificação do respectivo índice, sem que implique em *reformatio in pejus*.

Confira precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO SALDO REMANESCENTE – APLICAÇÃO DA TR. INOCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – AGRAVO INTERNO DOS SERVIDORES A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.* ***A alteração dos índices de correção monetária e juros de mora, por se tratar de consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública, cognoscível de ofício, motivo pelo qual não prospera a alegação de ocorrência de reformatio in pejus****. Precedentes: AgRg no AREsp. 288.026/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20.2.2014; EDcl no AgRg no AREsp. 52.739/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 5.12.2013; EDcl nos EDcl no Ag 1.074.207/RS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, DJe 4.9.2013. 2. Agravo Interno dos Servidores a que se nega provimento."* (AgInt no REsp 1575087/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/10/2018, DJe 19/11/2018) destaquei.

E mais,

> *"****ALTERAÇÃO DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO.*** *APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I. A condenação do Ente Municipal no pagamento de verba advocatícia decorre da distribuição da. II. Correção monetária e juros de mora. O Tribunal Cidadão posiciona-se no sentido de que a correção monetária e os juros de mora, como consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na Corte de origem. Em sendo assim, tratando-se de condenação judicial referente ao pagamento de verba salarial a servidor público, a fixação do IPCA como índice para a correção monetária, deve ser alterada para incidir o IPCA-E. Entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar e julgar o REsp 1495146/MA, pela sistemática de Recursos Repetitivos (DJE de 02/03/2018). Recurso conhecido e parcialmente provido."* (TJBA. Apelação Cível 0000161-74.2003.8.05.0265. Relatora Maria do Socorro Barreto Santiago, Segundo Câmara Cível. Pub. 30/01/2019) destaquei

> *"APELAÇÃO CÍVEL – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR MUNICIPAL – MUNICÍPIO DE CAPELINHA – REMUNERAÇÃO MENSAL – 13º SALÁRIO – VERBAS CONSTITUCIONAIS – PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PROVA – LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – NÃO OPONIBILIDADE -* ***ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA: ALTERAÇÃO DE OFÍCIO****. 1. A remuneração mensal e o 13º salário constituem verbas constitucionalmente previstas como instrumentos de contraprestação ao trabalho do servidor, portanto, devidas aos servidores aposentados, sob pena de caracterização de enriquecimento de causa. 2. Sem prova do pagamento devido, cabível a condenação do ente público devedor, não oponíveis as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal. 3. Declarada a inconstitucionalidade do critério de correção monetária fixada na Lei nº 11.960/2009, há de se aplicar, de ofício, o IPCA-E".* (TJMG. Apelação Cível 10123130059066001. Pub. 11/03/2019) destaquei.

Firmada essa premissa, acerca dos juros e correção decidiu o juízo *a quo* (f. 123)*:*

> *"A correção monetária e os juros de mora devem observar, os ditames do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97 com observância do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4425 e 4357."*

Nesse ponto a sentença merece reparos.

No que se refere à correção monetária e aos juros de mora, ao julgar o RE n.º 870.947, submetido à repercussão geral, o STF analisou os critérios para incidência de juros de mora e de correção monetária em dívida não tributária em período anterior ao precatório, ou seja, da fase de conhecimento até a inscrição em precatório (que é objeto da discussão travada no caso em comento), tendo sido fixadas as seguintes teses:

> ***"Tema 810 -*** *Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.* ***Tese: I -*** *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****; II - 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."* (STF, RE 870947 / SE, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 20.09.2017, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 20.11.2017). (destacado).

Portanto, em relação aos juros de mora deverá ser aplicado o art. 1ºF da Lei 9.494/97, como, aliás, restou consignado na sentença.

Já no que diz respeito à correção monetária, o STF não delimitou qual o índice deveria substituir a TR, de forma que coube ao STJ fazê-lo, em tese que ficou assim redigida:

> *"[...] 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****."* (STJ. 1ª Seção. REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2018 (recurso repetitivo) (Info 620). (destacado).

E mais recentemente:

> *"PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA QO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – JUROS DE MORA – ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997 – MP N. 2.180-35/2001 E LEI N. 11.960/2009 – APLICAÇÃO IMEDIATA – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – ART. 543-B, § 3º, DO CPC.DELIMITAÇÃO DOS MARCOS TEMPORAIS E SUCUMBÊNCIA – REsp 1.495.144/RS, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA – EMBARGOS DA PARTE ACOLHIDOS E DA UNIÃO PREJUDICADOS. [...] 2. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a nova redação dada ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 pela Lei n. 11.960/2009, em setembro/2017, julgou o RE 870.947/SE, em sede de repercussão geral, assentando o tema 810: Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. 3.* ***A Primeira Seção desta Corte reexaminou a matéria em recursos especiais repetitivos que tratam tanto da incidência dos juros de mora em condenações impostas à Fazenda Pública de natureza administrativa em geral*** *(REsp 1.495.144/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018), quanto de natureza previdenciária (REsp 1.492.221/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018) e de natureza tributária (REsp 1.495.146/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018). 4. No caso em exame, cuida-se de embargos à execução interpostos pela União, em ação referente ao pagamento de diferenças sobre vencimentos a título de adicional por tempo de serviço (anuênios), razão*

pela qual deve ser aplicável o entendimento firmado no REsp 1.495.144/RS. 6. Delimitação temporal: ***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.*** *[...].”* (STJ, EDcl na QO nos EDcl no AgRg no Respn.º 1.079.854 - RS, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em: 06.11.2018). (destacado).

Assim, para fins de correção monetária, deverá ser aplicado o IPCA-E.

Acrescento que, caso o STF venha a alterar a modulação de efeitos do Tema 810 no julgamento dos Embargos Declaratórios em trâmite (RE 870.947/SE), este recurso retornará a este Colegiado para observância do *decisum,* nos termos do art. 1.040 do CPC.

Ainda, a título de remessa necessária, imprescindível a modificação da sentença para o fim de postergar a fixação de honorários advocatícios para a fase de liquidação, dada a iliquidez da sentença, consoante previsão contida no art. 85, § 4º, II, do CPC, o qual não poderá ultrapassar o percentual previamente estipulado pelo juiz a quo sob pena de reformatio in pejus.

Posto isto, conheço de ofício e dou parcial provimento a remessa necessária para o fim de: alterar o índice de correção monetária, devendo ser aplicado IPCA-E; postergar a fixação de honorários advocatícios para a fase de liquidação, dada a iliquidez da sentença, consoante previsão contida no art. 85, § 4º, II, do CPC, o qual não poderá ultrapassar o percentual previamente estipulado pelo juiz *a quo* sob pena de reformatio in pejus. Nos mais, conheço em parte do recurso de apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento. Tendo o Estado apelante sucumbindo em seu recurso, nos termos do art. 85, § 11, a majoração da verba honorária deverá ser apurada por ocasião da liquidação da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram provimento ao recurso. Remessa necessária conhecida de ofício e provida parcialmente, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Sideni Soncini Pimentel
Apelação Cível nº 0802276-05.2017.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE CONFIGURADOS NÃO ATACADA – ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR AGENTE PÚBLICO EM VEÍCULO OFICIAL FORA DO HORÁRIO DE EXPEDIENTE E EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – DOSIMETRIA (ART. 12, III DA LEI 8.429/92) – EXCLUSÃO DA PENA DE PERDA DO CARGO PÚBLICO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como regra, não se aplica o princípio da insignificância aos atos de improbidade administrativa. Ademais, os atos constantes da inicial (acidente de trânsito causado por agente público em veículo oficial fora do horário de expediente e em estado de embriagues) também não permitem sua aplicação no caso dos autos.

Segundo lição doutrinária e jurisprudencial, reconhecida a improbidade administrativa a imposição das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 não é automática, devendo o julgador adotar aquelas compatíveis com a conduta do agente e proporcionais à gravidade do ato, extensão do dano e o proveito econômico auferido.

Devem ser modificadas as penas impostas ao requerido, para excluir a pena de perda do cargo, tendo em mente o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando, ainda, a inexistência de prejuízo ao erário e precedentes similares.

Recurso conhecido e 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 e com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

José Carlos do Prado Rodrigues interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação civil pública por improbidade administrativa que lhe move o Ministério Público Estadual, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos. Sustenta que as penas aplicadas de perda da função pública e multa civil não se pautaram na razoabilidade e proporcionalidade, porquanto o fato do apelante ter arcado com todos os custos reputa claramente que o dano não se estendeu a terceiros ou à Administração Pública Indireta

Estadual. Ademais, afirma não ter obtido qualquer proveito patrimonial com a situação vivenciada ou obteve, no grau mínimo, tão somente com a utilização do veículo oficial. Destaca ainda outros elementos para fins de análise da pena imposta, tais como: personalidade/primariedade do agente em atos dessa natureza; a natureza do ato ilícito praticado e a conduta concreta que encampa o fator da condenação. Aduz que já foi punido com suspensão de três dias sem recebimento de salário. Prossegue, alegando que é encanador e percebe mensalmente menos de R$ 2.000,00, uma das posições hierárquicas mais baixas do serviço público, não sendo razoável tirar o emprego de um homem que sustenta a família. Arremata, defendendo que deve ser aplicado o princípio da insignificância no presente caso, de acordo com os critérios apontados pelo STF. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da sentença no sentido de afastar as penalidades ou reduzi-las.

Contrarrazões pelo desprovimento. O autor manifestou oposição ao julgamento virtual. A Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento da apelação e remessa necessárias apenas para excluir a pena de perda do cargo público.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Compulsando os autos, verifico tratar-se de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra José Carlos Rodrigues, a quem se atribui a pratica de atos ímprobos (conduzir veículo oficial fora dos horários de expediente e em estado de embriaguez, envolvendo-se em acidente de trânsito). O juízo da causa acolheu em parte os pedidos constantes da inicial e condenou o requerido ao pagamento de multa civil equivalente a 1 vez o valor da sua última remuneração e perda do cargo público que ocupa junto à Sanesul.

Insurge-se o requerido contra as penas impostas, alegando desproporcionalidade. Alegou, ainda, a aplicação do princípio da insignificância. A irresignação merece prosperar, ao menos em parte.

Registre-se, inicialmente, que os fatos alegados na inicial são incontroversos e não houve insurgência quanto ao ponto. Defende, outrossim, o recorrente, a aplicação do princípio da insignificância.

No que tange à aplicação do princípio da insignificância (instituto de utilização corriqueira na esfera do Direito Penal, que impede a aplicação da norma sancionadora diante de fatos típicos juridicamente inexpressivos) não tem aplicação no caso dos autos. Isto porque o interesse público é indisponível e as sanções administrativas não trazem a gravidade das sanções penais. Ainda que assim não o fosse, a hipótese versada nos autos trata de sucessivas infrações funcionais (utilizar-se de veículo oficial fora do horário de expediente) e administrativas (conduzir veículo em estado de embriagues), que redundam em violação ao princípio da moralidade administrativa, conforme assentado em capítulo da sentença não impugnado.

A pretensão recursal contraria, ademais, a orientação sedimentada no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PRINCÍPIO – INSIGNIFICÂNCIA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O chefe de gabinete da prefeitura aproveitou-se da força de três servidores municipais, bem como de veículo pertencente à municipalidade, para transportar móveis de seu uso particular. Ele, ao admitir os fatos que lhe são imputados (são incontroversos e confessados), pediu exoneração do cargo e ressarciu aos cofres públicos a importância de quase nove reais referente ao combustível utilizado no deslocamento. Então, o MP, em ação civil pública, buscou imputar ao réu as condutas dos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992. Por sua vez, o juízo singular reconheceu a configuração da improbidade administrativa e lhe cominou multa de mil e quinhentos reais, porém afastou a pretendida suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público. No recurso, o réu buscava afastar a multa imposta, mas o TJ, considerando o valor e o ressarcimento imediato do dano, bem como o pedido de exoneração acabou por julgar improcedente a ação civil pública. Para isso, aplicou à hipótese o princípio da insignificância em analogia com o Direito Penal: apesar de*

> *típica, a conduta não atingiria, de modo relevante, o bem jurídico protegido. Diante disso, vê-se que o bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser, objetivamente, considerada: ela não comporta relativização a ponto de permitir "só um pouco" de ofensa. Daí não se aplicar o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como ímprobas, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade. Constata-se que, em nosso sistema jurídico, vige o princípio da indisponibilidade do interesse público, a que o Poder Judiciário também está jungido. Mesmo no âmbito do Direito Penal, o princípio da insignificância é aplicado com parcimônia, visto que o dano produzido não é avaliado apenas sob a ótica patrimonial, mas, sobretudo, pela social. Anote-se haver precedente deste Superior Tribunal quanto ao fato de o crime de responsabilidade praticado por prefeito não comportar a aplicação do princípio da insignificância ao fundamento de que, por sua condição, exige-se dele um comportamento adequado, do ponto de vista ético e moral. Se é assim no campo penal, com maior razão o será no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, de caráter civil. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso especial do MP, afastando a aplicação do referido princípio. Precedente citado: REsp 769.317-AL, DJ 27/3/2006. REsp 892.818-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 11/11/2008."* (Informativo nº 0376 Período: 10 a 14 de novembro de 2008.)

Inaplicável ao caso dos autos, portanto, o princípio da insignificância.

Uma vez caracterizado o ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, da Lei 8.429/92 (violação aos princípios da Administração Pública), as sanções a serem arbitradas estão previstas no art. 12, III, da mesma lei:

> *"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.*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."*

Importa destacar que a imposição das sanções referidas não é automática, devendo o julgador adotar aquelas compatíveis com a conduta do agente. Em conformidade com o parágrafo único, transcrito, a fixação das sanções deve ser individualizada e proporcional à gravidade do ato, extensão do dano e o proveito econômico auferido pelo agente.

Nesse sentido, a lição de Arnaldo Rizzardo:

> *"A Lei nº 8.429 regula a espécie e a gradação das sanções, devendo sempre dominar o princípio da proporcionalidade. Estabelece-se o máximo ou o mínimo em função da gravidade do ato, das repercussões negativas ou prejudiciais aos entes públicos, do maior ou menor benefício ilícito, e inclusive da intensidade do dolo.*" (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa, p. 555)

O juízo da causa aplicou ao requerido, ora apelante, o pagamento de multa civil (equivalente a 1 vez o valor da sua última remuneração) e perda do cargo público. Referida cominação não se fez acompanhar

de justificativa, assentando o Juízo da causa fundamentação genérica e abstrata, aplicável à qualquer ato de improbidade. Veja:

> *"(...) A justificativa para aplicação das penalidades retromencionadas decorre do fato de ser inadmissível que permaneça no serviço público aquele agente que não tenha demonstrado qualquer respeito e lealdade ao órgão público integrante da administração pública indireta estadual responsável pelo pagamento de sua remuneração mensal. De igual modo, a condenação deve servir de parâmetro inibidor a todos àqueles que ocupam função pública e desdenham do dinheiro público quando julgam normal usar veículo público em finalidade diversa, sem qualquer justificativa ou autorização administrativa ou legal, no caso, irresponsavelmente, após ingerir bebida alcoólica."* (f. 258-259)

A despeito disso, tem-se, na hipótese veiculada nos autos, que o apelante agiu com inegável desprezo aos princípios que regem a Administração Pública ao utilizar-se de carro oficial fora do horário de expediente e conduzi-lo com sinais de embriagues (fatos incontroversos). À luz dessas circunstâncias, inarredável a condenação do agente público, ora apelante, ao pagamento de multa civil, como levado a efeito na sentença.

Todavia, a perda do cargo imposta ao apelante, considerando que os fatos ora em julgamento não causaram prejuízo algum à Administração Pública, não indo além de meras infrações administrativas. Revela-se, assim, demasiadamente grave e desproporcional para a hipótese a imposição da pena de perda do cargo público, a mais grave do rol do art. 12, III, da Lei 8.429/92, daí porque a meu juízo deve ser afastada.

Em hipótese bastante similar, o Superior Tribunal de Justiça afastou a pena de demissão imposta a policial rodoviário federal, considerando inclusive a dignidade da função policial (agravante ausente na espécie dos autos, onde o recorrente desempenha função encanador junto à Sanesul). Veja:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PENA DE DEMISSÃO – ARTS. 116, II E III, E 117, IX, C/C ART. 132, IV, DA LEI 8.112/1990 – VALER-SE DO CARGO PÚBLICO PARA LOGRAR PROVEITO PESSOAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA MATERIALIDADE DELITIVA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – PRECEDENTES – REJEIÇÃO DO RELATÓRIO FINAL DA PRIMEIRA COMISSÃO – POSSIBILIDADE – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 168 DA LEI 8.112/1990 – ANULAÇÃO PARCIAL DO PAD EM RAZÃO DE NULIDADES INSANÁVEIS NO ATO DE INDICIAÇÃO – ART. 169 C/C 161 DA LEI 8.112/1990 – AUSÊNCIA DE NULIDADE DO PAD – COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA IMPOR PENALIDADE A SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – DESNECESSIDADE DE ANTERIOR JULGAMENTO NA ESFERA PENAL – INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS – PRECEDENTES – NÃO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NO ILÍCITO PREVISTO NOS ARTS. 116, II E III, E 117, IX C/C ART. 132, IV, DA LEI 8.112/1990 – ANULAÇÃO DA PENA DEMISSÓRIA – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 9. Em que se pese tratar de uma conduta deveras reprovável, especialmente por se referir a um Policial Rodoviário Federal, o qual deve dar o exemplo aos demais condutores, certo é que mesmo assim tal conduta, de forma isolada e sem outras agravantes, não se mostra apta, por si só, para justificar a pena de demissão e a ser enquadrada no tipo legal dos arts. 132, IV e do art. 117, IX, da Lei 8.112/1990, ainda mais quando não se vislumbra o uso do cargo público para beneficiar-se indevidamente a si ou a outrem, mas apenas uma conduta incompatível com a moralidade administrativa e a inobservância de normas regulamentares da Polícia Rodoviária Federal, condutas estas insuficientes a ensejar a pena capital, ainda mais quando a referida conduta sequer teve o condão de gerar qualquer prejuízo à imagem da Polícia Rodoviária Federal e ou vantagens ao impetrante ou se enquadrar como ato de improbidade administrativa, sendo praticadas, em verdade, para dar ares de verdade a uma mentira do impetrante para sua namorada, sendo que em nenhum momento restou evidenciado que o impetrante fez uso do uniforme completo da Policia Rodoviária Federal para furtar-se a eventual fiscalização de trânsito."* (MS 21.544/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques,

Primeira Seção, julgado em 22/02/2017, DJe 07/03/2017)

O parecer ministerial destaca, ainda, que não houve prejuízo ao erário, na medida em que os prejuízos decorrentes dos acidentes foram devidamente reparados, tendo o agente público, inclusive, recebido sanção administrativa:

> *"(...) No entanto, seguindo o critério da razoabilidade, entendo que há desproporção na imposição da pena de perda da função pública, notadamente pelo fato do apelante já ter sido punido administrativamente (p. 126/128 e 131), ter aceitado proposta de Suspensão Condicional do Processo nos Autos n. 0008370-07.2014.8.12.0021, além de ter arcado com os custos do seguro do veículo. Portanto, diante das peculiaridades do caso, não se mostra razoável a aplicação de sanção tão extrema como a perda do cargo público.*" (f. 328)

Dessarte, entendo desproporcional e desarrazoada a imposição da pena de perda do cargo público exercido pelo recorrente, especialmente levado em conta que dos fatos não decorreram prejuízos ao erário.

Sem majoração de honorários advocatícios, porque sequer fixados em primeiro grau diante da natureza de ação.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do presente recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento a fim de reformar a sentença e em consequência excluir a pena da perda do cargo aplicada ao apelante. Às providências. A distribuição dos ônus da sucumbência permanecerá inalterada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Vilson Bertelli
Agravo de Instrumento nº 1408402-17.2019.8.12.0000 - Ponta Porã

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE – LIQUIDAÇÃO – APURAÇÃO DE HAVERES – BALANÇO DE DETERMINAÇÃO – DECISÃO MANTIDA.

Em consonância com precedente do Superior Tribunal de Justiça, no caso de dissolução parcial de sociedade limitada, ainda que o contrato social contenha critério para a apuração de haveres, este somente prevalecerá se houver concordância das partes com o resultado alcançado, o que não se evidencia no caso.

Deve ser conferida interpretação sistemática e teleológica ao art. 604, II, do Código de Processo Civil e ao art. 1.031 do Código Civil, a fim de que a apuração de haveres reflita a vontade das partes, que deve ser justa e estar em conformidade com a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. Este último princípio estabelece os deveres das partes de lealdade, confiança, colaboração, honestidade e razoabilidade.

Caso em que o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Thaís Basso Amaral e outros interpõem agravo de instrumento contra decisão proferida na fase de liquidação de sentença, para apuração de haveres decorrentes da decretação de dissolução parcial de sociedade.

Insurgem-se contra os critérios para apuração de haveres determinados pelo juiz, sob o argumento de que há previsão contratual relativa à questão, que deve ser aplicada (cláusula décima). Sustentam dispor o contrato sobre a necessidade de observância ao patrimônio líquido atualizado, no momento da retirada da sociedade, o que está em consonância com o disposto no art. 604, II, do Código de Processo Civil e art. 1.031 do Código Civil. Sucessivamente, pretendem seja afastada a determinação de avaliação do ativo imobilizado a valores de mercado, considerando a circunstância de dissolução parcial e não de venda.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 1547-1548).

Contraminuta às f. 1552-1562.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução.

Thaís Basso Amaral e outros interpõem agravo de instrumento contra decisão proferida na fase de liquidação de sentença, para apuração de haveres decorrentes da decretação de dissolução parcial de sociedade.

Insurgem-se contra os critérios para apuração de haveres determinados pelo juiz, sob o argumento de que há previsão contratual relativa à questão, que deve ser aplicada (cláusula décima). Sustentam dispor o contrato a necessidade de observância ao patrimônio líquido atualizado, no momento da retirada da sociedade, o que está em consonância com o disposto no art. 604, II, do Código de Processo Civil e art. 1.031 do Código Civil. Sucessivamente, pretendem seja afastada a determinação de avaliação do ativo imobilizado a valores de mercado, considerando a circunstância de dissolução parcial e não de venda.

Fundamentação

A parte recorrente pretende, para apuração de haveres, a aplicação da cláusula décima, que remete às cláusulas oitava e nona do contrato social. Confira-se:

> *"Cláusula Décima: - Sócio que pretender retirar-se da sociedade - O sócio que desejar ou pretender se retirar da sociedade por qualquer razão que seja deverá ofertar suas quotas partes obedecendo todas as condições e requisitos estabelecidos na cláusula oitava e nona.*
>
> *Cláusula Nona: Nas operações de cessão e/ou transferência para a própria empresa, observar-se-á que a negociação ficará na dependência de existir fundo de reserva especial para aquisição de quotas partes dos sócios quotistas, ficando, desde já ajustado e acordado, que será utilizado para fins de avaliação das mesmas o valor do patrimônio líquido atualizado."*

Não obstante, a recorrente sequer faz menção ao disposto na cláusula décima primeira que estabelece: "*Do pagamento dos haveres - Os haveres do sócio-retirante, dos sucessores ou dos herdeiros que não permanecerem na sociedade serão apurados por balanço especial a ser levantado pela sociedade, salvo se o sócio retirante concordar em apurar seus haveres com base nos balanços levantados periodicamente pela sociedade.*"

O que prevalece, na hipótese, é a cláusula 11ª que estabelece, expressamente, critério de pagamento de haveres ao sócio retirante, salvo discordância.

Neste caso, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve prevalecer o balanço de determinação, critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa, *in verbis*:

> *"DIREITO EMPRESARIAL – DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – SÓCIO DISSIDENTE – CRITÉRIOS PARA APURAÇÃO DE HAVERES – BALANÇO DE DETERMINAÇÃO – FLUXO DE CAIXA.*
>
> *1. Na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para a apuração dos haveres do sócio retirante somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado.*
>
> *2. Em caso de dissenso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa.*
>
> *3. O fluxo de caixa descontado, por representar a metodologia que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa, pode ser aplicado juntamente com o balanço de determinação na apuração de haveres do sócio dissidente.*

> *4. Recurso especial desprovido."* (REsp 1335619/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 27/03/2015).

De acordo com o voto proferido pela Relatora Ministra Nancy Andrighi:

> *"O atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante acerca da apuração de haveres na dissolução parcial de sociedades por quotas de responsabilidade limitada tem como pilar central o julgamento, pelo STF, do RE 89.464/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Rel. p/ acórdão Min. Décio Miranda, DJ de 04.05.1979, no qual ficou decidido que "deve ser assegurada ao sócio retirante situação de igualdade na apuração de haveres, fazendo-se esta com a maior amplitude possível, com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo".*

A ideia central de posicionamento é a possibilidade de manutenção do exercício social da empresa e também garantir situação de igualdade entre os sócios. Nesse contexto, ainda que o contrato social contenha critério para a apuração de haveres, este somente prevalecerá caso haja a concordância das partes com o resultado alcançado, o que não se evidencia no caso.

Deve ser conferida interpretação sistemática e teleológica ao art. 604, II, do Código de Processo Civil e ao art. 1.031 do Código Civil, a fim de que a apuração de haveres reflita a vontade das partes, que deve ser justa e estar em conformidade com a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. Este último princípio estabelece os deveres das partes de lealdade, confiança, colaboração, honestidade e razoabilidade.

No mencionado recurso especial, consta o detalhamento da forma de apuração de haveres:

> *"(...) o valor patrimonial é obtido dividindo-se o patrimônio líquido da sociedade pelo número de quotas. O valor do patrimônio líquido, por sua vez, irá variar conforme o critério adotado para elaboração do balanço. Por isso, na dissolução parcial, deve-se utilizar um levantamento do balanço que confira ao patrimônio líquido – e, por conseguinte, ao valor patrimonial – um valor real. Esse balanço, de acordo com os referidos precedentes, seria justamente o de determinação, que se contrapõe ao: (i) balanço periódico ou ordinário (reflete o valor patrimonial contábil, retratando a situação patrimonial da sociedade no encerramento do exercício social, sendo utilizado sobretudo para fins fiscais); (ii) balanço especial (reflete o valor patrimonial contábil em data presente, sendo utilizado para atualização do ativo e do passivo em virtude de fatos contábeis verificados ao longo do exercício social); (iii) balanço de cessão (reflete o valor patrimonial – econômico – de alienação da sociedade, sendo influenciado pelos interesses que envolvem a negociação entre comprador e vendedor); e (iv) balanço de liquidação (reflete o valor patrimonial real para fins de encerramento da sociedade, com exclusão de bens intangíveis, que só existem com a empresa em funcionamento).*
>
> *Os balanços periódico e especial se baseiam no valor de aquisição dos ativos (inclusive por determinação legal), enquanto o balanço de determinação se baseia no valor de mercado, correspondendo a uma simulação da realização de todos os bens do ativo e da satisfação do passivo social, com vistas a apurar qual seria o acervo líquido da sociedade se ela estivesse sendo totalmente dissolvida naquela data. (...)*
>
> *Aliás, o balanço de determinação é fruto da própria jurisprudência ligada à dissolução parcial de sociedades, notadamente a exigência de que esta seja feita de forma ampla "com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo"* (RE 89.464/SP, identificado linhas acima)."

Portanto, deve ser mantida a decisão, por estar em consonância com precedente do STJ e fundamentação acima mencionada.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0800151-26.2015.8.12.0024 - Aparecida do Taboado

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE ESCRITURA DE DOAÇÃO – DECADÊNCIA DO DIREITO EM RELAÇÃO À CAUSA DE PEDIR FUNDAMENTADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO – TERMO INICIAL DO PRAZO – INTELIGÊNCIA ART. 178, II, DO CÓDIGO CIVIL – NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO QUANTO À CAUSA DE PEDIR DE AUSÊNCIA DA RESERVA DO MÍNIMO SUFICIENTE À SUBSISTÊNCIA – TESE REJEITADA.

O prazo decadencial para anulação da doação é de quatro anos, contados a partir do dia em que se realizou o negócio jurídico. Inteligência art. 178, II, do Código Civil. Ocorrência da decadência do direito em relação à causa de pedir fundamentada no vício de consentimento.

O julgamento antecipado do pedido não configura cerceamento de defesa quando estão presentes nos autos elementos suficientes para a formação do convencimento do magistrado. Nulidade da sentença por julgamento antecipado do mérito quanto à causa de pedir de ausência da reserva do mínimo suficiente à subsistência rejeitada.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Espólio de Oscarina da Silva Costa interpõe recurso de apelação (f. 140-152) contra sentença (f. 110-118) de reconhecimento da decadência do direito em relação à causa de pedir com fundamento no vício de consentimento e improcedência do pedido de declaração de nulidade de escritura pública de doação cuja causa de pedir é o art. 548 do Código Civil.

Suscita cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado do mérito e a não ocorrência da decadência quanto ao vício de consentimento.

Contrarrazões às f. 155-163. É o relatório. Inclua-se em pauta.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Espólio de Oscarina da Silva Costa interpõe recurso de apelação (f. 140-152) contra sentença (f. 110-118) de reconhecimento da decadência do direito em relação à causa de pedir com fundamento no vício de

consentimento e improcedência do pedido de declaração de nulidade de escritura pública de doação cuja causa de pedir é o art. 548 do Código Civil.

Fundamentação

Da decadência do direito quanto ao vício de consentimento.

Em relação à não ocorrência da decadência quanto ao vício de consentimento, a parte autora alegou se tratar de hipótese de dolo da ré, pois a teria logrado na assinatura dos papéis em cartório.

De acordo com o inciso II do art. 178 do Código Civil, é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado, na hipótese de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça esclarece não ser possível considerar a data da ciência do erro ou dolo, ou a data em que a parte experimentou prejuízo, tampouco a data de registro do ato ou contrato no cartório imobiliário, em relação ao donatário:

> *"Termo inicial do prazo para a propositura de ação anulatória. Dia da celebração do contrato ou da prática do ato, e não a data da ciência do erro ou dolo ou a data em que a parte experimentou o prejuízo (*STJ – 3ª T., Ag em Resp 917.437-Ag.Int, Min. Paulo Sanseverino, j. 21.3.17, DJ 30.3.17)
>
> *CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA – NULIDADE DE DOAÇÃO – IMÓVEL – VÍCIO DE CONSENTIMENTO – PRAZO DECADENCIAL – TERMO INICIAL – DATA DA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO – ARTIGOS ANALISADOS: ART. 178, II, do CÓDIGO CIVIL.*
>
> *1. Ação declaratória de nulidade de doação por vício de consentimento, ajuizada em 29.06.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 18.10.2013.*
>
> *2. Discussão relativa ao termo inicial do prazo decadencial para anulação de negócio jurídico por vício de consentimento.*
>
> *3. Antes do registro imobiliário, que lhe dá publicidade erga omnes, o negócio jurídico envolvendo bens imóveis só tem eficácia entre as partes que o celebraram, não fluindo contra os terceiros, que dele não têm conhecimento inequívoco, o prazo decadencial para anulação.*
>
> *4. A decadência é causa extintiva de direito pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei, cujo termo inicial deve coincidir com o conhecimento do fato gerador do direito a ser pleiteado.*
>
> *5. Não é razoável invocar a ausência de "conhecimento inequívoco do ato", pelo próprio donatário do bem, diante da ausência de registro do contrato e aferição pelo Tabelião da regularidade do empreendimento onde se encontrava o lote doado.*
>
> *6. O prazo decadencial para anulação da doação na hipótese, portanto, é de quatro anos, contados do dia em que se realizou o negócio jurídico, nos termos do que expressamente dispõe o art. 178, II, do Código Civil.*
>
> *7. Recurso especial provido."* (REsp 1418435/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 26/03/2014)

Dessa forma, como a escritura pública de doação data de 17/07/2008 (f. 21) e a demanda apenas fora ajuizada em 05/02/2015, transcorreu o prazo decadencial. Por isso, mantenho o capítulo da sentença de reconhecimento da decadência do direito de anular a doação quanto ao vício de consentimento.

Do cerceamento de defesa

A parte recorrente suscita cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado do mérito, em relação à causa de pedir de anulação da doação por ausência de reserva do mínimo suficiente à subsistência.

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.

Na petição inicial a autora protestou genericamente pela produção de provas. Ainda que após a decisão saneadora tenha se manifestado pela produção de prova oral e arrolado testemunhas, o conjunto probatório documental foi considerado suficiente para o deslinde da demanda, notadamente para a conclusão de improcedência do pedido de nulidade da escritura pública de doação cuja causa de pedir é ausência de reserva do mínimo suficiente à subsistência.

Na hipótese, a fundamentação da sentença concluiu que, embora o valor de aposentadoria da autora fosse baixo, não ficou demonstrada a situação de miserabilidade, além disso foi prevista reserva de usufruto vitalício para a doadora, de forma que somente após decorridos 07 (sete) anos da efetivação da doação, é que surgiu a pretensão de anular tal ato.

Outrossim, com a impugnação à contestação (f. 78) foi informado o óbito da autora em 23/05/2015, aproximadamente três meses depois do ajuizamento da demanda (com a efetivação da regularização processual do polo para a sucessão pelo espólio da autora, agora parte do processo).

Dessa forma, com a presença de documentos suficientes para a apreciação do pedido, essencial para o julgamento antecipado, não há cerceamento de defesa.

Ademais, conforme o art. 548 do Código Civil, "*é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador*".

Nesse contexto, ao se considerar a presença de documentos evidenciando a reserva de usufruto vitalício do bem em favor da autora, bem como de que inexistia comprometimento de seu sustento em razão da doação do imóvel (circunstância que durou por aproximadamente 07 anos) e dada a ausência de indícios da premente necessidade de desfazimento do bem para viabilizar o sustento da autora quando viva, não há necessidade de produção de outras provas além da documental juntada aos autos de processo.

Por isso, rejeito a alegação de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado do mérito.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pela autora para 12% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade, conforme art. 98, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0827452-46.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA – PRODUTOS DA CESTA BÁSICA – REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA ESTADUAL – CRÉDITO DE ICMS EM FAVOR DO SUJEITO ATIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – MULTA ÚNICA SOB PENA DE *BIS IN IDEM* – IMPOSSIBILIDADE DE EFEITO CONFISCATÓRIO – LIMITAÇÃO.

Conforme Súmula 555 do Superior Tribunal de Justiça, diante da ausência de declaração do imposto devido, o prazo decadencial quinquenal para lançamento iniciou no primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado

Conforme Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 635.688), o Supremo Tribunal Federal equipara a redução de base de cálculo à noção de isenção parcial, para efeito do que dispõe § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

As operações de saída interna de mercadorias componentes da cesta básica, são beneficiadas por redução de base de cálculo, nos termos do Convênio ICMS 128/94. O convênio, por si só, não assegura a concessão do benefício em análise. É condição necessária, mas não suficiente, porque tem sentido jurídico meramente autorizativo: permite a concessão do benefício fiscal por parte de cada um dos Estados, mediante lei específica (art. 150, § 6º, da Constituição Federal).

Quanto aos produtos hortifrutigranjeiros, para a utilização de crédito do ICMS o sujeito passivo deve registrar sua existência, sendo que uma operação está atrelada a outra. E, no caso, a utilização do crédito decorre do registro das operações em que foram gerados. O não cumprimento da obrigação tributária enseja a aplicação de multa única decorrente da conduta de maior gravidade, a fim de evitar *bis in idem*.

Limitação do valor da multa ao montante do imposto devido, diante da vedação ao efeito confiscatório.

Recursos não providos.

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 agosto de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Estado de Mato Grosso do Sul e Atacadão S.A interpõem apelação cível (f. 466-474 e 475-494) em oposição à sentença (f. 443-460) proferida nos embargos à execução fiscal, apresentados pela segunda

recorrente contra o primeiro. Houve acolhimento parcial da pretensão para: anular a multa punitiva prevista no art. 117, II, i, do Código Tributário Estadual, bem como reduzir a multa tipificada no art. 117, II, a, para cem por cento do valor do crédito do imposto efetivamente utilizado.

Estado de Mato Grosso do Sul sustenta haver aplicação de penalidade tributária na utilização de crédito ilegal com o objetivo de não recolher o imposto devido, e também na hipótese de ser registrado crédito que não resulta no não recolhimento do imposto devido, ou seja, apenas manter em seus livros registros que não atendem a legislação vigente. Argumenta, não existir união ou conexão entre as obrigações acessórias descritas o que, consequentemente, atrai a aplicação do § 3º, do art. 117, do Código Tributário Estadual que estabelece serem as multas cumulativas, nos casos em que se verifique mais de uma infração. Acrescenta ser a regra do § 1º, do art. 117, do CTE de exclusão e como tal, deve ser sempre interpretada restritivamente. Dessa forma, aduz que a penalidade aplicada aos registros ilegais de créditos nos meses em que não há a ocorrência de utilização de crédito objetivando o não recolhimento do imposto deve ser mantida. Quanto à multa acessória, afirma não ser confiscatória, pois a vedação ao confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal) se refere apenas aos tributos e não a penalidades.

Por sua vez, Atacadão S.A assevera que a constituição do crédito Tributário ocorreu com a entrega da declaração ao Fisco Estadual, uma vez que o ICMS é um tributo cujo lançamento é feito por homologação. Nesse caso, de acordo com a legislação tributária em vigor (artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional CTN), o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário (por meio do lançamento) é de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador. Como não houve pronunciamento quanto ao montante de saldo credor nos cinco anos posteriores à ocorrência dos fatos geradores, ocorreu a homologação tácita, com a consequente extinção do crédito tributário referente ao período anterior a 28.11.2006, nos termos do artigo 156, inciso V, do CTN. Alega, apesar de os registros serem feitos individualmente em cada uma das filiais, a apuração final do saldo credor/imposto a pagar é realizada de forma centralizada no referido estabelecimento. Afirma não exigir a Lei Complementar nº 87/96 que os contribuintes mantenham uma apuração descentralizada. Sustenta ter realizado estorno dos créditos referentes aos produtos hortifrutigranjeiros, tidos como indevidos, conforme se verifica nos registros da Guia de Informação e Apuração do ICMS com período de referência de setembro de 2011 (doc. nº 9 da inicial), motivo pelo qual é indevida a autuação fiscal neste ponto. Aduz ser devida a manutenção dos créditos de ICMS na aquisição de produtos da cesta básica, conforme art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal. Destaca estabelecer o Convênio ICMS 128/94 a redução da carga tributária para 7% na saída de produtos da cesta básica, bem como a manutenção integral do crédito tributário decorrente da aquisição desses produtos, o que está em consonância com o princípio da seletividade.

Contrarrazões às f. 505-515 e 516-531.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução.

Estado de Mato Grosso do Sul e Atacadão S.A interpõem apelação cível (f. 466-474 e 475-494) em oposição à sentença (f. 443-460) proferida nos embargos à execução fiscal, apresentados pela segunda recorrente contra o primeiro. Houve acolhimento parcial da pretensão para: anular a multa punitiva prevista no art. 117, II, i, do Código Tributário Estadual, bem como reduzir a multa tipificada no art. 117, II, a, para cem por cento do valor do crédito do imposto efetivamente utilizado.

Fundamentação

A embargante sustenta decadência do direito de o fisco constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos em período anterior a 28/11/2006.

Houve imposição de multa à ora recorrente em 28 de novembro de 2011, a fim de constituir o crédito tributário de fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2006 e janeiro de 2010.

Nos termos da Súmula 436 do Superior Tribunal de Justiça a declaração entregue pelo contribuinte, em que reconhece o débito fiscal, dispensa outras providencias pelo fisco. Na hipótese, a embargante não reconheceu como devido o débito, pois pretendeu utilizar-se de creditamento, motivo pelo qual a Súmula seria inaplicável.

Dessa forma, incide a Súmula 555 do Superior Tribunal de Justiça, de modo que, diante da ausência de declaração do imposto devido, o prazo decadencial quinquenal para lançamento iniciou no primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado (01/01/2007), tendo terminado em 30/12/2011.

Portanto, deve ser afastada a prejudicial.

Quanto ao mérito, a Constituição Federal estabelece que a isenção ou não incidência do ICMS não implica crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores (art. 155, § 2º, II, "a" e "b").

Neste contexto, em consonância com Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 635.688), o Supremo Tribunal Federal equipara a redução de base de cálculo à noção de "isenção parcial", para efeito do que dispõe § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Confira-se:

> *"Recurso Extraordinário – 2. Direito Tributário. ICMS – 3. Não cumulatividade – Interpretação do disposto art. 155, § 2º, II, da Constituição Federal – Redução de base de cálculo – Isenção parcial – Anulação proporcional dos créditos relativos às operações anteriores, salvo determinação legal em contrário na legislação estadual – 4. Previsão em convênio (CONFAZ) – Natureza autorizativa – Ausência de determinação legal estadual para manutenção integral dos créditos – Anulação proporcional do crédito relativo às operações anteriores – 5. Repercussão geral – 6.Recurso extraordinário não provido."* (RE 635.688)

Consta no voto do Ministro Relator:

> *"A atual posição da Corte parece-me, portanto, bastante clara: a redução da base de cálculo do ICMS corresponde a isenção parcial e, não, como outrora se considerava, categoria autônoma em relação assim à da isenção, como à da não incidência. Observe-se que a interpretação dada pela Corte ao art. 155, § 2º, II, b, não representa ampliação do rol de restrições ao aproveitamento integral do crédito de ICMS, que remanesce circunscrito às hipóteses de não-incidência e isenção; entendeu-se, simplesmente, que a redução de base de cálculo entra nesta última classe, como isenção parcial, que é em substância."*

Dessa forma, assim como nos casos de isenção, as reduções da base de cálculo redundam na anulação proporcional do crédito referente a operações anteriores, salvo no caso de existir disposição legal em sentido contrário, consoante previsto no § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

As operações de saída interna de mercadorias componentes da cesta básica, são beneficiadas por redução de base de cálculo, nos termos do Convênio ICMS 128/94.

Nos termos a jurisprudência do STF, referido convênio, por si só, não assegura a concessão do benefício em análise. É condição necessária, mas não suficiente, porque tem sentido jurídico meramente autorizativo: permite a concessão do benefício fiscal por parte de cada um dos Estados, mediante lei específica (art. 150, § 6º, da Constituição Federal).

Na hipótese, apesar de celebrado o convênio, inexiste a lei referida no art. 155, § 2º, da CF, sendo devida anulação proporcional dos créditos. Neste sentido é a previsão do Decreto nº 12.056/2006, que dispõe ser vedado aproveitamento integral de créditos nas operações em que a entrada, a saída ou as prestações subsequentes com mercadorias ou prestação de serviços são beneficiadas pela redução de base de cálculo do ICMS, ressalvada a possibilidade de creditamento da parcela de tributo efetivamente paga nas operações anteriores.

Logo, o sujeito passivo deve realizar o estorno dos créditos proporcionalmente à parcela de redução da base de cálculo. E, como reconhecido na sentença, os créditos e débitos apurados nas operações analisadas pelo agente fiscal, consideraram todos os estabelecimentos comerciais da embargante neste Estado (planilha de f. 157-159), assim como o relatório constante da intimação fiscal de f. 165-169, tendo sido constatada existência de crédito de ICMS em favor do sujeito ativo da obrigação tributária.

Por outro lado, quanto à aquisição produtos hortifrutigranjeiros a embargante procedeu, na via administrativa, o estorno dos créditos do ICMS.

Conforme art. 117 do Código Tributário Estadual o descumprimento de obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes multas punitivas: registro de crédito do imposto em desacordo com o disposto na Lei, sem implicar, no entanto, a falta de pagamento do Imposto (multa equivalente a dez por cento do valor do crédito indevidamente registrado). A mesma norma estabelece, no caso em que é apurado descumprimento de mais de uma obrigação tributária de natureza acessória na mesma ação fiscal, conexas com a operação ou prestação ou fato que lhes deu origem, deve ser aplicada apenas a multa mais grave.

Neste contexto, para a utilização de crédito do imposto o sujeito passivo deve registrar sua existência, sendo que uma operação está atrelada a outra. No caso, a utilização do crédito decorre do registro das operações em que foram gerados.

No Auto de Lançamento e Imposição de Multa nº 22610, foram aplicadas à embargante as multas previstas no art. 117, II, "a" e "f", do CTE, por ter supostamente utilizado indevidamente crédito de imposto em desacordo com a legislação tributária, redundando na ausência de recolhimento de ICMS (alínea "a") e por ter registrado em sua escrituração fiscal a existência de crédito do imposto em desacordo com o CTE, sem implicação na ausência de recolhimento de ICMS (alínea "f").

Contudo, conforme norma legal acima mencionada, a fim de evitar *bis in idem,* a multa prevista na alínea f (menos grave) deve ser afastada.

No que concerne à multa, o art. 117, I, h, da Lei Estadual n. 1.810/1997, ao impor o pagamento no montante de 150% sobre o valor do tributo, ofende ao princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade, pois nosso ordenamento repele as penas de caráter indeterminado, infinitas ou de índole confiscatória.

A administração deve agir com razoabilidade na fixação de uma multa por descumprimento à legislação, seja ela tributária, fiscal ou contratual, em atendimento ao princípio da vedação ao confisco, bem como ao princípio genérico de proteção ao direito de propriedade.

O órgão Especial deste Tribunal nos Autos de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0000952-90.2007.8.12.0044/50003, de relatoria do e. Des. Josué de Oliveira, reconheceu a inconstitucionalidade de referida norma:

> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – MULTA TRIBUTÁRIA – APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO – MULTA EXCESSIVA – NATUREZA CONFISCATÓRIA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. O princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas tributárias. Arguição de inconstitucionalidade em apelação cível julgada procedente a fim de declarar a inconstitucionalidade parcial sem*

redução de texto da norma contida no art. 117, I, "h", da Lei n. 1.810, de 22.12.1997, do Estado de Mato Grosso do Sul, para, com efeitos ex tunc, afastar de seu âmbito de incidência o quantum da multa que ultrapassar o valor do imposto devido."

Portanto, como decidido, o valor da multa imposta deve ser limitado ao valor do imposto devido.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento aos recursos de apelação.

Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos aos advogados de cada parte, da seguinte forma: 12% sobre a parte inicial do proveito econômico até 200 (duzentos salários mínimos); 10% até 2.000 (dois mil salários mínimos), sendo deduzido o montante da etapa anterior e; 8% (cinco por cento) sobre o remanescente (art. 85, §§ 3º e 5º, 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. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 27 de agosto de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Vladimir Abreu da Silva
Apelação Cível nº 0833997-69.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – AQUISIÇÃO/TRANSPORTE DE INSUMOS/MERCADORIAS DE OUTROS ESTADOS PARA O PREPARO DE REFEIÇÕES A SEREM FORNECIDAS AOS CLIENTES – EQUIPARAÇÃO A ESTABELECIMENTO VAREJISTA (ART. 1º, DO ANEXO III AO RICMS/MS) – SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ESTABELECIMENTO RESPONSÁVEL PELA ENTRADA DA MERCADORIA NO TERRITÓRIO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES – FATO GERADOR – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 166 DO STJ – UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO – OPÇÃO DO CONTRIBUINTE PELO SISTEMA NORMAL DE TRIBUTAÇÃO (ART. 77-A, § 1º, II, ANEXO I AO RICMS/MS – RECURSO DESPROVIDO.

É devido o recolhimento do ICMS-ST pelo estabelecimento que promova a entrada de mercadorias no Estado, ainda que ela se caracterize como insumo e que se destine ao preparo de refeições, vez que o fato gerador do ICMS é o fornecimento das refeições, não se aplicando ao caso, a Súmula n. 166 do Superior Tribunal de Justiça, que trata do deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.

A impetrante, que adquire mercadorias destinadas ao preparo de refeições, com imposto retido por substituição tributária, poderá se creditar do imposto retido ou recolhido antecipadamente, para compensação com os débitos apurados, vez que é optativa a utilização do crédito presumido.

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 com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Sodexo do Brasil Comercial S/A interpõe recurso de apelação, contra a sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que denegou a segurança pleiteada no mandado de segurança impetrado em desfavor do Superintendente de Administração Tributária do Estado do Mato Grosso do Sul.

Alega a impossibilidade da aplicação do disposto no art. 1º e seguintes do Anexo III do RICMS/MS, nas operações interestaduais de aquisições/transferências de insumos realizadas pela agravante, face à natureza das suas atividades, pois não há revenda de mercadorias (massa, carnes, hortaliças, frutas) produtos constantes da Tabela XVIII do Anexo III do RICMS/MS, mas venda de refeições, ou seja, o resultante da atividade mista prestada pela apelante.

Aduz que a substituição tributária é aplicável em situações nas quais o substituído promove a saída das mesmas mercadorias adquiridas e não do produto resultante da transformação dessas mercadorias, sendo inegável que a atividade varejista referida no art. 1º do anexo III do RICMS, diz respeito àquela em que há a revenda das mercadorias relacionadas no subanexo da legislação, não alcançando a apelante, cuja atividade se resume no emprego dos insumos adquiridos para a elaboração de refeições.

Sustenta que a exigência do ICMS-ST visa o recolhimento antecipado do tributo incidente sobre todas as etapas da cadeia de circulação realizadas por distribuidores, atacadistas ou varejistas, revendedores, portanto, o que não é o seu caso.

Verbera que não discute se a venda de refeições é fato gerador do ICMS, eis que não desconhece que a atividade se submete à incidência do imposto, apenas contesta a tributação na modalidade de substituição tributária das aquisições interestaduais dos insumos utilizados na elaboração das refeições, ou seja, se pode ser exigido antecipadamente o imposto por fato gerador futuro, frisando que em sua atividade não há revenda de massa, carnes, hortaliças, frutas, mas venda de refeições.

Expõe que em mesma situação, o Estado de São Paulo, em consulta que lhe foi realizada, reconheceu que as saídas de insumos utilizados para a atividade de fornecimento de refeições não podem ser submetidas à regra de substituição tributária, tendo em vista que esses insumos são empregados em processo que, embora não seja de industrialização para fins de incidência do IPI é de transformação para um produto final pronto para consumo.

Afirma que o produto final dos insumos adquiridos não está submetida ao regime normal de tributação, vez que é optante pela utilização do crédito presumido, previsto no art. 77-A do Anexo I do RICMS/MS, o impossibilita que se utilize de quaisquer outros créditos de ICMS, nos termos do § 2º do referido artigo, e que o fato de utilização do crédito presumido não ser obrigatório, não legitima a tributação pelo ICMS-ST em operações que não envolvam a revenda de mercadorias.

Reitera que a maior parte dos insumos utilizados em suas atividades neste Estado é remetida por estabelecimentos próprios – Centros de Distribuição -, localizados em outras unidades da Federação, ou seja, as aquisições feitas pela apelante, tributadas pelo ICMS-ST, decorrem de operações interestaduais e não de operações internas, conforme previsto no art. 1º, do anexo III, do RICMS/MS.

Requer a reforma da sentença.

Contrarrazões (f. 526-39), pugnando pelo desprovimento do recurso.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sodexo do Brasil Comercial S/A, contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que denegou a segurança pleiteada no mandado de segurança impetrado em desfavor do Superintendente de Administração Tributária do Estado do Mato Grosso do Sul.

Segundo os autos, a apelante impetrou mandado de segurança onde alegou, que desde o mês de março de 2016, tendo em vista as alterações promovidas no Anexo III do RICMS/MS (Regulamento do ICMS do Estado de Mato Grosso do Sul), vem sendo submetida à retenção e ao pagamento do ICMS-ST nas hipóteses acima apontadas. Nas operações de transferência, o pagamento tem ocorrido na entrada das mercadorias no território do Estado, por exigência da fiscalização; nas aquisições interestaduais, os próprios remetentes têm efetuado o recolhimento do imposto.

Alegou que é ilegal a cobrança do ICMS por substituição tributária nas operações interestaduais de aquisição de insumos utilizados para a atividade mista que desenvolve, de elaboração e fornecimento de refeições, onde não há revenda de mercadorias, e se trata de operações de transferências interestaduais entre estabelecimento da mesma empresa. Afirmou que tanto as aquisições quanto as transferência envolvendo produtos alimentícios relacionados na Tabela XVIII do Anexo III do RICMS/MS, utilizados como insumos para integrar as refeições que são por ela preparadas e fornecidas, não se submetem à regra da substituição tributária, uma vez que não pode ser equiparada a estabelecimento distribuidor, atacadista ou varejista. Pediu:

> *"i. seja deferida, em caráter liminar, ordem para que a autoridade coatora, ou quem lhe faça as vezes, cesse imediatamente o ato coator mencionado, a fim de que a Impetrante não seja submetida ao recolhimento do ICMS-ST nas operações elencadas nos itens 2.1 e 2.2, bem como não venha a sofrer, nos postos de fronteira do Estado de Mato Grosso do Sul, qualquer espécie de bloqueio no trânsito de caminhões utilizados para transporte de insumos adquiridos por meio das referidas operações;*
>
> *ii. seja determinada a notificação da autoridade coatora para que, no prazo de lei, preste as informações que entender cabíveis;*
>
> *iii. após o competente parecer do Ministério Público Estadual, seja a segurança concedida em caráter definitivo, afastando, de modo perene, o ato coator apontado e reconhecendo o direito líquido e certo da Impetrante de não ser submetida ao recolhimento do ICMSST, previsto no art. 1º do Anexo III do RICMS/MS, nas operações elencadas nos itens 2.1 e 2.2."*

Como se infere, no caso dos autos, o requerimento recai sobre a abstenção, por parte do impetrado, de exigir da impetrante que recolha ICMS-ST (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços no Regime de Substituição Tributária), em suas transferências interestaduais de insumos de estabelecimentos pertencentes a ela ou também quando adquiridos para o preparo de refeições.

Entretanto, nos termos da legislação pertinente, Anexo III do Regulamento do ICMS do Estado de Mato Grosso do Sul, o art. 1º prevê que:

> *"Art. 1º Aplica-se o regime de substituição tributária nas operações internas realizadas por estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas, subseqüentes àquelas promovidas pelos estabelecimentos citados no artigo seguinte, com as mercadorias relacionadas no Subanexo único a este Anexo."*

Muito embora a impetrante alegue que não se equipara a estabelecimento distribuidor, atacadista ou varejistas, o que justificaria o não recolhimento do ICMS-ST, vez que apenas realiza atividade mista, a de elaboração de refeição para venda, não lhe assiste razão, porquanto o § 3º do art. 2º do Anexo III do RICMS/MS, dispõe que:

> *"Art. 2º. São sujeitos passivos por substituição tributária, relativamente às operações a que se refere o artigo anterior, realizadas com as mercadorias relacionadas no Subanexo único a este Anexo:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Não tendo ocorrido a retenção pelo remetente situado em outro Estado, em virtude da sua não-inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado, nem sendo o destinatário detentor de regime especial para pagamento com prazo dilatado, o ICMS deve ser recolhido pelo estabelecimento que promova a entrada da mercadoria no território deste Estado, ainda que ele exerça atividade industrial na qual se utilize a respectiva mercadoria como insumo (art. 14, § 1º)."*

Percebe-se, dessa forma, que incumbe ao estabelecimento que promova a entrada da mercadoria neste Estado, muito embora, no caso da agravante, não se trate de atividade industrial, o recolhimento do ICMS-ST, mesmo que tal estabelecimento, no caso, utilize-se das mercadorias para o preparo de refeições para venda

aos seus clientes, pois equipara-se a um estabelecimento varejista, devendo ser retido o valor do ICMS sobre a comercialização das refeições.

Ademais, não há como se entender pela exclusão da responsabilidade da apelante ao recolhimento do ICMS-ST, já que tal não se aplica a estabelecimento varejista, de acordo com a alínea *b* do § 2º do art. 1º, veja-se:

> *"Art. 1º Aplica-se o regime de substituição tributária nas operações internas realizadas por estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas, subseqüentes àquelas promovidas pelos estabelecimentos citados no artigo seguinte, com as mercadorias relacionadas no Subanexo único a este Anexo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O regime de substituição tributária de que trata o caput deste artigo:*
>
> *I - não se aplica:*
>
> *(...)*
>
> *b) às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa;"*

Acerca da alegada consulta ao Estado de São Paulo, é de se lembrar que, nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o ICMS e a sua regulamentação.

Além do mais, impende observar que a operação de fornecimento de refeições é tributada somente pelo ICMS e a Constituição Federal Estabelece em seu art. 146, inciso I, que a Lei Complementar é competente para dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária entre os entes federados; e, neste ponto, a Lei Complementar nº 87/1996, que *"Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (Lei Kandir)"* estabelece que:

> *"Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*
>
> *Art. 2° O imposto incide sobre:*
>
> *I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*
>
> *II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;"*

Conclui-se, assim, que não assiste razão à apelante, porquanto, tanto a legislação estadual, quanto a federal, são contundentes no sentido de ser devido o recolhimento do ICMS-ST pelo estabelecimento que promova a entrada de mercadorias no Estado, ainda que ela se caracterize como insumo e que se destine à ao preparo de refeições, vez que o fato gerador do ICMS é o fornecimento das refeições, não se aplicando ao caso, a Sumula n. 166 do Superior Tribunal de Justiça, que trata do deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.

Por fim, acerca da afirmação da apelante de ser optante pela utilização do crédito presumido e que por isso não poderá se utilizar dos valores recolhidos antecipadamente, o art. 77-A, § 1º, II, do Anexo I ao RICMS/

MS, dá ao contribuinte a opção de utilizar facultativamente do crédito presumido, podendo optar pelo sistema normal de tributação, veja-se:

> *"Art. 77-A. No fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, fica concedido, até 30 de abril de 2005, crédito presumido, de forma que a carga tributária resultante seja equivalente a sete por cento do valor da operação.*
>
> *§ 1º O crédito presumido de que trata este artigo:*
>
> *II – somente se aplica por opção do contribuinte e em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual."*

Também o § 4º do art. 2º do Anexo III ao RICMS/MS, prevê tal possibilidade:

> *"§ 4º No caso em que a mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária seja utilizada, pelo estabelecimento que sofreu a retenção ou promoveu o recolhimento antecipado, em processo industrial de que resulte produto cuja saída esteja submetida ao regime normal de tributação, o imposto retido ou recolhido antecipadamente pode ser utilizado como crédito, na proporção das mercadorias utilizadas no referido processo (art. 12, § 1º, I)."*

Assim, a impetrante, que adquire mercadorias destinadas ao preparo de refeições, com imposto retido por substituição tributária, poderá se creditar do imposto retido ou recolhido antecipadamente, para compensação com os débitos apurados, vez que é optativa a utilização do crédito presumido.

Dessa forma, as alegações trazidas não evidenciam os requisitos necessários à reforma da sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e, de acordo com o parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 02 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Vladimir Abreu da Silva
Agravo de Instrumento nº 2000415-75.2019.8.12.0000 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PEDIDO DE SUSPENSÃO E APREENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DO DEVEDOR – ART. 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INADMISSIBILIDADE – MEDIDA EXCEPCIONAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Nos termos do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, incumbe ao juiz *"determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária."*

A adoção de medida coercitiva atípica na execução, além de excepcional, deve ser razoável e proporcional à finalidade que se destina (pagamento da dívida).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande, que, nos autos de Execução Fiscal ajuizada em desfavor de Hélio Della Vedova de Araujo Madeiras, indeferiu o pedido de suspensão e apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do executado.

Sustenta que no curso do processo foram implementadas várias medidas no sentido de satisfação do débito, mas não se localizaram bens em nome do executado. Na tentativa de recebimento, formulou pedido de suspensão e apreensão da CNH do devedor até o integral pagamento da dívida, o que foi indeferido.

Argumenta que o art. 139, IV, do CPC, privilegiou a busca pela maior efetividade processual, conferindo ampla possibilidade ao magistrado para determinar as diligências necessárias até integral pagamento da dívida; lembrando que a medida apesar de ensejar incômodo ao devedor, impossibilitando-o de dirigir veículo, não lhe privará o direito constitucionalmente garantido de ir e vir.

Alega que, a hipótese dos autos encontra-se em sintonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vez que no processo executivo houve a tentativa de penhora *on-line;* busca de veículos registrados em nome do devedor e tentativa de constrição de imóveis; findando todas as medidas possíveis na busca de satisfação da obrigação.

Requer, por fim, a reforma da decisão para *"determinar a possibilidade de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do Agravado enquanto meio indutivo de pagamento, nos termos do artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil"*.

Recurso recebido somente em seu efeito devolutivo (f. 11-4).

Restou frustrada a intimação do agravado, tendo em vista que a correspondência não foi procurada junto à agência destinatária dos Correios (f. 19-20).

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Campo Grande, que, nos autos de Execução Fiscal ajuizada em desfavor de Hélio Della Vedova de Araujo Madeiras, indeferiu o pedido de suspensão e apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do executado, nos seguintes termos:

> *"Diante do exposto:*
>
> *1. Indefiro o pedido de suspensão da CNH da parte devedora;*
>
> *2. Com relação ao pedido de inclusão do nome da parte executada no cadastro de inadimplentes, infere-se dos autos que o pedido já foi deferido nestes autos, de modo que se torna desnecessário nova providência neste sentido.*
>
> *3. Caso requerido, suspendo o feito nos termos do art. 40 da LEF.*
>
> *Após o prazo máximo de 01 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, arquivem-se os autos pelo prazo do arquivamento, vita à Procuradoria do Estado, inclusive para os efeitos do disposto no § 4º do art. 40 da LEF".*

De início, verifico presentes os requisitos de admissibilidade, em especial a obediência ao princípio da taxatividade de cabimento do agravo de instrumento, nos termos do art. 1015, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Relativamente à decisão agravada, de fato, o art. 139, IV, do Código de Processo Civil, autoriza a adoção de *"todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária."* Entretanto, tal poder conferido ao juiz deve ser exercido com responsabilidade, sendo inadmissível a ordenação de tais medidas coercitivas que restrinjam direitos básicos do cidadão tão-somente ante a impossibilidade concreta de satisfação do débito pelos meios convencionais de constrição patrimonial, mormente porque o inciso I do referido dispositivo prevê que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento.

Logo, o uso de medida coercitiva atípica, além de excepcional, deve ser razoável e proporcional à finalidade que se destina, conforme, aliás, leciona Fredie Didier Jr.:

> *"O art. 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva: a) seja fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), seja fundada em título executivo extrajudicial; b) seja para efetivar prestação pecuniária, seja para efetivar prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. (...). A escolha da medida atípica a ser utilizada em cada caso concreto não é tarefa fácil. Um conjunto de postulados e princípios rege a atuação do órgão julgador, estabelecendo balizas para a eleição da medida executiva correta. (...). De modo geral, a escolha deve pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução.*
>
> *(...)*
>
> *Entendemos que não são possíveis, em princípio, medidas executivas consistentes na retenção da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou de passaporte, ou ainda o*

cancelamento dos cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária. Essas não são medidas adequadas ao atingimento do fim almejado (o pagamento de quantia) não há, propriamente, uma relação meio/fim entre tais medidas e o objetivo buscado, uma vez que a retenção de documentos pessoais ou a restrição de crédito do executado não geral, por consequência direta, o pagamento da quantia devida ao exequente. Tais medidas soam mais como forma de punição do devedor, não como forma de compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial (...)" (in Curso de Direito Processual Civil. 7. ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 105/111 e 115, v. 5).

In casu, não existe nenhum indicativo de que a medida almejada contribuirá para o êxito do processo, o qual se encontra estagnado pela inexistência de bens penhoráveis. Pelo contrário, cuida-se de execução onde nem mesmo foram localizados bens ou valores para penhora.

Nesse sentido, já decidiram os tribunais:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS – ART. 139, IV, DO CPC – DESNECESSÁRIAS – EXISTÊNCIA DE PENHORA NOS AUTOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...). 3. A adoção de medidas coercitivas possui amparo legal (art. 139, IV do CPC), porém deve ser imposta em situações excepcionais, quando imprescindível. (...)" (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1400327-23.2018.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 06/03/2018, p: 07/03/2018).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DA CNH E APREENSÃO DE PASSAPORTE DO RÉU – DESCABIMENTO – AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS (PREVISTAS NO ART. 139, IV DO CPC) DEVEM SER ADOTADAS EM CARÁTER EXCEPCIONAL, QUANDO JÁ ESGOTADAS OUTROS MEIOS MENOS GRAVOSOS DE EXECUÇÃO – AS IMPOSIÇÕES DE MEDIDAS ATÍPICAS COM O INTUITO DE COMPELIR O DEVEDOR AO PAGAMENTO DEVEM OBJETIVAR, AINDA QUE INDIRETAMENTE, O ADIMPLEMENTO E TRAZER ALGUMA VANTAGEM AO CREDOR QUE LEVE À SATISFAÇÃO DE SEU CRÉDITO – MEDIDAS DETERMINADAS QUE NÃO GUARDAM QUALQUER UTILIDADE AO ESCOPO DA PRESENTE EXECUÇÃO, QUE É A SATISFAÇÃO DO CREDOR – RECURSO PROVIDO – AGRAVO REGIMENTAL – PREJUDICADO" (TJSP; Agravo Regimental 2068074-82.2017.8.26.0000; Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Rio Claro - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/12/2018; Data de Registro: 10/12/2018).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROPRIEDADE E DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PEDIDO DE RETENÇÃO DE CNH, PASSAPORTE E BLOQUEIO DOS CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO DOS DEVEDORES COM FULCRO NO ART. 139, INCISO IV, DO CPC/15 – MEDIDA COERCITIVA – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE GARANTIA DE QUE DA MEDIDA ADVENHAM RESULTADOS PRÁTICOS – DECISÃO MANTIDA. A adoção das medidas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC/15 deve ser adequada a ponto de garantir o cumprimento da obrigação e pautada em princípios que regem o processo de execução, como o da menor onerosidade e da proporcionalidade. Na hipótese, inexiste qualquer indicativo de que a retenção da CNH e do passaporte e o bloqueio dos cartões de crédito e débito dos devedores, ora agravados, contribuirá para o êxito do processo. Contexto em que a medida pleiteada se reveste de caráter estritamente coercitivo e redunda em cerceamento dos direitos e garantias constitucionais. Nego provimento ao agravo de instrumento em decisão monocrática" (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70079789806, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 14/11/2018).

Dessa forma, não merece reforma a decisão agravada.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, 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. Vladimir Abreu da Silva.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Des. Vladimir Abreu da Silva
Apelação Cível nº 0001233-72.2009.8.12.0045 - Sidrolândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO COM REPASSE FINAME – CERCEAMENTO DE DEFESA – ILEGITIMIDADE ATIVA – NULIDADE POR JULGAMENTO *CITRA PETITA* – PRELIMINARES REJEITADAS – APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA – MÉRITO – PLEITOS DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE EXISTÊNCIA DO DÉBITO, NECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA PARA VALIDADE DE FIANÇA, APLICAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS APENAS NO PERÍODO DE NORMALIDADE, APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES DE SECURITIZAÇÃO E PESA, ILEGALIDADE DE COBRANÇA DE MULTA MORATÓRIA DE 10%, E APLICAÇÃO DO ART. 5.º, PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO-LEI N.º 167/97 – DESPROVIDOS – PLEITOS DE AFASTAMENTO DA TAXA *DEL CREDERE*, DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS, DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, E APLICAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL-TR PACTUADA EM DETRIMENTO DO IGPM-FGV, UTILIZADO NA SENTENÇA – PROVIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há que se falar em nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, uma vez que os ora apelantes produziram todas as provas que entenderam necessárias para comprovar suas alegações, além de que não é demais lembrar que o conjunto de provas produzidas nos autos tem como destinatário final o magistrado, a quem incumbe determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito, bem como indeferir diligência inúteis ou meramente protelatórias, de acordo com sua convicção e através de decisão fundamentada (arts. 370 e 371, ambos do CPC).

É de se reconhecer sentença *citra petita* apenas na parte em que não apreciou o pedido de análise sobre a validade da suposta garantia prestada pelo apelante. Entretanto, não é caso de reconhecimento de sentença nula ou insubsistente, porque os elementos probatórios trazidos aos autos são suficientes para análise de referido petitório, tratando-se de aplicação da teoria da causa madura diante da desnecessidade de produção de outras provas.

Não há que se falar em ilegitimidade ativa, seja porque a cessão de crédito que legitimou o banco apelado foi satisfatoriamente juntada aos autos, seja porque a ausência de notificação do art. 290 do Código Civil não interfere, automaticamente, com a existência ou exigibilidade da dívida.

Não há que se falar em reconhecimento de inexistência da obrigação diante dos fartos elementos de prova juntados aos autos.

Na forma de precedentes do STJ, o "interveniente garantidor solidário" não se confunde com o avalista nem com o fiador, sendo inaplicável, portanto, a disciplina positiva sobre a fiança, com o que se afasta a necessidade de outorga uxória.

Os juros remuneratórios foram fixados tanto no período de normalidade quanto no período de securitização com taxa efetiva de 3% ao ano.

Não consta nos autos que os apelantes tenham requisitado inclusão no PESA, nem mesmo é possível verificar que preenchem aos requisitos legais para sua concessão, ônus que lhes cabia.

É indevida a cláusula *del credere*, já que não há previsão legal para sua cobrança.

A capitalização mensal de juros é admitida pela Medida Provisória nº 1963-17 de 30 de março de 2000 (atualmente Medida Provisória n. 2170-30/2001), somente aos contratos celebrados após sua vigência, desde que expressamente pactuada, não sendo a hipótese dos autos.

No que tange à ilegalidade da multa de 10% fixada nos contratos, por suposta afronta ao artigo 52, § 1º, do CDC, verifico que os contratos foram celebrados anteriormente à entrada em vigor da códex consumerista, motivo pelo qual entendo que deve permanecer a multa nos termos em que contratado pelas partes.

Sobre a incidência do Decreto-Lei nº 167/67, ressalva-se que o contrato em discussão é uma cédula de crédito bancário, prevista na Lei nº 10.931/04, com financiamento mediante abertura de crédito com repasse da FINAME, e não uma cédula de crédito rural, de modo que os encargos financeiros e moratórios previstos no contrato não devem ser analisados com base no Decreto-Lei nº 167/67 e sim com base nas leis que regem a cédula de crédito bancário.

A cobrança da comissão de permanência, quando contratada, deverá incidir isoladamente, não sendo possível sua cumulação com juros remuneratórios, moratórios, correção monetária e multa contratual, pois do contrário haverá *bis in idem.*

"*Conforme estabelecido na Súmula 295 do STJ, a Taxa Referencial (TR) pactuada entre as partes constitui indexador válido, devendo prevalecer em detrimento do IGPM-FGV, estabelecido na decisão recorrida, sobretudo se este indexador, durante o período analisado (da contratação até a prolação da sentença) sofreu variação superior que tornaria mais onerosa a obrigação.*" (TJMS. Apelação n. 0001625-97.2003.8.12.0020, Rio Brilhante, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 18/01/2010, p: 24/01/2010).

Recurso conhecido e 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, afastar as preliminares e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de agosto de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelação cível interposta por Moisés Zeni e Olmiro Pedro Girardelo Stefanello (espólio) em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Sidrolândia, que julgou procedentes os pedidos formulados em ação de cobrança, ajuizada por HSBC Bank Brasil S.A, condenando-os ao pagamento da importância de R$ 131.088,06 (cento e trinta e um mil, e oitenta e oito reais e seis centavos), com correção monetária pelo IGPM-FGV e juros de mora de 1% ao mês, a contar da data da citação, além das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões de recurso (f. 809-830), sustentam preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o fundamento de que o magistrado não apreciou todas as teses defensivas apresentadas em contestação, consistentes em "*invalidade/ineficácia da garantia prestada pelo apelante espólio e a falta de certeza/existência da obrigação objeto da cobrança" e "ocorrência de ilegalidades, abusos e necessidade de compensações*".

Suscitam, ainda, preliminar de ilegitimidade ativa com fundamento na ausência de demonstração efetiva de que os contratos trazidos na inicial estavam englobados na cessão feita pelo Banco Bamerindus ao apelado. Insistem que o documento apontado pelo magistrado como capaz de comprovar tal fato é genérico e não identifica de forma pormenorizada as operações que foram cedidas.

Entendem haver desacerto na sentença por não ter reconhecido a ilegitimidade ativa do apelado para a cobrança objeto dos autos, por ausência de comprovação da notificação dos devedores sobre a cessão de crédito. Argumentam que o art. 290 do Código Civil determina que a cessão não terá eficácia perante supostos devedores antes de que estes sejam formalmente notificados.

No mérito, alegam que não pode ser reconhecida a existência de responsabilidade do espólio pelo eventual débito cobrado, sob o argumento de que "*a garantia outorgada pelo Sr. Olmiro é nula de pleno direito ou, pelo menos, totalmente ineficaz.*". Aduzem que o falecido estava apenas na posição de garantidor das obrigações, sendo a fiança a forma de garantia por ele emprestada. Por isso, uma vez que foi levada a efeito sem a necessária outorga uxória, a garantia fidejussória objeto dos autos seria inválida, motivo pelo qual a pretensão inicial deveria ser julgada improcedente quanto a este apelante.

Continuam, discorrendo que não restou suficientemente comprovada a obrigação cobrada nos autos, principalmente porque o apelado não promoveu a juntada de todos os aditivos relativos aos contratos mencionados na petição inicial.

Ao final, mencionam que os juros remuneratórios devem incidir no período de normalidade, pois foram pactuados somente para esse interregno, devendo prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor. Também mencionam que os juros devem ser somente "*aqueles pertinentes às operações de securitização e PESA, os quais são equalizados/subsidiados e jamais impostar em mais do que 6% ao ano, especialmente porque são destas operações que este caso trata.*".

Ainda, apontam que:

> *"(...) seja excluído o referente à taxa del credere da composição dos cálculos, uma vez que sua cobrança em operação que versa sobre crédito rural tem sido sistematicamente reconhecida como abusiva pela jurisprudência"; "seja excluída a previsão de capitalização de juros prevista nos contratos, considerada ilegal nos termos consolidados pela Súmula 121 do STF; seja declarada "a ilegalidade da multa de 10% fixada nos contratos por afronta ao artigo 52, § 1º, do CDC, com redução para 2%."; seja fixado que " no período de inadimplência os únicos encargos a serem cobrados são juros de mora de 1% ao ano, nos imperiosos termos do artigo conforme artigo 5º, p.u., do Decreto-Lei nº 167/67, inclusive com a proclamação expressa da exclusão da previsão de comissão de permanência inserida nos contratos, pois cobrada junto com a correção monetária; seja garantido que "a correção do débito seja feita pela variação do preço mínimo do milho ou pela TR, e não pelo IGP-M/FGV, conforme dito na sentença, adotando-se o que apresentar menor variação, uma vez que a interpretação dos contratos deve ser mais favorável aos apelantes"*

Por último, caso seja reformada a sentença, pugnam que:

> *"(...) também ser adequado o quantum apontado como devido na decisão para a data-base do ajuizamento da ação (09.04.2009), que, segundo a perícia realizada nos autos (item 4.2, quesitos 8 e 9 e respostas R.8 e R.9 do laudo pericial de f. 441-442, bem como itens 2 e 3 da complementação de f. 733-736), seria de R$ 39.437,06, ou, na pior das hipóteses, de R$ 56.675,08, devendo prevalecer o menor valor."*

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 837-848).

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Moisés Zeni e Olmiro Pedro Girardelo Stefanello (espólio) em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Sidrolândia, que julgou procedentes os pedidos formulados em ação de cobrança, ajuizada por HSBC Bank Brasil S.A, condenando-os ao pagamento da importância de R$ 131.088,06 (cento e trinta e um mil, oitenta e oito reais e seis centavos), com correção monetária pelo IGPM-FGV e juros de mora de 1% ao mês, a contar da data da citação; além das custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões de recurso (f. 809-830), arguem preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o fundamento de que o magistrado não apreciou todas as teses defensivas apresentadas em contestação, consistentes em "*invalidade/ineficácia da garantia prestada pelo apelante espólio e a falta de certeza/existência da obrigação objeto da cobrança", e "ocorrência de ilegalidades, abusos e necessidade de compensações*".

Apontam a existência de ilegitimidade ativa com fundamento na ausência de demonstração efetiva de que os contratos trazidos na inicial estavam englobados na cessão feita pelo Banco Bamerindus ao apelado. Insistem que o documento apontado pelo magistrado como capaz de comprovar tal fato é genérico e não identifica de forma pormenorizada as operações que foram cedidas.

Entendem haver desacerto na sentença por não ter reconhecido a ilegitimidade ativa do apelado para a cobrança objeto dos autos, por ausência de comprovação da notificação dos devedores sobre a cessão de crédito. Aduzem que o art. 290 do Código Civil determina que a cessão não terá eficácia perante supostos devedores antes de que estes sejam formalmente notificados.

No mérito, sustentam que não pode ser reconhecida a existência de responsabilidade do espólio pelo eventual débito cobrado, sob o argumento de que "*a garantia outorgada pelo Sr. Olmiro é nula de pleno direito ou, pelo menos, totalmente ineficaz*.". Aduzem que estava apenas na posição de garantidor das obrigações, sendo a fiança a forma de garantia emprestada pelo falecido. Por isso, uma vez que foi levada a efeito sem a necessária outorga uxória, a garantia fidejussória objeto dos autos seria inválida, motivo pelo qual a pretensão inicial deveria ser julgada improcedente quanto a este apelante.

Continuam, discorrendo que não restou suficientemente comprovada a obrigação cobrada nos autos, principalmente porque o apelado não promoveu a juntada de todos os aditivos relativos aos contratos mencionados na petição inicial.

Ao final, mencionam que os juros remuneratórios devem incidir no período de normalidade, pois foram pactuados somente para esse interregno, devendo prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor. Também mencionam que os juros remuneratórios devem ser somente "*aqueles pertinentes às operações de securitização e PESA, os quais são equalizados/subsidiados e jamais impostar em mais do que 6% ao ano, especialmente porque são destas operações que este caso trata*."(sic).

Ainda, postulam que:

> *"(...) seja excluído o referente à taxa del credere da composição dos cálculos, uma vez que sua cobrança em operação que versa sobre crédito rural tem sido sistematicamente reconhecida como abusiva pela jurisprudência"; "seja excluída a previsão de capitalização de juros prevista nos contratos, considerada ilegal nos termos consolidados pela Súmula 121 do STF"; seja declarada "a ilegalidade da multa de 10% fixada nos contratos por afronta ao artigo 52, § 1º, do CDC, com redução para 2%."; "seja fixado que no período de inadimplência os únicos encargos a serem cobrados são juros de mora de 1% ao ano, nos termos do artigo 5º, p.u., do Decreto-Lei nº 167/67, inclusive com a proclamação expressa da exclusão da previsão de comissão de permanência inserida nos contratos, pois cobrada junto com a correção monetária; seja garantido que "a correção do débito seja feita pela variação do preço mínimo do milho ou pela TR, e não pelo IGP-M/FGV, conforme dito na sentença, adotando-se o que apresentar menor variação, uma vez que a interpretação dos contratos deve ser mais favorável aos apelantes".*

Desta forma, caso seja provido o recurso e reformada a sentença,

> *"(...) deverá também ser adequado o quantum apontado como devido na decisão para a data-base do ajuizamento da ação (09.04.2009), que, segundo a perícia realizada nos autos (item 4.2, quesitos 8 e 9 e respostas R.8 e R.9 do laudo pericial de f. 441-442, bem como itens 2 e 3 da complementação de f. 733-736), seriam de R$ 39.437,06, ou, na pior das hipóteses, de R$ 56.675,08, devendo prevalecer o menor valor."*

Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e julgamento *citra petita*.

Os apelantes sustentam preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o fundamento de que o magistrado não apreciou todas as teses defensivas apresentadas em contestação, consistentes em "*invalidade/ineficácia da garantia prestada pelo apelante espólio e a falta de certeza/existência da obrigação objeto da cobrança*", além de não enfrentar a "*ocorrência de ilegalidades, abusos e necessidade de compensações*".

Prosseguem, asseverando que ao não analisar todas as teses de defesa, a sentença cerceou o direito à ampla defesa dos apelantes, motivo pelo qual "*deve ser declarada nula, já que foi citra petita*".

Por primeiro, esclareço que não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que os ora apelantes produziram todas as provas que entenderam necessárias para comprovar suas alegações, além de que não é demais lembrar que o conjunto de provas produzidas nos autos tem como destinatário final o magistrado, a quem incumbe determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito, bem como indeferir diligência inúteis ou meramente protelatórias, de acordo com sua convicção e através de decisão fundamentada (arts. 370 e 371, ambos do CPC).

Entretanto, da leitura da contestação acostadas às f. 132-151, bem como dos memoriais de f. 762-764, verifica-se que os réus/apelantes manifestaram requerimento para que fosse analisada a necessidade de outorga uxória, a qual, se comprovada sua necessidade, reflete diretamente na validade da suposta garantia prestada por Olmiro Pedro Girardelo Stefanello.

Todavia, sem pontuar acerca deste pedido, o magistrado acolheu diretamente o laudo pericial sobre o valor do saldo devedor total juntado aos autos, favorável ao apelado, concluindo, em breve sentença, sobre a validade e regularidade do contrato descrito na petição inicial.

Por oportuno, assevero que quanto à alegada ausência de fundamentação sobre necessidade de compensações ou ilegalidade nos cálculos, o magistrado foi claro ao acolher o laudo pericial de f. 428-549, o qual entendeu ser suficiente para exaurir as questões acerca do valor do saldo devedor total.

Por esse motivo, é de se reconhecer sentença *citra petita* apenas na parte em que não apreciou o pedido sobre a validade do suposta garantia prestada por Olmiro Pedro Girardelo Stefanello. Entretanto, não é caso de reconhecimento de sentença nula ou insubsistente conforme requerem os apelantes.

Isto porque, os elementos probatórios trazidos aos autos são suficientes para análise de referido petitório, tratando-se de aplicação da teoria da causa madura diante da desnecessidade de produção de outras provas.

Portanto, estando a causa madura para julgamento, sendo desnecessária instrução, e inexistindo violação ao contraditório e ampla defesa, rejeito a preliminar de nulidade e postergo a análise da questão não apreciada pelo magistrado quando do julgamento do mérito do presente recurso.

Preliminar de ilegitimidade ativa.

Ainda em sede preliminar, os apelantes apontam a existência de ilegitimidade ativa, sob o fundamento de que está ausente a demonstração efetiva de que os contratos trazidos na inicial estavam englobados na cessão feita pelo Banco Bamerindus ao apelado. Insistem que o documento apontado pelo magistrado como capaz de comprovar tal fato é genérico e não identifica de forma pormenorizada as operações que foram cedidas.

Ocorre que a cessão de crédito que legitimou o Banco HSBC Bank Brasil S.A foi juntada aos autos, consoante "*Contrato de Cessão Créditos e Garantias, Assunção de Obrigações e Outros Pactos de n. 07.2.0038.1, que entre si celebram a Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo*", acostado às f. 18-23.

Consta da cláusula 3.ª do referido contrato que:

> *"Tendo em vista os pagamentos efetuados pelo HSBC ao BNDES e à FINAME, nos termos das Cláusulas 1ª e 2ª acima, respectivamente, o BNDES e a FINAME, neste ato, cedem e transferem ao HSBC a titularidade dos Contratos BBB (Anexos I e II), outorgando ao HSBC ampla quitação, respeitados os atos praticados por cada uma das partes signatárias deste instrumento até a presente data."*

Como fundamentou o magistrado:

> *"O Banco Bamerindus S.A entrou em liquidação extrajudicial por ato presidencial do Banco Central em 26.03.1998. Ato contínuo, o BNDES e o FINAME sub-rogaram-se nos créditos e garantias dos contratos de financiamento celebrados pelo Banco Bamerindus. O HSBC Bank Brasil S.A, por sua vez, adquiriu ativos e passivos de titularidade do Banco Bamerindus e, no tocando à carteira de repasses do BNDES e da FINAME realizou pagamentos e estes cederam e transferiram ao HSBC a titularidade dos "Contratos BBB", em 09 de fevereiro de 2007".*

Nesse sentido, a jurisprudência:

> *"Calha anotar que é entendimento pacífico deste Tribunal que o Banco HSBC sucedeu ao Banco Bamerindus, ao assumir e adquirir o montante de ativos e passivos de referida instituição, sendo legitimado a figurar nas ações que têm por objeto a cobrança de crédito oriundo de recursos da FINAME. É o que se denota dos documentos que acompanharam a inicial, mais precisamente o contrato de cessão de créditos e garantias de f. 24-29.*
>
> *O argumento de que não há comprovação nos autos da cessão de crédito cobrado merece ser rechaçado, pois o anexo II de f. 29 aponta claramente o contrato de nº 15891756610, em que figura como beneficiário José Joaquim Ramiro.*
>
> *Ademais, é incontroverso que o apelado assumiu todas as atividades, operacionais e bancárias do Banco Bamerindus com relação aos clientes e, por força disso, a relação do correntista que era anteriormente, com o Bamerindus, passou a ser com o novo Banco HSBC Brasil S/A.*
>
> *(...) Desse modo, na qualidade de sucessor do Banco Bamerindus do Brasil S/A, deve o Banco HSBC Bank Brasil S/A responder pelos direitos e obrigações daí advindas. Patente, pois a sua legitimidade para figurar na parte ativa da lide."* (TJMS. Apelação nº 0104943-60.2007.8.12.0019, Ponta Porã, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 17/11/2010, p: 22/11/2010)

Ainda no que toca à ilegitimidade do polo ativo, os apelantes sustentam que o autor não é parte legítima para a cobrança objeto dos autos, por ausência de comprovação da notificação dos devedores sobre a cessão de crédito. Segundo entendem, o art. 290 do Código Civil determina que a cessão não terá eficácia perante supostos devedores antes de que estes sejam formalmente notificados.

Ocorre que a notificação prevista no art. 290 do Código Civil não é capaz de confirmar a validade ou invalidade do crédito cedido, de forma que visa proteger o devedor ao informar a quem ele deve efetuar o pagamento da dívida. Assim, caso os apelantes não fossem notificados e tivessem realizado o pagamento ao credor originário, valeria o pagamento feito, o que, todavia, não é o caso dos autos.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – CESSÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO – CONSEQUÊNCIAS – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.

1.- A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada. Isso não significa, porém, que a dívida não possa ser exigida quando faltar a notificação.

2.- O objetivo da notificação é informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação. A ausência da notificação traz essencialmente duas consequências: Em primeiro lugar dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário. Em segundo lugar permite que devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança (artigo 294 do Código Civil).

3.- A falta de notificação não interfere com a existência ou exigibilidade da dívida, sendo de se admitir, inclusive, a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes em caso de não pagamento, observadas as formalidades de estilo (artigo 43, § 2º, Código de Defesa do Consumidor).

4.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos.

5.- Agravo Regimental a que se nega provimento." (AgRg no Resp 1408914/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 14/11/2013)

No mais, às f. 96-97 consta notificação extrajudicial encaminhada pelo Banco HSBC ao Sr. Olmiro Pedro Girardelo Stefanello, a qual foi recebida por sua esposa, tendo em vista que à época aquele já havia falecido.

Portanto, rejeito as preliminares e passo a analisar o mérito do recurso.

Mérito

Trata-se, na origem, de ação de cobrança ajuizada pelo Banco HSBC Bank Brasil S.A – Banco Múltiplo, ora apelado, em desfavor de Moisés Zeni e Espólio de Olmiro Pedro Girardelo Stefanello, ora apelados, buscando a condenação destes ao pagamento do valor total de R$ 131.088,06 (cento e trinta e um mil, oitenta e oito reais e cinco centavos), os quais estariam representados pelos contratos de abertura de crédito fixo com repasses oriundos da Agência Especial de Financiamento Industrial - FINAME nº 0857-09673-55, 0857-06924-53 e 0857-06923-72.

Alegam os apelantes que não restou suficientemente comprovada a obrigação cobrada nos autos, principalmente porque o autor não promoveu a juntada de todos os aditivos relativos aos contratos mencionados na petição inicial.

Entretanto, os contratos foram devidamente juntados aos autos, conforme se verifica às f. 43-50, 51-54 e 57-60; o contrato de cessão de crédito posteriormente realizado além de seus aditivos juntados às f. 24-27, e às f. 37-42, além dos respectivos anexos, tudo conforme se constata da ampla documentação juntada das f. 17 até 95 do processo em tela.

Portanto, diante da farta documentação, não há que se falar em insuficiência de provas da obrigação.

Adiante, os apelantes sustentam que não pode ser reconhecida a existência de responsabilidade do apelante Olmiro Pedro Girardelo pelo eventual débito cobrado, sob o argumento de que "*a garantia outorgada pelo Sr. Olmiro é nula de pleno direito ou, pelo menos, totalmente ineficaz*." Aduzem que Sr. Olmiro estava apenas na posição de garantidor das obrigações, sendo a fiança a forma de garantia emprestada pelo falecido.

Por isso, uma vez que, em tese, foi levada a efeito sem a necessária outorga uxória, a garantia fidejussória objeto dos autos seria inválida, motivo pelo qual a pretensão inicial deveria ser julgada improcedente quanto a este apelante.

No que toca a este ponto, compulsando os autos verifica-se que, nos contratos de abertura de crédito firmados entre o Banco Bamerindus e Moisés Zeni, o Sr. Olmiro Stefanello assumiu a posição de interveniente garantidor, consoante cópias colacionadas às f. 37-41, 43-46, 47-49 e 51-56.

Portanto, resta claro que não se trata de fiança, conforme querem fazer crer os apelantes. Não bastasse isso, sobre a necessidade de outorga uxória, o Superior Tribunal de Justiça há muito fixou entendimento de ser desnecessária.

Confira-se:

> *"Ação de anulação de fiança por falta de outorga uxória. Natureza da garantia. Precedentes da Corte. Indenização. Inscrição na SERASA.*
>
> *1. Na forma de precedentes da Corte, o "interveniente garantidor solidário" não se confunde com o avalista nem com o fiador, sendo inaplicável, portanto, a disciplina positiva sobre a fiança, com o que se afasta a necessidade de outorga uxória."* (Resp nº 6.268/MG, julgado em sessão de 15/4/91; no mesmo sentido, do mesmo Relator: Resp nº 3.238/MG, DJ de 19/11/90).
>
> *(...)."* (Resp 538.832/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 12/04/2004, p. 207)

Desta forma, tendo em vista que o contrato dispõe claramente que o Sr. Olmiro Stefanello atuou na condição de interveniente garantidor, assim como há cláusula expressa no sentido de que comparecia também na condição de devedor solidário (cláusula vigésima sexta à f. 54), tenho que não se trata de prestação por fiança, logo, dispensável o consentimento do cônjuge.

Em sequência, os apelantes apontam supostas ilegalidades nos contratos objeto destes autos.

Primeiro, asseveraram que os juros remuneratórios devem incidir no período de normalidade, pois foram pactuados somente para esse período, devendo prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor. Também menciona que os juros remuneratórios devem ser somente "*aqueles pertinentes às operações de securitização e PESA, os quais são equalizados/subsidiados e jamais impostar em mais do que 6% ao ano, especialmente porque são destas operações que este caso trata*." (sic).

Embora os apelantes aleguem que os juros remuneratórios foram fixados somente no período de normalidade, os aditivos dos contratos objetos destes autos estabeleceram de forma expressa que tais encargos incidiriam no período de securitização com taxa efetiva de 3% ao ano (f. 74-94 destes autos).

Ademais, no que toca ao pedido de aplicação dos benefícios relativos às operações de securitização e pesa, em pesquisa à legislação pertinente e à jurisprudência em casos análogos, verifica-se que foram estipulados limites para montante de dívidas que seriam passíveis de alongamento, bem como que era ônus do interessado requisitar o benefício perante a instituição financeira.

Neste tocante, não consta nos autos que os apelantes tenham requisitado inclusão no PESA, nem mesmo é possível verificar que preenchem aos requisitos legais para sua concessão, ônus que lhes cabia. Nesse sentido, entendimento deste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REVISIONAL – SECURITIZAÇÃO NÃO REQUERIDA – PESA – PROVA A CARGO DO DEVEDOR NÃO HIPOSSUFICIENTE – ABERTURA DE CRÉDITO FIXO COM REPASSE DA FINAME – AQUISIÇÃO DE MAQUINÁRIO AGRÍCOLA – MORA DO FINANCIADO – ENCARGOS CONTRATUAIS – VALIDADE DA TAXA REFERENCIAL-TR (SÚMULA 295, STJ) PACTUADA EM DETRIMENTO DO IGPM-FGV, UTILIZADO NA SENTENÇA, QUE SE MOSTROU MAIS*

GRAVOSO – INVIABILIDADE DA ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO PELO INPC OU PELA VARIAÇÃO DO PREÇO MÍNIMO DE PRODUTO AGRÍCOLA – IMPOSSIBILIDADE DE SE FIXAR OS JUROS MORATÓRIOS COM BASE NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DEC.-LEI 167/67 – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA AFASTADA PELO JUIZ – FALTA DE INTERESSE DO AUTOR – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – NATUREZA DECLARATÓRIA DO FEITO – CONDENAÇÃO POR EQUIDADE – AUTOR QUE DECAIU DA MAIOR PARTE DO PEDIDO – REFORMATIO IN PEJUS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O alongamento da dívida originada de crédito rural é um direito do devedor e não mera faculdade da instituição financeira, contudo, a concessão do benefício está subordinada ao preenchimento dos requisitos estabelecidos na legislação em vigor, entre eles a demonstração, pelo financiado, de que requereu o benefício, uma vez que, por não ser hipossuficiente, é seu o ônus da prova de que faz jus ao benefício." (TJMS. Apelação nº 0001625-97.2003.8.12.0020, Rio Brilhante, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 18/01/2010, p: 24/01/2010)"

Prosseguindo, os apelantes se insurgem quanto à aplicação da taxa *del credere*, a qual estava prevista nos contratos de abertura de crédito fixo com repasse da FINAME e, por isso, está incluída na composição dos cálculos.

Deveras, restou acordado nos contratos a taxa *del credere* no valor de 2% ao ano. Referida taxa é alusiva aos contratos de comissão, de modo que prevista no art. 698, do CC, em capítulo referente às comissões. Além disso, a jurisprudência também possui julgados admitindo sua inclusão nos casos de cédula de crédito rural, com fundamento no art. 8º do Decreto-Lei nº 167/67.

Ocorre que a hipótese vertente não se trata de contrato de comissão, nem se submete ao regramento previsto no Decreto-Lei nº 167/67, uma vez que:

"O contrato em discussão é uma cédula de crédito bancário, prevista na Lei nº 10.931/04, com financiamento mediante abertura de crédito com repasse da FINAME, e não uma cédula de crédito rural, de modo que os encargos financeiros e moratórios previstos no contrato não devem ser analisados com base no Decreto-Lei nº 167/67 e sim com base nas leis que regem a cédula de crédito bancário." (TJMS. Apelação nº 0003708-22.2008.8.12.0017, Nova Andradina, Câmara Cível I - Mutirão, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 28/01/2015, p: 11/02/2015).

Na verdade, cumpre explicar que no financiamento trazido aos autos, destinado à aquisição de máquinas, equipamento e veículos pertinentes à atividade agrícola, os recursos eram originários da agência FINAME – BNDES, porém, o risco do crédito era do agente financeiro (banco). Assim, a taxa *del credere* funcionaria como espécie de garantia à instituição financeira que assume o risco do financiamento.

Entretanto, o próprio contrato já previa outras formas de garantia à instituição financeira, consoante se verifica da cláusula vigésima terceira (f. 46), fator que, somado a inexistência de fundamento legal para imposição da taxa *del credere*, motiva seu afastamento da composição dos cálculos, consoante requerido pelos apelantes. Veja-se:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CAPITALIZAÇÃO – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – MULTA CONTRATUAL 2% – COMISSÃO DE RESERVA DE CRÉDITO – CLÁUSULA DEL CREDERE – CONSTITUIÇÃO MORA – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. (...) 5.É indevido a comissão de reserva de crédito, bem como cláusula del credere, já que não há previsão legal para sua cobrança (...)." (TJMS. Apelação nº 0370287-24.2008.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 22/10/2012, p: 21/05/2013).

No que toca à capitalização de juros, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que:

> *"(...) é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-Lei nº 167/67 e Decreto-Lei nº 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17 (31.3.00)."* (AgRg no AREsp 114243/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. em 20/03/2012).

De tal sorte, sendo os contratos anteriores a 31 de março de 2000, não incide sobre eles a capitalização mensal dos juros remuneratórios, devendo a sentença ser reformada no ponto para que apenas seja admitida a capitalização anual.

Os apelantes apontam, ainda, a ilegalidade da multa de 10% fixada nos contratos por afronta ao artigo 52, § 1º, do CDC, com redução para 2%. Entretanto, verifico que os contratos foram celebrados anteriormente à entrada em vigor da códex consumerista, motivo pelo qual entendo que deve permanecer a multa nos termos em que contratado pelas partes.

É o que se depreende, *a contrario sensu*, de entendimento já firmado neste Tribunal de Justiça:

> *"Quanto à multa moratória, a cobrança no percentual de 10% se afigura legal com relação à mora configurada até a data da entrada em vigor da Lei 9.298, de 1º de agosto de 1996, que modificou o § 1º, do art. 52, do Código de Defesa do Consumidor, determinando o limite de 2% para a referida multa. Isto porque, tendo em vista o caráter de ordem pública do CDC e, consequentemente, da Lei nº 9.298/96, que o regula, tenho que se aplicam tais normas a todas as relações em curso e posteriores. No caso em tela, como o contrato foi firmado depois daquela data, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, devendo, portanto, a multa contratual ser limitada a 2%."* (TJMS. Apelação nº 0101233-91.2006.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 11/05/2017, p: 15/05/2017).

Ademais:

> *"3. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às hipóteses em que o produto ou serviço é contratado para implementação da atividade econômica, em virtude de não se evidenciar a figura de destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva). Tribunal de origem que afirma ter o financiamento sido obtido para o fomento da economia da empresa. Incidência do óbice da súmula 7/STJ."* (Resp 1086969/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 30/06/2015)

Em sequência, recorreram os apelantes para que seja fixado que, no período de inadimplência os únicos encargos a serem cobrados são juros de mora de 1% ao ano, nos termos do artigo 5º, p.u., do Decreto-Lei nº 167/67, inclusive com a proclamação expressa da exclusão da previsão de comissão de permanência inserida nos contratos, pois cobrada junto com a correção monetária.

Sobre a incidência do Decreto-Lei nº 167/67, repiso o que foi anteriormente fundamentado no sentido de que o contrato em discussão é uma cédula de crédito bancário, prevista na Lei nº 10.931/04, com financiamento mediante abertura de crédito com repasse da FINAME, e não uma cédula de crédito rural, de modo que os encargos financeiros e moratórios previstos no contrato não devem ser analisados com base no Decreto-Lei nº 167/67 e sim com base nas leis que regem a cédula de crédito bancário.

De outro vértice, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios (enunciados Súmulas 30, 294 e 472 do STJ), devendo ser excluída. Nesse sentido:

> *"A cobrança da comissão de permanência, quando contratada, deverá incidir isoladamente, não sendo possível sua cumulação com juros remuneratórios, moratórios, correção monetária e multa contratual, pois do contrário haverá bis in idem, uma vez que na composição da comissão de permanência já estão incluídos a remuneração e atualização do*

> *capital, conforme exposto pelo juízo a quo."* (TJMS. Apelação nº 0101233-91.2006.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 11/05/2017, p: 15/05/2017)

Por último, requerem que a correção do débito seja feita pela variação do preço mínimo do milho ou pela TR, e não pelo IGP-M/FGV, conforme dito na sentença, adotando-se o que apresentar menor variação, uma vez que a interpretação dos contratos deve ser mais favorável aos apelantes, ao que tudo indica, por entenderem se tratar de relação de consumo.

Aqui, possível o provimento dos apelante apenas para que a correção do débito seja feita pela TR (Taxa Referencial), pois foi pactuada nos contratos de abertura de crédito e, consoante decisão já proferida neste Tribunal:

> *"Conforme estabelecido na Súmula 295 do STJ, a Taxa Referencial (TR) pactuada entre as partes constitui indexador válido, devendo prevalecer em detrimento do IGPM-FGV, estabelecido na decisão recorrida, sobretudo se este indexador, durante o período analisado (da contratação até a prolação da sentença) sofreu variação superior que tornaria mais onerosa a obrigação."* (TJMS. Apelação nº 0001625-97.2003.8.12.0020, Rio Brilhante, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 18/01/2010, p: 24/01/2010).

Sendo assim, em que pese os apelantes requeiram que o *quantum* devido deve ser fixado nos termos do item 4.2, quesitos 8 e 9 e respostas R.8 e R.9 do laudo pericial de f. 441-442, bem como itens 2 e 3 da complementação de f. 733-736, certo é que apenas deverão ser excluídos do cálculo a taxa *del credere*, a capitalização mensal dos juros remuneratórios e a comissão de permanência, além de que deve prevalecer a Taxa Referencial (TR) estabelecida no contrato.

Ante o exposto, conheço do recurso, dando-lhe parcial provimento apenas para determinar que sejam excluídos da composição do cálculo do saldo devedor a taxa *del credere*, a capitalização mensal dos juros remuneratórios e a comissão de permanência, além de que prevaleça a Taxa Referencial (TR) estabelecida no contrato.

Por fim, tendo em vista que houve parcial provimento do recurso dos réus/apelantes e que a autora/apelada continua decaindo de parte mínima de seus pedidos, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, considerando o trabalho realizado na fase recursal, em conformidade com o disposto no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 06 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Cível nº 0800234-40.2014.8.12.0036 - Inocência

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS – EMPRESA CONSTITUÍDA PARA ADMINISTRAÇÃO DE BENS IMÓVEIS – INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL – INOCORRÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 156, § 2º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, C/C ARTS. 36 E 37 DO CTN – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Incide o ITBI, quando restar demonstrada que a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

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

Campo Grande, 2 de julho de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Rota do Sol Administradora e Participações Ltda, inconformada com a sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado em face do Secretário do Setor de Arrecadação Tributária de Inocência, interpõe recurso de apelação.

Aduz, em síntese, que sua atividade preponderante não é a compra e venda e bens imóveis ou a locação ou o arrendamento mercantil, mas, sim, de administração de bens próprios, não incidindo o imposto de transmissão de bens imóveis –ITBI.

Assinala que:

> *"(...) não tendo como atividade preponderante a compra e venda de bens imóveis, tampouco a locação ou o arrendamento mercantil, uma vez que sua atividade preponderante será (pois, à época, a sociedade ainda não iniciara suas atividades) de administração de bens próprios e a participação em outras sociedades como acionista ou quotista, conforme comprova o seu contrato social, é imune ao Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis na transmissão do imóvel para a integralização do capital social".*

Argumenta que o Município de Inocência/MS não pode exigir o ITBI antes de estar configurada uma das hipóteses legais de exceção à regra de imunidade, nos termos dispostos nos §§ 1º e 2º do art. 37 do Código Tributário Nacional, bem como dos §§ 1º e 2º do art. 28, da Lei Complementar Municipal nº 872/2013 - Código Tributário Municipal de Inocência.

Requer o provimento do recurso para que seja reconhecida a não incidência do imposto em comento (f. 223-231).

Em contrarrazões, o município de Inocência pugna pela manutenção da sentença (f. 239-252)

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rota do Sol Administradora e Participações Ltda contra ato do Secretário do Setor de Arrecadação Tributária de Inocência, visto que foi denegada a segurança pleiteada para reconhecer a não incidência de ITBI sobre uma gleba de terra situada no município de Inocência.

Pois bem. A apelante, Rota do Sol Administradora e Participações Ltda impetrou mandado de segurança com pedido de liminar em face do Secretário do Setor de Arrecadação Tributária de Inocência, afirmando ser pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de sociedade empresária limitada, tendo como objeto social, de acordo com a cláusula 3ª do contrato: *"administração de bens próprios e a participação em outras sociedades como acionista e quotista"*.

Afirma que o capital social da empresa foi integralizado pelos sócios, em bens imóveis e moeda corrente do país, sendo que o sócio José Visani subscreveu e integralizou suas cotas por meio da conferência de alguns bens ao capital social da empresa, dentre eles uma gleba de terra situada no município de Inocência e registrada sob a matrícula nº 6422.

A fim de efetivar a transferência desse imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis, requereu junto à Prefeitura de Inocência, a imunidade prevista no art. 156, § 2º I da Constituição Federal. O pedido foi indeferido, ao fundamento de que a integralização de bens imóveis em realização de capital não estaria contemplada pela norma inserta no artigo 156, § 2º, I da CF, mas na exceção contida na parte final da norma constitucional, que se refere a compra e venda de bens imóveis, sua locação ou arrendamento.

Assim, ante a recusa da municipalidade, interpôs recurso administrativo, que foi negado, culminando com a impetração do mandado de segurança, objetivando seja expedida a declaração de isenção, para que possa transferir a titularidade do imóvel, objeto da matrícula 6422.

Com efeito, o art. 156, da Carta Magna dispõe:

> *"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
>
> *I - propriedade predial e territorial urbana;*
>
> *II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;*
>
> *III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.*
>
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II:*
>
> *I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;*
>
> *II - compete ao Município da situação do bem."*

O Código Tributário Nacional, por sua vez, estabelece que:

> *"Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:*
>
> *I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;*
>
> *II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;*
>
> *III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.*
>
> *Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:*
>
> *I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;*
>
> *II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.*
>
> *Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.*
>
> *Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.*
>
> *§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.*
>
> *§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.*
>
> *§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.*
>
> *§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante."*

A questão cinge-se em torno de se saber se há imunidade tributária referente ao ITBI, em razão de subscrição de ações, de bem imóvel, mediante promessa de integralização ao patrimônio de pessoa jurídica e qual é a atividade preponderante desenvolvida pelo apelante.

Conforme disposto nos artigos supramencionados, o ITBI não incidirá sobre imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica no aporte de capital social, nem sobre a transmissão de bens/direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo, se o objeto social da empresa for a compra e venda ou aluguel dos imóveis.

Malgrado a recorrente haver apontado que sua atividade principal é a de produtor rural, consta nos autos às f. 193, documento da Receita Federal, informando que a empresa Rota do Sol Administradora e Participações Ltda, possui como atividade principal a compra e venda e aluguel de imóveis próprios.

Ora, a legislação é clara ao descrever que incide o ITBI, quando restar demonstrada que a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

Não se necessita de exercício de interpretação, bastando, apenas e tão somente, a leitura dos artigos mencionados.

Conforme apontado em sentença, a exceção constitucional visa a impedir que pessoas jurídicas constituídas, não para produzir bens e serviços, mas com a finalidade exclusiva de permitir aos componentes de seu quadro societário a compra e venda de bem, sem a incidência de ITBI (f. 217).

Na hipótese vertente, a empresa apelante foi constituída pelo marido e mulher para gerir seu patrimônio, tendo como objeto social, preponderantemente, a compra, venda e administração de imóveis próprios.

Assim, dúvida não há, que o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, incide no imóvel apontado.

Neste sentido, trago à colação o seguinte aresto:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE PARA INCIDÊNCIA DE ITBI – EMPRESA QUE POSSUI ENTRE SEUS OBJETOS A LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO – SENTENÇA DE DENEGAÇÃO DA ORDEM MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Nos termos do art. 156, § 2º, I, o ITBI não incide sobre a transmissão de bens e direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo quando a atividade preponderante da empresa for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Havendo comprovação de que a impetrante apresenta entre seus objetivos sociais a locação de imóveis, não há como ser reconhecida a imunidade pleiteada, não havendo que se falar em direito líquido e certo no caso. Sentença mantida. Recurso improvido."* (TJMS. Apelação nº 0800890-40.2017.8.12.0020, Rio Brilhante, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 20/09/2018, p: 24/09/2018)

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Rota do Sol Administradora e Participações Ltda em face do Município de Inocência, mantendo em todos os seus termos a sentença de f. 210-218.

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. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 2 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Cível nº 0900006-31.2017.8.12.0016 - Mundo Novo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – ALUNA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS – SÍNDROME DE DOWN – ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO – ACOMPANHAMENTO POR PROFESSOR DE APOIO – NECESSIDADE COMPROVADA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, COM O PARECER.

O direito à educação, especialmente àquelas crianças e adolescentes que possuam necessidades especiais, constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado de forma solidária pelos entes federativos, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 205, 206, 208 e 227 todos da Constituição Federal e artigos 3º, 4º 11 e 54, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Restando demonstrada a necessidade da recorrida em ser acompanhada por professor de apoio, conforme laudo médico e relatório escolar, é dever do Estado a referida disponibilização.

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, com o parecer.

Campo Grande, 2 de julho de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

O Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Mundo Novo nos autos da Ação civil pública c/c obrigação de fazer, movida pelo Ministério Público Estadual, em substituição processual de Tatiane Ines Schnem Bohn, representada por sua genitora Lourdes Maria Schnem Bohn, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que diferentemente do que restou decidido pelo magistrado *a quo*, a recorrida não necessita de professor de apoio, bem como a pretensão encontra óbice intransponível no preceito estatuído no artigo 3º, inciso XIII da Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que não foi observado pela sentença recorrida.

Sustenta que o entendimento esposado encontra guarida na Nota Técnica 19/2010 do MEC/SEESP/GAG, de 08 de dezembro de 2010, que dispõe acerca dos profissionais de apoio para alunos com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento matriculados nas escolas comuns da rede pública de ensino.

Explica que como atividade subalterna à lei, a Administração Pública não pode se furtar a seguir à risca o princípio da legalidade e, no caso vertente, isso foi estritamente praticado, razão pela qual o provimento do recurso é medida que se impõe.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença recorrida para reconhecer a improcedência do pedido contido na exordial.

Contrarrazões apresentadas às f. 95-110, nas quais o recorrido pede o não provimento do recurso.

Manifestação do d. Procurador de Justiça às f. 143-153, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de f. 66-71 que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública c/c obrigação de fazer, movida pelo Ministério Público Estadual, em substituição processual de Tatiane Ines Schnem Bohn, representada por sua genitora Lourdes Maria Schnem Bohn.

O dispositivo da decisão recorrida restou assim redigido, *in verbis:*

> *"(...)*
>
> *Ante o exposto, com base no art. 487, inciso I do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido que o Ministério Público Estadual fez em favor de Tatiane Ines Schnem Bohn, em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, para o fim de condenar o réu a disponibilizar de forma permanente à substituída professor de apoio para acompanhamento educacional especial.*
>
> *Confirmo totalmente a decisão de f. 22-26. Por consequência, acaso não cumprida a ordem, fica mantida a pena de multa.*
>
> *Sem custas, ex vi legis. Sem honorários.*
>
> *Oficie-se ao Excelentíssimo Desembargador relator do processo que tramita em segundo grau sobre a existência desta sentença (f. 47).*
>
> *Havendo o trânsito em julgado, arquive-se com as formalidades.*
>
> *P.R.I.C."*

Passo a analisar a sentença objeto deste recurso.

O direito à educação é reconhecido constitucionalmente como um direito fundamental do cidadão, na medida em que vem elencado no rol de direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, *in verbis:*

> *"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."*

Ademais, o dever de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência decorre de expressa disposição constitucional, consoante artigo 208, inciso III, da Carta Magna:

> *"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;"*

Como todos os direitos fundamentais, que são aqueles inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, a educação é considerada como um direito de todos e um dever do Estado e da família, devendo ser *"promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho",* conforme dispõe o artigo 205 da Constituição Federal.

Nesse passo, a Lei nº 13.146/2015 assegura à pessoa com deficiência o acesso ao sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, sendo um dever de todos garantir a qualidade da educação.

> *"Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação."*

Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança, do qual o Brasil é signatário (Decreto nº 99.710, de 21/11/1990), também destaca a necessidade de o Estado assegurar aos pais a garantia de promoção dos direitos ali enunciados, com proteção especial ao menor portador de deficiência.

> *"Artigo 231. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade."*

Vale registrar o que dispõe o artigo 2º da Lei 7.853/89, *in verbis:*

> *"Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.*
>
> *Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:*
>
> *I - na área da educação:*
>
> *a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;*
>
> *b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;*
>
> *c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;*
>
> *d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência;*
>
> *e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;*
>
> *f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino;*"

No caso em apreço, conforme apontado em laudo médico (f. 19) restou comprovado que a menor substituída é portadora de Síndrome de Down (CID F71 e Q90.4), possuindo dificuldade de aprendizado severa, necessitando *"de professor itinerante (auxiliar) para melhora de seu aprendizado, além de estratégias específicas de ensino"*.

Além disso, o relatório elaborado pela diretora da escola na qual a menor estuda é conclusivo no sentido da necessidade de atendimento educacional especializado (f. 21):

> *(...) Queremos relatar, no entanto, que esta aluna estuda nesta Escola desde seus 7 anos e que durante esse período a mesma não teve professor de apoio pois segundo a técnica da Nuesp representante da nossa Escola, sua deficiência não daria direito a esse profissional. Portanto essa aluna foi prejudicada já que dos 7 aos 10 anos está na turma de alfabetização, não consegue ser alfabetizada pois durante todo esse tempo não teve o professor de apoio para auxiliá-la individualmente. Observa-se ainda que a mesma não possui condições de prosseguir para os anos seguintes sem ser alfabetizada e que esse processo só é possível com a intervenção do professor de apoio em ambiente escolar."*

Restando comprovada a dificuldade de aprendizado da infante é imprescindível a adequação curricular e a presença de monitor, para o desenvolvimento eficiente do menor.

Assim, é patente a obrigação do Estado recorrente disponibilizar à parte autora acompanhamento educacional especializado através de professor de apoio a fim de assegurar a qualidade da educação do recorrido.

Neste sentido, colaciono julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Confira-se:

> *"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – EDUCAÇÃO – ENSINO PÚBLICO – ALUNO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS – ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO – ACOMPANHAMENTO POR MONITOR – LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – INAPLICÁVEL. 1 - O ordenamento jurídico pátrio busca assegurar que haja efetividade na proteção especial aos portadores de necessidades especiais, inclusive, no que se refere ao fornecimento de atendimento educacional especializado, buscando-se, desse modo, garantir que os alunos portadores de necessidades especiais tenham acesso a uma educação inclusiva. 2 - No caso específico dos autos, resta evidente que o autor necessita de acompanhamento de monitor para o desempenho suas atividades diárias. 3 - Não merece guarida a pretensão do Poder Público de se furtar ao dever constitucional de proporcionar às crianças portadoras de deficiência atendimento especializado, não sendo possível aceitar quaisquer limitações de ordem orçamentária (teoria da reserva do possível) para justificar a omissão do Estado na prestação desse serviço essencial. 4 - Apelação e remessa necessária desprovidas. Sentença mantida."* (Acórdão nº 929620, 20130111656107APO, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, Revisor: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 16/03/2016, Publicado no DJE: 19/04/2016. Pág.: 365-384).

> *"ADMINISTRATIVO – EDUCAÇÃO – CRIANÇA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAS – OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE FORNECER MONITOR AO MENOR. 1. O direito de acesso à educação é direito assegurado constitucionalmente à criança e ao adolescente, sendo obrigação do Estado fornecê-lo adequadamente. 2. O Estado deve garantir à criança portadora de necessidades especiais um monitor para que seja assegurado o pleno acesso à educação. 3. Negou-se provimento ao apelo e à remessa oficial."* (Acórdão nº 905918, 20140110480563APO, Relator: Sérgio Rocha, Revisor: James Eduardo Oliveira, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/11/2015, Publicado no DJE: 18/11/2015. Pág.: 239).

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ALUNOS COM NECESSIDADES ESPECIAIS – ACOMPANHAMENTO POR MONITOR DA REDE DE ENSINO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL – DEVER DO ESTADO – OFENSA A DIREITOS FUNDAMENTAIS – ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – INEXISTÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA. (...) 4. A teoria*

da reserva do possível não pode ser invocada para afastar a obrigação da Administração de garantir ao aluno com deficiência tratamento diferenciado, com a disponibilização de monitores para apoio aos professores. 5. Inexiste violação ao princípio da isonomia quando devidamente comprovada a situação de imprescindibilidade de monitores em sala de aula para acompanhar alunos com necessidades especiais, que precisam de apoio exclusivo para suas atividades diárias durante o período que se encontram na escola. 6. Recurso e remessa necessária conhecidos e desprovidos." (Acórdão nº 892602, 20130110897774APO, Relator: Sandoval Oliveira, Revisor: Sebastião Coelho, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/09/2015, Publicado no DJE: 14/09/2015. Pág.: 569).

Portanto, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, negando-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida.

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. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 02 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Agravo de Instrumento nº 1412440-43.2017.8.12.0000 - Chapadão do Sul

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – BEM MÓVEL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – ATIVIDADE EMPRESARIAL – ESSENCIALIDADE DO BEM – PRAZO DE SUSPENSÃO – AFERIÇÃO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL – PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

Estabelece o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, que muito embora o crédito oriundo de alienação fiduciária não se submeta aos efeitos da recuperação judicial, não é permitida, durante o prazo de suspensão de 180 dias (art. 6º, § 4º), a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Contudo, importante salientar que, o mero decurso do prazo de 180 dias não é o bastante para autorizar a retomada dos bens e consolidar a propriedade do credor de forma imediata.

De acordo com entendimento que vem sendo firmado pelo STJ, compete ao juízo universal, avaliar a essencialidade dos bens à atividade econômica da devedora, em nome do princípio da preservação da empresa, sob pena de inviabilização da própria recuperação judicial.

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, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de julho de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Caixa Econômica Federal - CEF, inconformada com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul na Impugnação de Crédito nº 0001975-16.2017.8.12.0046 movida por TRR Nipobras Chapadão Gaúcho Ltda - em recuperação judicial, a qual rejeitou a impugnação, mantendo excluído do plano de recuperação judicial o Contrato nº 3440.003.00000794-9, bem como determinou que o bem garantidor de tal contrato não seja objeto de consolidação da propriedade enquanto perdurar a execução do plano de recuperação judicial, agrava a este Tribunal.

Narra que a empresa recuperanda, ora agravada, apresentou impugnação de crédito para que fosse retificada a lista de credores elaborada pelo administrador judicial, requerendo a inclusão do Contrato nº 3440.003.00000794-9 no quadro geral de credores, na classe de credores quirografários.

Relata que a agravada justificou sua pretensão, afirmando que o referido contrato foi excluído dos efeitos da recuperação judicial por força do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.010/05, pelo fato de existir garantia fiduciária de bem imóvel, mas que tal bem é essencial a atividade da empresa e que, por isso, não poderia ser apropriado pela credora, ora agravante.

Conta que a agravante, em sua contestação, refutou os argumentos apresentados pela agravada, defendendo a manutenção do crédito afastado dos efeitos da recuperação judicial, o que foi deferido pela decisão ora agravada, mas se insurge contra a determinação de que o bem não poderia ser objeto de consolidação da propriedade enquanto perdurar a recuperação judicial.

Sustenta que, com base no artigo 49, § 3º, da Lei de Falências, os créditos com garantia fiduciária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, motivo pelo qual elogia a r. decisão ao afastar o Contrato nº 3440.003.00000794-9 do plano de recuperação judicial da empresa agravada.

Contudo, a agravante se insurge contra o impedimento de consolidação da propriedade do bem dado em garantia, enquanto perdurar a recuperação judicial, porquanto tal determinação torna sem efeito prático o dispositivo supracitado, e estende o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, previsto no § 4º de tal dispositivo, para 15 (quinze) anos, prazo de execução do plano de recuperação judicial.

Obtempera que a suspensão imposta à agravante de consolidar a propriedade do imóvel enquanto perdurar a execução do plano – 15 (quinze) anos – deve ser reformada em razão da sua afronta ao artigo 6º, § 4º, da Lei nº11.101/05, bem como por ser desarrazoado, devendo ser restabelecida de plano a possibilidade de consolidação, ou que o prazo de suspensão seja estendido, de forma improrrogável, até a votação do plano de recuperação judicial.

Prequestiona a matéria devolvida.

Por fim, pede o provimento do presente recurso, reformando-se a decisão vergastada, a fim de que seja restabelecida a possibilidade de consolidação da propriedade do imóvel dado em garantia ou para que o prazo de suspensão seja estendido, de forma improrrogável, até a votação do plano de recuperação judicial.

Caso mantida a referida determinação, requer seja fixada uma taxa pela utilização do bem, enquanto ele permanecer na posse da agravante.

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo.

Contraminuta às f. 62-80.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Caixa Econômica Federal - CEF, inconformada com a decisão prolatada nos autos da Impugnação de Crédito nº 0001975-16.2017.8.12.0046 movida por TRR Nipobras Chapadão Gaúcho Ltda - em recuperação judicial, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na decisão agravada, foi rejeitada a impugnação, mantendo excluído do plano de recuperação judicial o Contrato nº 3440.003.00000794-9, porém sendo determinado que o bem garantidor de tal contrato não seja objeto de consolidação da propriedade, enquanto perdurar a execução do plano de recuperação judicial. Senão vejamos:

> *"Diante do exposto, rejeito a presente impugnação, mantendo excluído do plano de recuperação judicial o crédito representado no Contrato nº 3440.003.00000794-9, com a ressalva de que o bem imóvel garantidor de tal contrato (matrícula 1183 do CRI local) não poderá ser objeto de consolidação de propriedade ou alienação extrajudicial pela impugnada enquanto perdurar a execução do plano de recuperação, exceto na hipótese de convolação da recuperação em falência."*

O inconformismo da agravante reside, tão somente, no impedimento de consolidação de propriedade ou alienação extrajudicial, enquanto perdurar a execução do plano de recuperação.

Pretende, a agravante, a reforma da decisão, a fim de que seja restabelecida a possibilidade de consolidação da propriedade do imóvel dado em garantia ou para que o prazo de suspensão seja apenas estendido, mas de forma improrrogável, até a votação do plano de recuperação judicial.

Alternativamente, requer seja fixada uma taxa pela utilização do bem, enquanto ele permanecer na posse da agravante.

Pois bem.

Em que pese o inconformismo da agravante, tenho que a decisão deve ser mantida.

Com relação ao credor fiduciário, assim estabelece o 49, § 3º, da Lei 11.101/05:

> *"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."*

De fato, estabelece o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005 que muito embora o crédito oriundo de alienação fiduciária não se submeta aos efeitos da recuperação judicial, não é permitida, durante o prazo de suspensão de 180 dias (art 6º, § 4º), a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Contudo, importante salientar que, o mero decurso do prazo de 180 dias não é o bastante para autorizar a retomada dos bens e consolidar a propriedade do credor de forma imediata.

Aliás, não apenas nesse sentido é o entendimento que vem sendo firmado pelo STJ, como também, o de que pertence ao juízo universal, a competência para avaliar a essencialidade dos bens à atividade econômica da devedora, em nome do princípio da preservação da empresa, sob pena de inviabilização da própria recuperação judicial.

Senão vejamos:

> *"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – DEFERIMENTODO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PRAZO DE SUSPENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – ESSENCIALIDADE DO BEM – AVALIAÇÃO NECESSÁRIA. (...) 4. O mero decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da LFRE não é bastante para, isoladamente, autorizar a retomada das demandas movidas contra o devedor, uma vez que a suspensão também encontra fundamento nos arts. 47 e 49 daquele diploma legal, cujo objetivo é garantir a preservação da empresa e a manutenção dos bens de capital essenciais à atividade na posse da recuperanda. Precedentes. 5. Apesar de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o juiz universal é competente para avaliar se o bem é indispensável à atividade produtiva da recuperanda. Nessas hipóteses, não se permite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05). Precedentes. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."* (STJ, REsp 1660893/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em08/08/2017).

> *"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – BEM MÓVEL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – ATIVIDADE EMPRESARIAL – ESSENCIALIDADE DO BEM.AFERIÇÃO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. 1. Ainda que se trate de créditos garantidos por alienação fiduciária, compete ao juízo da recuperação judicial decidir acerca da essencialidade de determinado bem para fins de aplicação da ressalva prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, na parte que não admite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial. (...)"* (STJ, CC 121.207/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08/03/2017)

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – IMISSÃO DE POSSE NO JUÍZO CÍVEL – ARRESTO DE IMÓVEL NO JUÍZO TRABALHISTA – RECUPERAÇÃOJUDICIAL EM CURSO – CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO – BEM NA POSSE DO DEVEDOR – PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. 1. Em regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei Federal nº 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05. 2. Na hipótese, porém, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra. É que o imóvel alienado fiduciariamente, objeto da ação de imissão de posse movida pelo credor ou proprietário fiduciário, é aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de inviabilização da empresa e dos empregos ali gerados. 3. Em casos que se pode ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante "bem necessário à atividade produtiva do réu"* (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ 02/12/2002). *4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendoempregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), caberá ao Juízo da recuperação judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente avaliação própria dessa instância ordinária. (...)."*(STJ, CC 110.392/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010)

No mesmo sentido, em caso semelhante esta Corte vem assim decidindo:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – LIMINAR INDEFERIDA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ESSENCIALIDADE DO BEM DECLARADA PELO JUÍZO FALIMENTAR – APLICAÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 49 DA LEI 11.101/2005 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Flagrante a essencialidade do bem à atividade empresarial da recuperada/agravada, cumpre confirmar a decisão segundo a qual a liminar de busca e apreensão foi indeferida."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1412493-58.2016.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 07/02/2017, p: 21/03/2017)

Inclusive, em recente julgamento em caso análogo ao presente, a 4ª Câmara Cível decidiu que mesmo diante do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1411707-14.2016.8.12.0000/50001, 1411914-13.2016.8.12.0000/50001 e 1411998-14.2016.8.12.0000/50001, deveria ser observado o princípio da preservação da empresa, como ocorre no caso dos autos.

O acórdão restou assim ementado:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUBMISSÃO DOS CREDORES POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/2005 – AUSÊNCIA DE JULGAMENTO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – MITIGAÇÃO – APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO MESMO ENTENDIMENTO APLICÁVEL AOS BENS DE CAPITAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.*

Não havendo julgamento em sede de Recurso Representativo de Controvérsia, possível a aplicação do mesmo entendimento aplicável à propriedade fiduciária de bens de capital, para o fim de submeter os credores por alienação fiduciária aos efeitos da recuperação judicial, em atenção ao princípio da preservação da empresa." (TJMS; Agravo de Instrumento nº 1411914-13.2016.8.12.0000 - Campo Grande - Relator – Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski, 23/01/2019)

Assim, tenho que decidiu acertadamente o magistrado em não autorizar a consolidação da propriedade do bem considerado essencial à atividade empresarial durante o tempo que se fizer necessário para o plano de recuperação.

Por fim, em razão da supressão de instância, não conheço do pedido alternativo feito pela agravante, para que seja cobrada uma taxa pela utilização do bem, enquanto ele permanecer na posse da empresa recuperando, porquanto a questão não foi requerida tampouco analisada em primeiro grau.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso, mas 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, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 2 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Apelação Cível nº 0800116-90.2016.8.12.0037 - Itaporã

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO – DIVERGÊNCIA ACERCA DOS VALORES DAS BENFEITORIAS – NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – FIXAÇÃO DE ALUGUEL – JULGAMENTO *ULTRA PETITA* CONFIGURADO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 141 E 492, DO CPC/2015 – DECOTAR – RECURSO PROVIDO.

Considerando que os valores das benfeitorias dos bens objeto de partilha são muito discrepantes entre as partes, razão assiste ao apelante no sentido de que a sentença prolatada não resolveu o mérito do litígio, possivelmente causará ainda mais conflito entre as partes, se fazendo necessária prévia liquidação de sentença para que se atribua um valor fixo aos imóveis em questão.

O magistrado tem o dever de compor a lide nos limites do pedido do autor e da resposta do réu, sendo-lhe defeso proferir decisão aquém (*infra ou citra petita*), além (*ultra petita*), ou fora (*extra petita*) dos pedidos formulados pelas partes, nos termos do artigo 492, do CPC/2015.

Se o magistrado *a quo* decidiu pedido além do que fora formulado pelo autor, deve ser decotada da sentença a parte que condenou o requerido ao pagamento de aluguel a requerente, evitando-se, assim, o julgamento *ultra petita*.

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, 16 de julho de 2019.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por E.S. em face de L. de P.M.S. contra sentença proferida nos autos de ação de divórcio litigioso.

O recorrente alega, em síntese, que a divergência da demanda gira em torno dos valores reais dos bens, traduzidos estes em benfeitorias edificadas em imóvel rural de propriedade exclusiva do varão e uma motocicleta.

Aduz que seu pedido de avaliação dos bens não foi apreciado, bem como o pedido para que a quantificação do valor correto fosse apurado em liquidação de sentença, não resolvendo assim o litígio entre as partes.

Sustenta a fixação de aluguel em favor da apelada não foi objeto de pedido pela mesma, sendo a decisão *extra* e *ultra petita*.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para o fim especial de reformar a sentença, fixando os valores dos bens a serem partilhados e revertendo a condenação do pagamento do aluguel fixado. Alternativamente, requereu a nulidade da sentença.

Contrarrazões pela confirmação da sentença, f. 126-129.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação interposta por E.S. em face de L. de P.M.S. contra sentença proferida nos autos de ação de divórcio litigioso.

O recorrente alega, em síntese, que a divergência da demanda gira em torno dos valores reais dos bens, traduzidos estes em benfeitorias edificadas em imóvel rural de propriedade exclusiva do varão e uma motocicleta.

Aduz que seu pedido de avaliação dos bens não foi apreciado, bem como o pedido para que a quantificação do valor correto fosse apurado em liquidação de sentença, não resolvendo assim o litígio entre as partes.

Sustenta a fixação de aluguel em favor da apelada não foi objeto de pedido pela mesma, sendo a decisão *extra* e *ultra petita*.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para o fim especial de reformar a sentença, fixando os valores dos bens a serem partilhados e revertendo a condenação do pagamento do aluguel fixado. Alternativamente, requereu a nulidade da sentença.

Contrarrazões pela confirmação da sentença, f. 126-129.

Era o que merecia destaque. Passo a decidir.

Verifica-se dos autos que a divergência dos valores das benfeitorias dos bens objeto de partilha são muito discrepantes.

Enquanto a apelada atribuiu o valor de 157.500,00 (cento e cinquenta e sete mil e quinhentos reais) para a casa; R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para o galpão e o R$ 2.477,00 (dois mil, quatrocentos e setenta e sete reais) para a motocicleta Honda CG, o apelante afirma ser o valor da casa R$ 20,000,00 (vinte mil reais), do galpão R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e da motocicleta R$ 1.000,00 (mil reais).

Vejamos o que restou consignado no *decisum*:

> *"(...) No tocante ao galpão e à casa ordeno suas vendas no prazo de cento e oitenta dias; quanto a motocicleta, o prazo será de 90 dias, devendo ser partilhado todos os valores em 50% para cada consorte, sendo que o valor dos bens, por ser de interesse mútuo, será o de mercado e deverá ser fiscalizado por cada uma das partes, tendo o requerido direito de preferência na aquisição da casa e do galpão, já que edificados na propriedade rural da família."*

Compulsando os autos, verifica-se que na contestação (f. 29-35), houve pedido de avaliação judicial dos bens, a fim de promover a partilha de forma correta e igualitária, o que não foi analisado pelo magistrado de origem.

Assim, razão assiste ao apelante no sentido de que a sentença prolatada não resolveu o mérito do litígio, possivelmente causará ainda mais conflito entre as partes, se fazendo necessária prévia liquidação de sentença para que se atribua um valor fixo aos imóveis em questão.

No tocante a determinação de pagamento de aluguel no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais) pelo apelante à apelada, o mesmo não foi objeto de pedido pela autora, procedendo o magistrado com julgamento além do pleiteado.

Como é cediço, a lide deverá ser julgada dentro dos limites em que foi proposta pelo autor. É a petição inicial que delimita a causa de pedir e o pedido, conforme dispõem o artigo 141 e o artigo 492, do CPC/2015, a saber:

> *"Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte."*
>
> *"Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."*

Portanto, não poderá a decisão desbordar dos fatos alegados e do pedido formulado na peça inaugural, sob pena de ofensa ao princípio da congruência ou adstrição, devendo ser reformada a sentença neste ponto.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT –* ***JULGAMENTO ULTRA PETITA CONFIGURADO*** *– VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 141 E 492, DO CPC/2015 – CONDENAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO INDICADO NA INICIAL – DECOTAR – RECURSO PROVIDO. O magistrado tem o dever de compor a lide nos limites do pedido do autor e da resposta do réu, sendo-lhe defeso proferir decisão aquém (infra ou citra petita), além (ultra petita), ou fora (extra petita) dos pedidos formulados pelas partes, nos termos do artigo 492, do CPC/2015.* ***Se o magistrado a quo decidiu pedido além do que fora formulado pelo autor, deve ser decotada da sentença a parte que condenou a requerida ao pagamento de indenização superior, evitando-se, assim, o julgamento ultra petita.***" (TJMS. Apelação Cível nº 0831349-48.2018.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 26/06/2019, p: 27/06/2019) (grifei)
>
> *"EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DO INDÉBITO E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – SAQUES REALIZADOS COM CARTÃO DE CRÉDITO – DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – SENTENÇA EXTRA PETITA. 01. Em razão da regular contratação e da realização de saques com cartão de crédito consignado, são devidos os descontos realizados mensalmente em folha de pagamento. 02. O julgamento de pedido não formulado na inicial ofende o princípio da congruência. Caracterizado o provimento extra petita, não é necessário anular a sentença, basta o decote do respectivo capítulo. Recurso interposto pelo Banco BMG S/A provido e, por Banco Itaú Consignado S/A, prejudicado."* (TJMS. Apelação Cível nº 0803208-95.2018.8.12.0008, Corumbá, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 30/04/2019, p: 02/05/2019)

Logo, dúvidas não há de que a sentença recorrida violou os artigos 141 e 492, do CPC/2015, porquanto condenou o requerido ao pagamento de aluguel que não fora pleiteado na exordial.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe provimento para reformar a sentença, fazendo constar que: "*No tocante ao galpão e à casa ordeno suas vendas no prazo de cento e oitenta dias; quanto a motocicleta, o prazo será de 90 dias, devendo ser partilhado todos os valores em 50% para cada consorte, sendo que o valor dos bens deverá ser apurado em liquidação de sentença por avaliação judicial, tendo o requerido direito de preferência na aquisição da casa e do galpão, já que edificados na propriedade rural da família*."

A sentença também deverá ser reformada a fim de decotar a condenação ao pagamento a título de aluguel pelo requerido à autora no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais) por mês, ficando mantida nos demais termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 16 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Apelação nº 0804295-91.2015.8.12.0008 - Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CORUMBÁ – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – DOSE APLICADA 10 VEZES MAIOR QUE A PRESCRITA – ÓBITO DA PACIENTE – DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ERRO MÉDICO E OS DANOS PADECIDOS – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

É incontroverso que por negligência dos profissionais da Santa Casa de Corumbá, a genitora dos requerentes recebeu dose excessiva do medicamento prescrito, vindo a óbito, não havendo falar em ausência nexo de causalidade entre o evento danoso e os serviços de saúde prestados pela Associação Beneficente de Corumbá.

No caso em tela, o dano moral está expressamente configurado, pois não se pode olvidar do profundo sofrimento dos filhos diante dessa lamentável consequência de caráter irreversível.

Não é possível quantificar a dor e o prejuízo sentimental sofrido, devendo o *quantum* indenizatório ser arbitrado pelo Juiz avaliando as particularidades do caso e deve ser analisada com a devida cautela, uma vez que não encontra na lei parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade conforme o caso analisado.

No caso em apreço, entendo que a quantia de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), sendo R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, a título de indenização por danos morais, se mostra justa ao caso discutido. Valor mantido.

APELAÇÃO DOS REQUERENTES – AÇÃO DE INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – DOSE APLICADA 10 VEZES MAIOR QUE A PRESCRITA – ÓBITO DA PACIENTE – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não é possível quantificar a dor e o prejuízo sentimental sofrido, devendo o *quantum* indenizatório ser arbitrado pelo Juiz avaliando as particularidades do caso e deve ser analisada com a devida cautela, uma vez que não encontra na Lei parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade conforme o caso analisado.

No caso em apreço, entendo que a quantia de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), sendo R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, a título de indenização por danos morais, se mostra justa ao caso discutido. Valor mantido.

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – DOSE APLICADA 10 VEZES MAIOR QUE A PRESCRITA – ÓBITO DA PACIENTE – ERRO MÉDICO EM HOSPITAL PRIVADO VINCULADO AO SUS – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR DANO A TERCEIRO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR MANTIDO – REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Descabe a remessa necessária quando o ente público utiliza-se da prerrogativa de recorrer.

É responsável por dano causado em razão de erro médico o Município que celebra convênios com entidades prestadores de serviços privados de saúde, as quais passam a ser vinculadas ao SUS, e que age com culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* – uma vez que cabe à direção municipal realizar o credenciamento, controlar e fiscalizar as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde no âmbito do SUS (STJ. EREsp 1388822/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, j: 13/05/2015).

No caso em tela, o dano moral está expressamente configurado, pois não se pode olvidar do profundo sofrimento dos filhos diante dessa lamentável consequência de caráter irreversível.

Não é possível quantificar a dor e o prejuízo sentimental sofrido, devendo o *quantum* indenizatório ser arbitrado pelo juiz avaliando as particularidades do caso e deve ser analisada com a devida cautela, uma vez que não encontra na Lei parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade conforme o caso analisado.

No caso em apreço, entendo que a quantia de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), sendo R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, a título de indenização por danos morais, se mostra justa ao caso discutido. Valor mantido.

Deve ser mantido o valor dos honorários advocatícios quando se revelar adequado aos critérios do § 2º do art. 85 do NCPC.

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, não conhecer da remessa necessária, negar provimento aos demais recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de remessa necessária e apelações interpostas por Associação Beneficente de Corumbá - Santa Casa, Marta Gomes Medeiros de Oliveira e outros e Município de Corumbá, contra sentença proferida nos autos de ação de indenização por danos morais.

A recorrente Associação Beneficente de Corumbá - Santa Casa alega, em síntese, que não há nexo de causalidade entre o evento danoso e os serviços de saúde prestados, bem como o *quantum indenizatório* é excessivo e desproporcional a qualquer participação do hospital, conjecturando-se em enriquecimento sem causa aos apelados, requerendo a reforma da sentença para improcedência dos pedidos.

Os apelantes Marta Gomes Medeiros de Oliveira e outros, argumentaram que o patamar fixado a título de danos morais se afigura inadequado às particularidades vislumbradas, tendo em vista o falecimento da genitora dos recorrentes em decorrência da alta dosagem do medicamento prescrito. Pleiteiam a majoração da verba indenizatória fixada para a quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para cada um dos requerentes.

O Município de Corumbá sustenta que não há conduta que possa responsabilizar o Município, vez que não há nexo de causalidade com o desfecho danoso, requerendo também a minoração do *quantum* fixado a título de danos morais e honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 445-449, 450-464, 465-474 e 478-482.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de remessa necessária e apelações interpostas por Associação Beneficente de Corumbá - Santa Casa, Marta Gomes Medeiros de Oliveira e outros e Município de Corumbá, contra sentença proferida nos autos de ação de indenização por danos morais.

A recorrente Associação Beneficente de Corumbá - Santa Casa alega, em síntese, que não há nexo de causalidade entre o evento danoso e os serviços de saúde prestados, bem como o *quantum indenizatório* é excessivo e desproporcional a qualquer participação do hospital, conjecturando-se em enriquecimento sem causa aos apelados, requerendo a reforma da sentença para improcedência dos pedidos.

Os apelantes Marta Gomes Medeiros de Oliveira e outros, argumentaram que o patamar fixado a título de danos morais se afigura inadequada às particularidades vislumbradas, tendo em vista o falecimento da genitora dos recorrentes em decorrência da alta dosagem do medicamento prescrito. Pleiteiam a majoração da verba indenizatória fixada para a quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para cada um dos requerentes.

O Município de Corumbá sustenta que não há conduta que possa responsabilizar o Município, vez que não há nexo de causalidade com o desfecho danoso, requerendo também a minoração do *quantum* fixado a título de danos morais e honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 445-449, 450-464, 465-474 e 478-482.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Da remessa necessária.

Inicialmente, não obstante tenha havido condenação em face da Fazenda Pública, não há falar em submissão da sentença ao reexame necessário.

Isso porque, cuidando-se de decisão prolatada após a vigência do CPC/2015, não se aplica a remessa obrigatória nas hipóteses tais como a ora enfrentada, em que há recurso voluntário da parte detentora da prerrogativa normativa.

Nesse sentido, especifica o artigo 496, do *códex*, ao dispor que

> *"(...) nos casos previstos neste artigo,* ***não interposta a apelação no prazo legal****, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á"* (destaquei).

No mesmo sentido, leciona Eduardo Talamin:

> *"(...) No Código anterior, nas hipóteses de reexame de ofício, determinava-se que o juiz remetesse o processo para o tribunal, houvesse ou não apelação (art. 475, § 1.º). No CPC/15, o dever de remessa está limitado aos casos em que não houver apelação. A regra é em certa medida compreensível: se a Fazenda Pública já recorreu, fazendo com isso que o pronunciamento vá ao reexame do tribunal, é desnecessária a sobreposição de medidas (...)".*

Deste modo, afasto a hipótese do reexame necessário.

Dos recursos voluntários

A presente ação indenizatória foi proposta contra a Associação Beneficente de Corumbá Santa Casa e o Município de Corumbá, sob a alegação de que, em função de erro profissional de farmacêutico designado pela Santa Casa, que aplicou dose 10 vezes maior que a prescrita pelo médico, a genitora dos requerentes veio a óbito.

O d. juíza sentenciante julgou procedente o pedido inicial e condenou os requeridos, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 140.000,00 (cem e quarenta mil reais), sendo R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, com acréscimo dos devidos consectários legais.

Os apelantes/requeridos restringiram seu inconformismo à ausência de responsabilidade objetiva e de nexo de causalidade entre o evento danoso e os serviços de saúde prestados, pedindo, sucessivamente, a redução do valor indenizatório e dos honorários advocatícios.

Os apelantes/requerentes insurgem-se contra o valor fixado a título de danos morais, pleiteando a majoração para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para cada um dos requerentes.

Encerrou-se, então, na r. sentença a verificação dos fatos (a seguir expostos), bem como a conclusão de negligência médica por parte dos profissionais que assistiram à genitora dos autores na Santa Casa de Corumbá.

Confira-se a dinâmica dos fatos, f. 381-394:

> *"(...)*
>
> *In casu, conforme se extrai dos autos, após realizar corretamente todo o tratamento a que se submetia, a Sra. Therezinha, após passar pela sessão de quimioterapia do dia 12/02/2015, começou a "sofrer diversos sinais de aparente reação colateral, como, por exemplo, rouquidão, pele avermelhada, espuma branca saindo de sua boca e intensa queda de cabelo" (f. 3), motivo pelo qual foi levada à Santa Casa de Corumbá onde realizava o seu tratamento de saúde.*
>
> *Extrai-se da inicial que a Sr. Therezinha estava em tratamento de neoplasia maligna no intestino grosso, no Centro de Oncologia da Santa Casa DE Corumbá, desde o ano de 2014 (f. 47-69) e que foi a óbito na data de 28/02/2015 (f. 44 e f. 126), cujo corpo foi encaminhado para necropsia, com a finalidade de esclarecer a causa mortis (f. 45), não sendo esta, contudo, identificada, consoante informação da certidão de óbito de f. 126.*
>
> *O documento de f. 70, trata-se da Portaria nº 001/2015 que instaurou processo de sindicância com a finalidade de apurar possíveis irregularidades praticadas no setor de oncologia da Santa Casa de Corumbá. Para fundamentar o processo de sindicância, procedeu-se a colheita de declarações de médicos e funcionários do hospital, colacionados às f. 72-83, tendo o relatório final sido acostado às f. 84-90.*
>
> *Referido relatório apurou que a paciente Therezinha apresentou fortes reações ao tratamento que fazia somente após a administração da dose no dia 12 de fevereiro de 2015 (f. 84-90). A falha na administração da medicação foi confirmada nas declarações colhidas por ocasião da sindicância realizada, tal qual pode ser observado pelo depoimento de Elessandra Moraes (f. 72-73) ao afirmar que "no dia 12.02.15 notou diferença nos frascos dos medicamentos, tanto Therezinha quanto Sebastião apresentaram os mesmos sintomas após administração [...] só os dois apresentaram reações anormais, pois recebiam a mesma medicação" relato corroborado pelo depoimento de Kelly Cristina Vargas (f. 74-75).*
>
> *O declarante Luis Fernando Faitta, médico, informou (f. 76-77) que atendeu a Sra. Therezinha e o Sr. Sebastião, pacientes que receberam a dose errada do medicamento, e que o Sr. Sebastião apesar de ter apresentado quadro mais grave, recuperou-se bem após encaminhamento ao CTI. Disse que, após suspeita de reação da medicação, ambos pacientes foram encaminhados ao CTI na data de 22/02/2015.*

Já o farmacêutico Ronaldo Martin Fróes Galeano, que realizou a administração da medicação, confirmou (f. 77-78) que era de sua responsabilidade a administração da medicação e que equivocou-se na manipulação, informando que:

"(...) que a manipulação dos medicamentos quimioterápicos aplicados nos pacientes Therezinha Gomes Medeiros e Sebastião de Souza Rocha, no dia 12 de fevereiro de 2015, foi realizada pelo declarante. [...] que no momento de fazer a manipulação dos medicamentos aplicados nos pacientes, Sra. Therezinha e Sr. Sebastião, não percebeu a diferença de concentração existente no medicamento do laboratório Libbs. [...] no dia 10 de fevereiro, quando recebeu o medicamento da Libbs, observou, por engano, na tabela de concentração valores referentes ao medicamento do laboratório Eurofarma. Que percebeu tal engano somente no dia 18 de fevereiro de 2015 (quinta-feira) quando a enfermeira Kelly o informou que os pacientes Therezinha e Sebastião, estavam internados.[...]"

(...)

Por seu turno, a farmacêutica Jessica Costa de Arruda narrou, às f. 80-81, que, ao lhe ser solicitada uma revisão do cálculo do volume referente à concentração prescrita, concluiu que "a dose do medicamento prescrito (Fluoruracila) foi 10 vezes maior que a prescrita pelo médico Dr. João Paulo, em ambos os pacientes. Que constatou falhas por parte do Sr. Ronaldo apenas com relação ao cálculo do volume referente à concentração do medicamento Fluoruracila."

(...)

No presente caso, das provas produzidas nos autos verifica-se que o óbito da Sra. Therezinha ocorreu em razão das complicações após errônea manipulação da medicação que seria aplicada, sendo que o erro restou comprovado também com a oitiva das testemunhas em audiência. A requerida Santa Casa, por sua vez, contrariando todas as provas já apresentadas, afirmou que "a morte da paciente decorreu-se da evolução natural da doença, e não da superdosagem" (f. 144).

(...)

Ademais, foi possível estabelecer o liame entre a conduta do farmacêutico Ronaldo contratado pela Santa Casa que manipulou a medicação de forma equivocada, aumentando a dose de forma excessiva, e o dano causado à Sra. Therezinha, que após receber a medicação foi internada com sintomas de intoxicação, conforme relatado pelos médicos que a atenderam, sendo que o óbito se deu, conforme relato dos médicos, muito provavelmente em razão de complicações decorrentes dos efeitos tóxicos da medicação recebida em alta dosagem, já que o outro paciente também recebeu a dose e, de acordo com o médico, levou mais de 40 dias para se restabelecer dos efeitos da medicação, não sendo, por tal motivo, possível detectar a causa mortis já que esta foi consequência das complicações da alta dose recebida.

(...)

Diante de tais considerações, se encontra comprovado o elemento "nexo causal", essencial à configuração da responsabilidade civil. Como se sabe, referido requisito somente se caracterizará quando for causado dano diretamente pela omissão ou conduta praticada, isto é, quando da apreciação do dano, constata-se que é consequência lógica e normalmente previsível a sua ocorrência em razão da omissão ou do ato praticado."

É incontroverso, portanto, que, por negligência dos profissionais da Santa Casa de Corumbá, a genitora dos requerentes recebeu dose excessiva do medicamento prescrito, vindo a óbito, não havendo falar em ausência nexo de causalidade entre o evento danoso e os serviços de saúde prestados pela Associação Beneficente de Corumbá.

Quanto a alegação de ausência de responsabilidade objetiva do Município, a mesma não deve prosperar, posto que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu essa questão e definiu que é responsável por danos causados

a terceiros o Município que celebra contratos/convênios com entidades prestadores de serviços privados de saúde e que procede com culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* – vez que cabe à direção municipal realizar o credenciamento, controlar e fiscalizar as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde no âmbito do SUS (STJ. EREsp 1388822/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, j: 13/05/2015).

Ou seja, tratando-se de hospitais privados credenciados pelo SUS, como é o caso da Santa Casa, e que o Município, de acordo com a descentralização das atribuições determinada pela Lei 8.080/1990, tem o dever de fiscalizar a execução desses serviços, revela-se evidente a sua responsabilidade se ocorrer dano a terceiro naqueles estabelecimentos. Confira-se:

> *"RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – CABIMENTO – EXISTÊNCIA DE CONTRATO CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO E HOSPITAL PÚBLICO FEDERAL, REALIZADO COM ESTEIO NA LEI Nº 8.080/90 – TESE SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A atividade desenvolvida pelo Hospital das Clínicas de Porto Alegre - empresa pública federal - é a prestação de serviço público hospitalar, em que a falha, passível de reparação, ocorreu em atendimento realizado pelo SUS. 2. Os regramentos gerais de Direito Administrativo e Constitucional relativos às empresas públicas atribuem ao Hospital réu a responsabilidade própria e, no caso, objetiva pelos prejuízos que causar a terceiros. Entretanto, a existência de contrato estabelecido entre as partes, em que o Município se obriga a transferir recursos e a fiscalizar a execução dos serviços, pacto celebrado nos moldes da Lei nº 8.080/90 - gize-se lei específica que disciplina as regras do SUS -, perfectibiliza a exigência para a denunciação da lide contida no III do art. 70 do CPC. 3. Inviável o exame do tema relativo à não caracterização da responsabilidade subjetiva, por ausência de prequestionamento, porquanto não foi alvo de debate nas instâncias ordinárias. 4. Recurso especial a que se conhece parcialmente e, na extensão, nego-lhe provimento."* (STJ. REsp 1348788/RS, Rel. Min Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 23/05/2016).

> *"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO MÉDICO – HOSPITAL PRIVADO CREDENCIADO PELO SUS – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. 1. "A União Federal não é parte legítima para figurar no polo passivo de ação ajuizada para o ressarcimento de danos decorrentes de erro médico praticado em hospital privado credenciado pelo SUS. Isso porque, de acordo com o art. 18, inciso X, da Lei nº 8.080/90,* ***compete ao município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução.****" (EREsp 1.388.822/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 3/6/2015) 2. Agravo interno desprovido."* (STJ. AgInt nos EDcl no REsp 1428475/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 02/09/2016). (grifei)

Destarte, não merece prosperar a tese do Município, no sentido de ser exonerado da responsabilização, uma vez que a Santa Casa de Corumbá, conveniada pelo SUS, está sob seu dever de fiscalização, nos moldes do que determina a Lei 8.080/90.

No caso em tela, o dano moral está expressamente configurado, pois não se pode olvidar do profundo sofrimento dos filhos diante dessa lamentável consequência de caráter irreversível, de maneira que entendo ser plenamente razoável e justa a indenização fixada em primeiro grau.

Não é possível quantificar a dor e o prejuízo sentimental sofrido, devendo o *quantum* indenizatório ser arbitrado pelo Juiz avaliando as particularidades do caso e ser analisada com a devida cautela, uma vez que não encontra na Lei parâmetros objetivos para o seu cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador com base nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade conforme o caso analisado.

Na busca desse objetivo, o importe fixado precisa se mostrar razoável e proporcional ao poder econômico do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à função penalizadora e pedagógica da indenização, sem, também, que venha a se converter em

fonte de enriquecimento sem causa da vítima, vindo esta a se beneficiar com o recebimento de importe superior ao que realmente lhe é devido.

No caso em apreço, entendo que a quantia de R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais), sendo R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, a título de indenização por danos morais, se mostra justa ao caso discutido.

Do mesmo modo, não merece provimento o recurso no tocante ao pedido de redução do valor dos honorários advocatícios – fixados, na sentença, em 15% do valor da condenação.

Com relação à condenação em honorários advocatícios, prevê o artigo 85 do Código de Processo Civil:

> *"§ 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.*
>
> *(...)"*

In casu, sopesando o grau de zelo do profissional, a natureza, importância da causa, além do trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço, tenho que a verba honorária fixada em 15% sobre a condenação não é excessiva, de modo que a mantenho.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento, de rigor ressaltar que o julgador não está obrigado a se manifestar especificamente sobre cada um dos dispositivos invocados pelas partes, necessitando, pois, apenas indicar aqueles no qual embasa seu juízo de valor.

Todavia, unicamente a fim de se evitar eventual oposição de aclaratórios com fins específicos de prequestionamento, dou por prequestionados todos os dispositivos legais e julgados colacionados pelas partes, reconhecendo a inexistência de qualquer violação.

Pelo exposto, deixo de conhecer a remessa necessária e conheço os recursos de apelação interpostos por Associação Beneficente de Corumbá - Santa Casa, Marta Gomes Medeiros de Oliveira e outros e Município de Corumbá, negando-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram da remessa necessária, negaram provimento aos demais recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Apelação nº 8000798-10.2018.8.12.0800 - Corumbá

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – NOTIFICAÇÃO – INFORMAÇÕES PRESTADAS – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS AO ENTE MUNICIPAL – CLASSIFICAÇÃO FORA DO LIMITE DE VAGAS – MERA EXPECTATIVA DE NOMEAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA – REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

Não se conhece da remessa necessária nas hipóteses que o detentor da prerrogativa normativa interpõe recurso voluntário.

Ao revés de que sustenta o município apelante, houve sua regular notificação, assim como a apresentação de informações, de modo que não se vislumbra a ocorrência de quaisquer prejuízos.

O edital do certame previa apenas uma única vaga, sendo a impetrante aprovada em 14º lugar, de modo que a aprovação fora do limite de vagas não gera direito líquido e certo, mas apenas gera mera expectativa de nomeação.

Na via estreita do mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser comprovado no momento da impetração, devendo ser facilmente aferível sua extensão e que possa ser prontamente exercido. No caso dos autos, ainda que tenha ocorrido contratações temporárias, pela prova documental contida nos autos, impossível de se concluir que todas as nomeações foram para vagas aptas a serem preenchidas por aprovados no concurso.

Reexame necessário não conhecido. Recurso voluntário conhecido e provido para o fim de denegar a segurança.

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, não conhecer da remessa necessária em reexame de sentença e dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se reexame necessário e apelação cível em mandado de segurança interposta pelo Município de Corumbá em face de Gonçalina Francisca de Oliveira Martta, objetivando a reforma da sentença que concedeu a segurança para o fim de que seja a apelada convocada e nomeada para o cargo de profissional da educação na função de Professor de História, sob pena de multa diária.

Afirma, em síntese, que não foi aberto ao município prazo para apresentar informações em mandado de segurança.

Aduz que pelos documentos anexados aos autos, é possível extrair que não houve preterição daqueles que prestaram concurso público, pois o certame previa apenas uma vaga e os professores temporários contratados supriram vagas que não podem ser objeto de concurso público, cujos contratos expiraram na data de 21/12/2018, ou seja, antes da impetração do mandado de segurança.

Sustenta que no caso dos autos inexiste direito líquido e certo da impetrante/apelada à nomeação, já que o edital previa apenas uma única vaga e sua aprovação se deu em 13º lugar.

Defende, ainda, que por não ter a impetrante/apelada sido aprovada dentro do número de vagas, não cabe ao Judiciário adentrar na análise das situações existentes no dia a dia do município, sob pena de invasão do mérito administrativo.

Ao final, pugna seja suspenso os efeitos da decisão, bem como para que seja afastada a multa arbitrada. No mérito, requer provimento do recurso para que seja denegada a segurança.

Em sede de contrarrazões, requer a apelada a concessão de tutela provisória de evidência para determinar que o município apelante proceda sua imediata convocação e nomeação, majorando a multa diária para R$ 1.000,00; a aplicação de multa ao apelante por se tratar de recurso manifestamente protelatório e, por fim, o improvimento do recurso, mantendo-se a sentença que concedeu a segurança (f. 613-621).

Parecer da Procuradoria de Justiça para conhecimento e improvimento do recurso (f. 740-748).

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se reexame necessário e apelação cível em mandado de segurança interposta pelo Município de Corumbá em face de Gonçalina Francisca de Oliveira Martta, objetivando a reforma da sentença que concedeu a segurança para o fim de que seja a apelada convocada e nomeada para o cargo de profissional da educação na função de Professor de História, sob pena de multa diária.

Afirma, em síntese, que não foi aberto ao município prazo para apresentar informações em mandado de segurança.

Aduz que pelos documentos anexados aos autos, é possível extrair que não houve preterição daqueles que prestaram concurso público, pois o certame previa apenas uma vaga e os professores temporários contratados supriram vagas que não podem ser objeto de concurso público, cujos contratos expiraram na data de 21/12/2018, ou seja, antes da impetração do mandado de segurança.

Sustenta que no caso dos autos inexiste direito líquido e certo da impetrante/apelada à nomeação, já que o edital previa apenas uma única vaga e sua aprovação se deu em 13ª lugar.

Defende, ainda, que por não ter a impetrante/apelada sido aprovada dentro do número de vagas, não cabe ao Judiciário adentrar na análise das situações existentes no dia a dia do município, sob pena de invasão do mérito administrativo.

Ao final, pugna seja suspenso os efeitos da decisão, bem como para que seja afastada a multa arbitrada. No mérito, requer provimento do recurso para que seja denegada a segurança.

Em sede de contrarrazões, requer a apelada a concessão de tutela provisória de evidência para determinar que o município apelante proceda sua imediata convocação e nomeação, majorando a multa diária para R$ 1.000,00; a aplicação de multa ao apelante por se tratar de recurso manifestamente protelatório e, por fim, o improvimento do recurso, mantendo-se a sentença que concedeu a segurança (f. 613-621).

Parecer da Procuradoria de Justiça para conhecimento e improvimento do recurso (f. 740-748).

Admissibilidade.

Os requisitos de admissibilidade encontram-se presentes, pois, além de tempestivo, trata-se o recorrente do Município de Corumbá e, portanto, dispensado de recolhimento de preparo, a teor do art. 1.007, § 1º, CPC.

No tocante aos efeitos, levando-se em consideração a natureza da causa e as peculiaridades que envolvem a lide, recebo o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo (art. 1012 e 1.013, ambos do CPC).

Do reexame necessário.

Não obstante tenha havido condenação em face da Fazenda Pública, não há que falar em submissão da sentença ao reexame necessário.

É que, cuidando-se de decisão prolatada após a vigência do CPC/2015, não se aplica a remessa obrigatória nas hipóteses tais como a ora enfrentada, em que há recurso voluntário da parte detentora da prerrogativa normativa.

Nesse sentido, especifica o artigo 496, do *códex*, ao dispor que *"nos casos previstos neste artigo, **não interposta a apelação no prazo legal**, **o** juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á"* (destaquei).

No mesmo sentido, leciona Eduardo Talamini:

> *"(...) No Código anterior, nas hipóteses de reexame de ofício, determinava-se que o juiz remetesse o processo para o tribunal, houvesse ou não apelação (art. 475, § 1º). No CPC/15, o dever de remessa está limitado aos casos em que não houver apelação. A regra é em certa medida compreensível: se a Fazenda Pública já recorreu, fazendo com isso que o pronunciamento vá ao reexame do tribunal, é desnecessária a sobreposição de medidas (...)".*

Deste modo, afasto a hipótese de reexame necessário.

Do recurso voluntário.

Infere-se dos autos, que a apelada Gonçalina Francisca de Oliveira Martta, impetrou mandado de segurança em face do Município de Corumbá ao argumento de que prestou concurso público para o cargo de profissional da educação na função de Professor de História (Inscrição nº 46409139628-7), obtendo êxito na aprovação em 14º lugar.

Afirma que o resultado final do concurso foi homologado em 25/06/2018, com validade de 2 anos, podendo ser prorrogado por igual período. O certame previa apenas uma única vaga, cuja nomeação da candidata aprovada na primeira colocação teria ocorrido em 06/07/2018.

Sustenta que, a despeito de não ter expirado a validade do concurso, o que somente ocorrerá em 25/06/2020, o município teria realizado contratações temporárias, apresentando relação de 24 pessoas que teriam ocupado vagas de profissionais da educação na área de sua aprovação no concurso – professor de história.

Ao proferir sentença, a magistrada na origem concedeu a segurança determinando a convocação e nomeação da impetrante no cargo de profissional da educação na função de Professor de História. Vejamos trecho da sentença:

> *"(...) Logo, a existência de vagas puras e a necessidade de contratação de profissionais para essas vagas é incontroversa. Desta forma, ante a existência das vagas, considerando que o certame ainda está no prazo de validade e considerando que existem candidatos aprovados no concurso público, o município deveria ter realizado as nomeações de candidatos aprovados no concurso ao invés de ter contratado temporários para ocupar as vagas.*

Desta forma, após a verificação da existência de vagas puras, de que existem 24 (vinte e quatro) contratados temporariamente para ocupar tais vagas, que houve a nomeação da 1º candidata aprovada (f. 233) e a parte impetrante passou em 14º lugar e a classificação da parte impetrante alcança o número de vagas, estando dentro do número de contratados, o pedido da parte impetrante, para ser nomeada, merece prosperar.

Explica-se. Com a nomeação da 1º candidata classificada e somando-se as 16 (dezesseis) vagas puras comprovadamente existentes com a contratação de temporários, chega-se à 17º colocação. A parte impetrante foi classificada em 14º lugar. Logo, restou caracterizada a preterição na sua nomeação, uma vez que foram contratados profissionais de forma temporária para ocupar vagas puras, dentro do prazo de validade do certame e em detrimento de candidatos classificados em concurso público.

(...)

Desta forma, havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar que houve preterição da parte impetrante para o cargo em que restou aprovada, bem como tendo sido demonstrada a existência de vagas puras irregularmente ocupadas, e pelo fato de terem estas vagas alcançado a classificação da parte impetrante, a concessão da segurança pleiteada é medida que se impõe.

Ante o exposto, concedo a segurança pretendida por Gonçalina Francisca de Oliveira Martta, para que seja convocada e nomeada no cargo de profissional da educação na função de Professor de História, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos reais) em caso de descumprimento, limitada inicialmente a 30 dias.

Por consequência, resolvo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil/2015." (f. 579-581)

Inconformado, o Município de Corumbá interpôs recurso de apelação argumentando, em síntese: ausência de notificação para prestar informações; ausência de direito líquido e certo da impetrante à nomeação e, impossibilidade do Judiciário adentrar na análise das situações existentes no dia a dia do município, sob pena de invasão do mérito administrativo.

Da ausência de notificação.

A Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança, traz em seu art. 7º, inciso I, a obrigatoriedade da notificação da autoridade coatora para que preste as informações no prazo de 10 (dez) dias, enviando-lhe cópia da petição inicial.

Vejamos:

"Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;"

No caso dos autos, à f. 538 determinou o magistrado a intimação da autoridade coatora – Município de Corumbá – para que, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, se manifestar sobre o parecer do Ministério Público.

Ocorre que o parecer do MP de f. 537, solicitou a notificação do município.

Nesses termos, a despeito de ter constado na determinação de f. 538 o prazo de 72 horas para manifestação, entendo que não houve prejuízo ao apelante.

Isso porque, a notificação do município se deu na data de 27/12/2018 (f. 539), e a manifestação nos autos ocorreu, tão somente, em 14/01/2019.

Além do mais, às f. 540-547, prestou o mesmo as informações que julgou pertinentes e apresentou defesa do ato impugnado.

Portanto, não vislumbro a ocorrência de prejuízos ao município apelante, já que se manifestou nos autos, conforme assim exige a Lei 12.016/2009.

Do direito líquido e certo.

Cinge a controvérsia em saber se possui a impetrante direito líquido e certo em sua nomeação no concurso público para o cargo de Professor de História.

De início, cumpre ressaltar que para o cargo Professor de História previa o edital do certame apena uma única vaga, conforme documentos que seguem às f. 106-107.

A homologação do resultado do referido concurso público se deu na data de 25/06/2018 (cf. documentos de f. 195-193) e, portanto, a validade de 2 anos, prevista em edital, se dará em 25/06/2020, podendo se estender por mais 2 anos (até 25/06/2022).

A nomeação da candidata aprovada em 1º lugar ocorreu na data de 06/07/2018, conforme assim constou na Edição nº 1463 do Diário Oficial do Município de Corumbá, cuja cópia segue às f. 232-233. Vejamos:

Verifica-se, ainda, que a impetrante/apelada foi aprovada e restou classificada no 14º lugar, conforme se verifica às f. 206-207.

Nesses termos, ainda que o município tenha efetuado contratações temporárias, tenho que não possui a apelada direito líquido e certo em sua nomeação.

Isso porque, na via estreita do mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser comprovado no momento da impetração, devendo ser facilmente aferível sua extensão e que possa ser prontamente exercido.

Em se tratando de concurso público, somente possuem direito líquido e certo aqueles candidatos aprovados em posição classificatória dentro do número de vagas previstas em edital, de modo que o direito invocado na inicial possa ser prontamente exercido.

Fora desta hipótese, trata-se de mera expectativa de direito.

Ainda que tenha ocorrido posteriores contratações temporárias para o cargo previsto no edital, não caracteriza preterição daqueles candidatos aprovados fora do limite de vagas.

É exatamente neste sentido o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de caso semelhante. Confira:

> *"ADMINISTRATIVO – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA. 1. Discute-se, em suma, a existência ou não de direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em certame público fora do número de vagas previsto no edital (cadastro de reserva). 2. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedente:* AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13.4.2011.
>
> *(...)*
>
> ***4. A "paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a***

> ***conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame"*** (STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 03/02/2017 5. *Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, ou a preterição do direito do insurgente de ser nomeado, por contratação irregular de servidores comissionados, para o mesmo cargo em que aprovado. Ausência, portanto, de comprovação de direito líquido e certo. 6. Recurso Ordinário não provido."* (STJ. RMS nº 60.820/CE; Rel. Min. Herman Benjamin; julgado em 11/06/2019) - destaquei

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir julgamento do RE 837.311/PI, pela sistemática da repercussão geral no Tema 784, firmou tese no seguinte sentido:

> *"O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.* ***Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.****"* (grifei)

No caso, ainda que tenha o ente municipal realizado contratações temporárias, pela prova documental contida nos autos, impossível de se concluir que todas as 24 nomeações foram para vagas que poderiam ser preenchidas por aprovados no concurso, já que há nos autos informações no sentido de que algumas destas contratações se deram para suprir afastamentos, cedências, licenças médicas, readaptações, dos professores titulares ocupantes das vagas.

Consigna-se que na sentença a magistrada considerou a existência de "vagas puras" nas escolas municipais como requisito para a demonstração do alegado direito líquido e certo, todavia, a despeito da existência destas vagas, pela análise da documentação de f. 429-460, não há qualquer referência se são todas elas exclusivas para o cargo pelo qual prestou a impetrante/apelada o concurso público – Professora de História.

A simples existência de "vagas puras" não basta para demonstrar o alegado direito líquido e certo, já que, como dito, não há prova cabal de que todas elas seriam para o cargo de Professor de História.

Merece destaque, ainda, que a aprovação da impetrante se deu na 14ª posição e, ainda que tenha havido contratações irregulares, há candidatos aprovados que obtiveram classificação melhor que a sua e, portanto, possuem preferência na nomeação e posse.

De se ressaltar, ainda, que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública (Processo nº 0900006-84.2019.8.12.0008) para apurar atos de improbidade administrativa que emolduram o caso e, nesse contexto, se constatada qualquer irregularidade nas contratações temporárias em detrimento do concurso público (ainda em validade), os aprovados deverão ser convocados e nomeados, obedecendo a rigorosa ordem de classificação.

Por fim, impende destacar que não está aqui sendo reconhecida a legalidade de contratações temporárias em detrimento do concurso público.

O que está sendo reconhecido é a ausência de direito líquido e certo da impetrante na convocação e nomeação, já que, como dito, foi aprovada fora do limite de vagas previsto em edital; há outros 12 candidatos com melhor classificação que sua; não se tem por comprovado nos autos a existência de vagas aptas para nomeação de novos servidores aprovados especificamente para o cago para o qual prestou o concurso público – Professor de História e, eventuais contratações irregulares de professores temporários em detrimento do

concurso público em validade é objeto de apuração na Ação Civil Pública nº 0900006-84.2019.8.12.0008, não se prestando o mandado de segurança para esta finalidade.

Destarte, inexistindo direito líquido e certo da impetrante/apelada, o recurso interposto pelo Município de Corumbá, neste ponto, comporta provimento.

Disposições finais.

No que se refere a afirmação do apelante de que não pode o judiciário adentrar na análise das situações existentes no dia a dia do município, sob pena de invasão no mérito administrativo, razão não lhe assiste.

Isso porque, ao revés de que sustenta, pode o Poder Judiciário revisar atos administrativos em defesa dos parâmetros da legalidade.

Neste sentido cito os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – MILITAR – DETERMINAÇÃO DE PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO DE CONDUTA SUSPEITA – EXÍGUA FRAÇÃO DE TEMPO – ABUSO DE AUTORIDADE – PENA DE DEMISSÃO – DESPROPORCIONALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, EM FACE DA PARCA OFENSIVIDADE DA INFRAÇÃO, RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM – AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos cinge-se à defesa dos parâmetros da legalidade, permitindo-se a reavaliação do mérito administrativo tão somente nas hipóteses de comprovada violação dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invasão à competência reservada ao Poder Executivo. 2. No caso dos autos, consta do acórdão proferido pela Corte de origem, que a proporcionalidade e razoabilidade, efetivamente, foram violadas com a decisão emanada pelo Ministério da Justiça, sendo perfeitamente possível ao Judiciário verificas sua extensão e mesmo sua adequação. Assim, não merece reparos o referido entendimento. 3. Agravo Regimental da União a que se nega provimento."* (STJ; AgRg-AREsp 373.721; Proc. 2013/0233640-0; PE; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Julg. 13/03/2018; DJE 02/04/2018; Pág. 1245)

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CONCURSO PÚBLICO – LIMITAÇÃO DE IDADE FIXADA EM EDITAL – COMPROVAÇÃO DE IDADE NA DATA DA INSCRIÇÃO NO CONCURSO – TEMA DECIDIDO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL – ARE 678.112 RG/MG – AGRAVO REGIMENTAL DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. 1. É assente nesta corte superior a orientação de que o ato administrativo pode ser objeto do controle jurisdicional quando ferir o princípio da legalidade, não havendo que se falar em invasão ao mérito administrativo; desse modo, é firme a premissa que todo e qualquer ato administrativo está sujeito a controle de legalidade no âmbito do poder judiciário. 2. O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a comprovação do requisito relativo ao limite de idade deve ser comprovada no momento da inscrição do concurso público, e não no ato da matrícula do curso de formação (ARE 678.112 RG/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 17.5.2013; ARE 741.815/CE. AGR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 13.2.2014 e ARE 685.870/MG. AGR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 12.2.2014). 3. O Superior Tribunal de justiça tem jurisprudência consolidada no sentido da possibilidade de estabelecerem-se limites mínimo e máximo de idade para o ingresso nas carreiras militares; entretanto, esse entendimento não é aplicável ao caso dos autos, uma vez que não se está a discutir o limite etário para a participação em concurso, mas, sim, a razoabilidade de indeferir-se a inscrição de candidato que, embora, à época da inscrição, preenchesse os requisitos do edital, veio, durante o certame, a ultrapassar a idade exigida para a inscrição no curso de formação (RCD no AREsp 679.607/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, Dje 13.5.2015 e RMS 31.932/AC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje 24.9.2010). 4. Agravo regimental do Distrito Federal desprovido."* (STJ; AgRg-AREsp 653.336; Proc. 2015/0008754-0; DF; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Dje 04/11/2015)

Nesses termos, não há que falar em invasão ao mérito administrativo, já que todo e qualquer ato administrativo está sujeito ao controle de legalidade no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto ao pedido para que seja afastada a multa diária, diante do provimento do recurso no sentido de modificar a sentença para improcedente, reputo prejudicada a análise, já que não mais subsiste a nomeação da impetrante/apelada ao cargo de professor de história.

Pelas mesmas razões – alteração da sentença para improcedente – julgo prejudicados os pedidos formulados em sede de contrarrazões pela apelada.

Dispositivo.

Ante todo o exposto, não conheço da remessa necessária e, quanto ao recurso voluntário interposto pelo Município de Corumbá, o conheço e a ele dou provimento para o fim de denegar a segurança, diante da ausência de direito líquido e certo da impetrante/apelada na nomeação e posse para o cargo de professora de história.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram da remessa necessária em reexame de sentença e deram provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 23 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Apelação Cível nº 0800859-26.2014.8.12.0052 - Anastácio

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PROCEDIMENTO DE VASECTOMIA – POSTERIOR GRAVIDEZ – SUPOSTO ERRO MÉDICO – NÃO COMPROVAÇÃO – CASO FORTUITO – POSSIBILIDADE DE RISCO DE NÃO EFICÁCIA – INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO ADMINISTRATIVO E O DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DA GRAVIDEZ INDESEJADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A responsabilização da pessoa de direito público em caso de gravidez posterior à submissão à cirurgia de vasectomia depende da comprovação da culpa do cirurgião, pois a relação entre médico e paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado.

A possibilidade de recanalização dos ductos depois da cirurgia de vasectomia configura caso fortuito e, restando comprovado que o procedimento cirúrgico ocorreu na forma devida, afasta-se o nexo causal e exclui-se o dever de indenizar.

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, 10 de setembro de 2019.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Elton Ortiz e Jaqueline Arauujo da Silva Ortiz em desfavor do Município de Anastácio, contra a sentença proferida nestes autos de ação de indenização por danos materiais e morais pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio/MS, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Argumentam, em síntese, que são casados desde 29 de dezembro de 2007 e possuíam 02 (dois) filhos, sendo que durante as 02 (duas) gestações a apelante sofreu intercorrências, em razão de desenvolver epilepsia e, assim, uma nova gravidez representaria risco a sua vida além, da ausência de condições financeiras para terem outros filhos.

Em vista destas circunstâncias, o apelante Elton se submeteu a vasectomia, no hospital de Anastácio, quando foi-lhes informado a irreversibilidade do procedimento. Porém, em outubro de 2013 foi constatada nova gravidez da apelante, obrigando-a a parar de trabalhar e permanecer em repouso durante o período gestacional, advindo o nascimento do terceiro filho em 16/06/2014.

Afirmam que a responsabilidade do município é baseada no risco administrativo e não foram informados da possibilidade de reversibilidade do procedimento, havendo assim falha na prestação do serviço público, no que tange a ato ilícito praticado por funcionários do hospital municipal.

Ao final requerem a reforma da sentença, com o reconhecimento da responsabilidade do município apelado e condenação deste ao pagamento dos danos morais e materiais nos termos da inicial.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de apelação cível interposta por Elton Ortiz e Jaqueline Araujo da Silva Ortiz em desfavor do Município de Anastácio, contra a sentença proferida nestes autos de ação de indenização por danos materiais e morais pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio/MS, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Argumentam, em síntese, que são casados desde 29 de dezembro de 2007 e possuíam 02 (dois) filhos, sendo que durante as 02 (duas) gestações a apelante sofreu intercorrências, em razão de desenvolver epilepsia e, assim, uma nova gravidez representaria risco a sua vida além, da ausência de condições financeiras para terem outros filhos.

Em vista destas circunstâncias, o apelante Elton se submeteu a vasectomia, no hospital municipal de Anastácio, quando foi-lhes informado a irreversibilidade do procedimento. Porém, em outubro de 2013 foi constatada nova gravidez da apelante, obrigando-a a parar de trabalhar e permanecer em repouso durante o período gestacional, advindo o nascimento do terceiro filho em 16/06/2014.

Afirmam que a responsabilidade do município é baseada no risco administrativo e não foram informados da possibilidade de reversibilidade do procedimento, havendo assim falha na prestação do serviço público, no que tange a ato ilícito praticado por funcionários do hospital municipal.

Ao final requerem a reforma da sentença, com o reconhecimento da responsabilidade do município apelado e condenação deste ao pagamento dos danos morais e materiais nos termos da inicial.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Verifica-se que o recurso de apelação é tempestivo, eis que interposto dentro do prazo previsto no disposto nos artigos 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único, do Código de Processo Civil. A interposição do apelo para a presente hipótese encontra fundamento no disposto no artigo 1.009 do CPC.

Sem recolhimento do preparo por ser beneficiário da gratuidade processual.

Cinge-se a controvérsia recursal à responsabilidade do Município apelado pelos danos materiais e morais supostamente sofridos pelos apelantes, por erro médico, em razão da gravidez ocorrida após 01 (um) ano de cirurgia de vasectomia.

Oportuno salientar que a relação médico-paciente trata-se de obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de tratamentos estéticos, que não é o caso dos autos. A obrigação de meio limita-se a um dever de desempenho, isto é, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem se obrigar à efetivação do resultado.

Na obrigação de meio, compete à parte autora comprovar a conduta ilícita do médico, demonstrando que ele não agiu com a diligência e os cuidados necessários para a correta execução do contrato.

Por outro lado, é certo também que a responsabilidade do ente municipal, em consonância com o artigo 37, § 6º da Constituição Federal é objetiva, compreendida no risco administrativo, o que, em consequência, exige para sua configuração ação ou omissão do Estado, prova do dano e nexo causal entre estes.

Destarte, as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Com efeito, impõe-se consignar ainda que a Lei nº 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar), demonstra rigidez para a realização de cirurgia de esterilização, em consonância com artigo 10, §§ 1º e 5º:

> *"Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:*
>
> *I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;*
>
> *II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.*
>
> *§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.*
>
> *§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.*
>
> *§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.*
>
> *§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.*
>
> *§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.*
>
> *§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei."*

Neste sentido, constata-se às fls. 203, que o autor e sua esposa assinaram termo de consentimento para vasectomia, restando claro o cumprimento do art. 10 da lei nº 9.263/96, documento este que constou expressamente:

> *"Eu, Elton Ortiz ... abaixo assinado solicito minha esterilização permanente (Lei nº 9.263/96 de 12/01/1996)*
>
> *(...)*
>
> ***Declaro que fui esclarecido (a) que o procedimento apresenta uma zona de risco de não eficácia: falha de 0,15 (quinze centésimos) para 100 homens.***
>
> ***(...)***
>
> *Declaro expressamente que me sinto esclarecido (a) sobre os métodos anticoncepcionais reversíveis, bem como,* ***foi-me dado amplo e irrestrito acesso a todas as informações sobre os riscos da cirurgia e possíveis efeitos colaterais e de sua não eficácia em casos específicos.*** *Declaro que concordo e aceito todas as restrições do método, assumindo todas as consequências do tratamento (...)"* (grifei)

Portanto, ao contrário do que afirmaram em seu recurso às f. 407-408, os apelantes tinham pleno conhecimento de que, por ser um procedimento cirúrgico, oferece riscos, embora a incidência de falhas ou de complicações neste método seja rara.

Vale destacar que a gestação da esposa da parte autora ocorreu após 01 (um) ano do procedimento e, na data de 11/05/2012 o apelante submeteu-se a exame de espermograma, onde se atestou efetivamente a inexistência de espermatozoides, em consonância com f. 35.

Outrossim, na perícia judicial realizada às f. 375-384, o *expert* declarou que não houve falha (erro médico) no procedimento cirúrgico.

Destarte, inexiste nos presentes autos qualquer prova concreta de que o médico não tenha cumprido com o dever profissional de forma diligente, realizando a vasectomia pela técnica tradicional, o que se consubstanciava em ônus exclusivo e obrigatório da parte autora, em consonância com o artigo 373, inciso I do Código de Processo Civil.

A gestação da esposa após 01 (um) ano do procedimento ocorreu por caso fortuito, que apesar de raro, está documentado em literatura, decorrente da recanalização espontânea tardia do canal deferente, ocorrida naturalmente, como reação do seu próprio organismo, como mencionado no laudo pericial.

Assim sendo, inexiste nexo causal entre a gravidez indesejada do casal, após 01 (um) ano da cirurgia, e o procedimento médico (vasectomia) realizado no Hospital Municipal de Anastácio, razão pela qual não há falar em dever de indenizar.

Corroborando com este entendimento, vejamos os julgados a seguir:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CIRURGIA DE VASECTOMIA – SUPOSTO ERRO MÉDICO – RECANALIZAÇÃO ESPONTÂNEA – CASO FORTUITO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPERÍCIA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL – ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO ADMINISTRATIVO E O DANO MORAL DECORRENTE DA GRAVIDEZ INDESEJADA – PENSIONAMENTO NÃO ASSEGURADO. 1.* ***A responsabilização do ente público em caso de gravidez posterior à submissão do paciente a cirurgia de vasectomia depende da comprovação da culpa do cirurgião, pois a relação entre médico e paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado.*** *2.* ***A recanalização dos ductos depois da cirurgia de vasectomia configura caso fortuito, elemento que rompe o nexo causal e exclui o dever de indenizar.*** *3.* ***Comprovado em perícia que o procedimento cirúrgico desenvolveu-se na forma devida, não pode o Distrito Federal ser responsabilizado pela indesejada gravidez.*** *4. A obrigação de alimentar da prole é dos pais, não podendo ser direcionada ao ente distrital demandado. 5. Recurso conhecido, mas não provido. Unânime."* (Acórdão n.807220, 20100110196863APC, Relator: Fátima Rafael, Revisor: J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/07/2014, Publicado no DJE: 31/07/2014. Pág.: 75) (grifei)

> *"****APELAÇÃO – RESPONSABILIDADECIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.*** *Pretensão deduzida por paciente e sua esposa, em razão de gravidez após a realização de vasectomia. Alegada falta de informação acerca da eficácia do procedimento. Sentença de improcedência.* ***Apelo dos autores. Inconsistência do inconformismo. Autores que em sua petição inicial admitiram ter sido avisados da necessidade de realização de exames, após a cirurgia, que efetivamente foram feitos. Difícil imaginar que não tivessem ciência da existência de um risco, diante da inexistência de eficácia absoluta de métodos contraceptivos que, ademais, é de conhecimento geral.*** *Sentença ratificada. Negado provimento ao recurso. (V.30992)."* (TJSP; AC 1011950-22.2017.8.26.0348; Ac. 12659529; Mauá; Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Nilton Santos Oliveira; Julg. 04/07/2019; DJESP 17/07/2019; Pág. 2352) (grifei)

Assim, deve ser mantida a sentença.

Ante o exposto, conheço do recurso e, nego provimento à apelação interposta por Elton Ortiz e Jaqueline Araujo da Silva Ortiz, para manter inalterada a sentença objurgada.

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. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 10 de setembro de 2019.

***

Jurisprudência Criminal



3ª Câmara Criminal
Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Recurso em Sentido Estrito nº 0002674-95.2015.8.12.0007 - Cassilândia

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISOS II, III E IV, DO CP) – DECISÃO DE PRONÚNCIA – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – PRETENDIDA A DESPRONÚNCIA – EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA/PARTICIPAÇÃO E PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS – IMPOSSIBILIDADE – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA NÃO VERIFICADA – QUESTÃO A SER APRECIADA PELO JÚRI POPULAR – RECURSO DESPROVIDO.

Em razão da vedação ao excesso de linguagem, a fundamentação da sentença de pronúncia deve ser limitada à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena (§ 1º do art. 413, CPP).

A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, de modo que compete ao magistrado, na oportunidade da pronúncia, limitar-se à subsunção dos fatos à norma incriminadora, sem adentrar na *quaestio juris* sob pena de violação ao princípio do juiz natural. Estando comprovada a materialidade do delito e havendo indícios de autoria ou participação, é acertada a decisão do juiz que pronuncia o réu, porquanto cabe ao Júri Popular, ponderada a plausibilidade da tese acusatória e defensiva, manifestar-se acolhendo uma delas, proceder este que é vedado ao juiz, como também à segunda instância, nesta fase processual.

Somente podem ser excluídas da pronúncia as qualificadoras manifestamente improcedentes, isto é, quando completamente destituídas de amparo nos elementos cognitivos dos autos, situação não vislumbrada no caso em questão.

Com o parecer, recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento.

Campo Grande, 18 de julho de 2019.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Andressa da Silva Vieira, em face da decisão proferida pela d. Juíza da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia (f. 465-470), que a pronunciou como incursa no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, c/c. artigo 29, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 513-523), a defesa suscita preliminar de nulidade da decisão de pronúncia, por ausência de fundamentação e de enfrentamento das teses defensivas no que concerne às qualificadoras. Quanto ao mérito, pugna pela reforma da decisão, a fim de que a recorrente seja impronunciada, ante a insuficiência de provas de sua autoria ou participação no fato criminoso. Subsidiariamente, objetiva a exclusão das qualificadoras, por serem manifestamente improcedentes.

O representante do Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (f. 530-540), requerendo o desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 562-571), manifesta-se pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do recurso, para que seja mantida incólume a decisão de pronúncia. Ao final, prequestiona o artigo 413, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia em desfavor de Andressa da Silva Vieira e Pablo Maximiliano Silveira imputando-lhes a prática do delito tipificado no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, sendo a primeira indicada como partícipe e o segundo como executor, nos termos que seguem (f. 01-05):

> *"(...) No dia 13 de novembro de 2015, por volta de 22h15min, na Rua Manoel Ferreira de Freitas, nesta cidade, Pablo Maximiliano Silveira, agindo com intenção de matar, por motivo fútil, meio cruel e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, e utilizando-se de uma faca, desferiu diversos golpes contra Lourival dos Santos, provocando-lhe os ferimentos que deram causa a sua morte.*
>
> *Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, Andressa da Silva Vieira participou da execução do crime descrito acima, auxiliando o denunciado Pablo Maximiliano Silveira no momento da execução do crime, fornecendo a arma branca (faca) em questão, oportunidade em que Pablo conseguiu iniciar os golpes, inclusive sob a instigação de Andressa.*
>
> *Narram diversas testemunhas que há algum tempo a vítima mantinha relacionamento com Andressa.*
>
> *Familiares da vítima ainda relataram que Lourival recebeu seu salário naquele dia, cerca de R$1.000,00, pouco antes dos fatos, no entanto, foi encontrado morto no local do crime sem qualquer numerário.*
>
> *No momento do crime, Andressa, conhecida por ser usuária de drogas, deslocou-se à residência da pessoa de Misse Relme e do denunciado Pablo, com o intuito de adquirir entorpecentes.*
>
> *Minutos depois, compareceu no mesmo local a pessoa da vítima em sua bicicleta, a procura de Andressa, momento em que ao entrar na residência, foi impedido por alguém que segurava o portão para que o mesmo não adentrasse. Neste momento, o menor Gabriel desferiu um golpe contra a cabeça da vítima com uma barra de ferro, onde Pablo, que também se encontrava no local, saiu da residência e entrou em vias de fato com a vítima.*
>
> *Ato contínuo, a codenunciada Andressa apossou-se da faca utilizada no crime e a entregou ao denunciado Pablo dizendo: "mata Pablo, mata Pablo...", momento em que Pablo desferiu dois golpes contra a vítima.*
>
> *Lesionada e sem qualquer meio de defesa, a vítima empreendeu fuga do local, contudo, o denunciado a perseguiu. Após vários metros, a vítima caiu ao solo e o denunciado, que a perseguia, ainda em posse da arma branca, desferiu mais golpes contra aquela, que em razão dos ferimentos veio a óbito no local.*

Após os fatos, Pablo empreendeu fuga para a cidade vizinha de Chapadão do Sul e Andressa, em posse da bicicleta da vítima, evadiu-se do local. Posteriormente, a mesma compareceu ao quartel da Polícia Militar em posse da arma branca, objeto do crime, ainda suja de sangue, e narrou a prática de homicídio aos policiais plantonistas.

(...)

O crime foi praticado com emprego de meio cruel, pois o denunciado desferiu diversos golpes mesmo com a vítima já fatalmente atingida e sem esboçar reação, mas ainda com vida, causando-lhe sofrimento intenso. Reiterou violentos golpes de arma branca contra a vítima e agravou consideravelmente a dor física da mesma, tudo isto sem esboçar qualquer sentimento de compaixão, revelando ato extremamente brutal.

Também apesar de anterior desavença, constata-se que o denunciado inopinadamente atacou a vítima com a arma branca, fornecida por Andressa, e ainda contando com o auxílio de terceira pessoa, o adolescente infrator Gabriel, que golpeara a vítima com uma barra de ferro. Circunstâncias que dificultaram a defesa da vítima. Ainda, não fosse suficiente, perseguiu a vítima indefesa e dilacerada, novamente atingindo-a com violentos golpes, sem que pudesse esboçar qualquer reação.

A motivação, pelo já narrado, foi fútil, uma vez que francamente desproporcional com a gravidade do crime praticado, revelando grande insensibilidade moral. (...)"

Ao final da instrução processual da fase do *judicium accusationis*, a d. Juíza da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia prolatou decisão de pronúncia, para submeter os acusados Andressa e Pablo a julgamento perante o Tribunal do Júri, sendo a primeira como incursa no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, c/c. artigo 29, ambos do Código Penal (partícipe) e o segundo como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, do mesmo Códex (executor).

Inconformada, a acusada Andressa da Silva Vieira interpôs o presente recurso em sentido estrito.

Em suas razões recursais (f. 513-523), a defesa suscita preliminar de nulidade da decisão de pronúncia, por ausência de fundamentação e de enfrentamento das teses defensivas no que concerne às qualificadoras. Quanto ao mérito, pugna pela reforma da decisão, a fim de que a recorrente seja impronunciada, ante a insuficiência de provas de sua autoria ou participação no fato criminoso. Subsidiariamente, objetiva a exclusão das qualificadoras, por serem manifestamente improcedentes.

O representante do Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (f. 530-540), requerendo o desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 562-571), manifesta-se pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do recurso, para que seja mantida incólume a decisão de pronúncia. Ao final, prequestiona o artigo 413, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal.

Passo ao exame das pretensões.

Preliminar de nulidade da decisão de pronúncia por ausência de fundamentação.

A Defesa suscita preliminar de nulidade da decisão de pronúncia, sob o argumento de que a Juíza singular não a fundamentou de forma suficiente e tampouco analisou as teses defensivas contra a incidência das qualificadoras.

A despeito do esforço argumentativo da defesa, tenho que o alegado vício não ocorreu, pois a douta juíza singular, quando a sentença de pronúncia, ainda que de forma sucinta, demonstrou as razões de seu convencimento, em observância ao disposto ao disposto no artigo 413, § 1º, do Código de Processo Penal.

É cediço que na fase processual da pronúncia realiza-se um juízo de mera admissibilidade da acusação, para, posteriormente, remetê-la à apreciação do Tribunal do Júri, que é o órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Destarte, nos termos do artigo 413, § 1º, do Código de Processo Penal, caso o juízo de primeiro grau esteja convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, deverá pronunciar o acusado, não se exigindo, neste momento, convencimento absoluto ou análise detalhada do elenco probatório.

Com efeito, a decisão de pronúncia deve ser comedida, moderada e fundamentada sem excessos, até para que não ocorra a eloquência acusatória, de modo a influenciar no ânimo dos jurados. O magistrado, portanto, deve limitar-se em apontar as provas da existência do crime e dos indícios suficientes de autoria e/ou participação.

A respeito do assunto, pertinente a lição do jurista Renato Brasileiro de Lima[1]:

> *"Sem embargo da necessidade de fundamentação da decisão judicial de pronúncia, sob pena de nulidade absoluta (CF, art. 93, IX), deve o juiz sumariante (ou Desembargadores, no julgamento de eventual recurso) ter extrema cautelar para que não o faça nos mesmos moldes que uma sentença condenatória. Deve o magistrado se limitar a apontar a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria ou participação, valendo-se de termos sóbrios e comedidos, para que não haja indevida influência no animus judicandi dos jurados, que podem ser facilmente influenciados por uma pronúncia dotada de excessos.*
>
> *Com efeito, se é fato notório que os jurados são facilmente influenciados a partir do momento em que percebem qual é a opinião do juiz presidente acerca do caso concreto, é de se concluir que fere o princípio da soberania dos veredictos a afirmação peremptória do magistrado que diz na pronúncia, a título de exemplo, que está plenamente convencido da autoria do delito. (...)"*

Portanto, a fundamentação sucinta da decisão de pronúncia não pode ser considerada insuficiente. Somente a ausência completa de fundamentos pode ser analisada como um vício insanável, a ocasionar a declaração de nulidade, o que, entretanto, não ocorre no caso.

Nessa esteira, colho os seguintes precedentes:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, IV) – AGRAVANTE RELATIVA AO ABUSO DE AUTORIDADE (ART. 61, II, "F") – PRONÚNCIA ESCORREITA – CIRCUNSTÂNCIA DESCRITA NA DENÚNCIA E NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Em razão da vedação ao excesso de linguagem, a fundamentação da sentença de pronúncia deve ser limitada à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena (§ 1º do art. 413, CPP).*
>
> *2. Inexiste ilegalidade na exasperação da pena com base na agravante de abuso de autoridade, porquanto, conforme bem enfatizado pelo Tribunal a quo, consta na denúncia, bem como da sentença de pronúncia, que o delito de homicídio foi cometido mediante abuso de autoridade, de modo que não se pode arguir qualquer surpresa à defesa.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ – AgRg no HC 410.977/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018)
>
> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PRONÚNCIA – NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – PROVA*

1 **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1338 e 1339.

DA MATERIALIDADE – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – JULGAMENTO A CARGO DO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO IMPROVIDO. Rejeita-se a preliminar de nulidade se a decisão está suficientemente fundamentada. Demonstrada a materialidade e havendo indícios de autoria em crimes dolosos contra a vida, compete ao juiz pronunciar o réu, submetendo-o ao julgamento pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadora na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedente." (TJMS; RSE 0001815-91.2011.8.12.0016; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Elizabete Anache; DJMS 17/05/2019; Pág. 53).

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO – ART. 121, § 2º, IV, DO CP – PRONÚNCIA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TESE DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF. – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – OBJETIVAMENTE – MOTIVAÇÃO SUCINTA NÃO SE CONFUNDE COM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA – INCABÍVEL – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA CONFIGURADOS – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – SENTENÇA DE PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Sentença de pronúncia não se baseia em juízo de certeza, mas sim de suspeita. Na hipótese de dúvida, deve o julgador se limitar à indicação da materialidade do fato e indícios de autoria delitiva ou de participação, assim como especificar as qualificadoras, ainda que sucintamente, com fulcro no art. 413, § 1º, do CPP, não exigindo, no presente momento, um juízo de certeza. Portanto, a sentença de pronúncia tem o mero intuito de encerrar conteúdo declaratório, proclamando juízo de admissibilidade, com o intuito de viabilizar o julgamento pelo Tribunal do Júri, órgão competente para realizar análise aprofundada do conjunto probatório e adentrar em questões meritórias, consoante garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXVIII, da CF/88. 3. Não há de prosperar pretensão de nulidade de sentença de pronúncia por falta de fundamentação quando houver, na decisão, fundamentação sucinta e resumida. A sentença de pronuncia exige motivação comedida, sob pena de adentrar no mérito do julgamento que compete ao Conselho de Sentença. 4. Recurso conhecido e improvido." (TJCE; RSE 0486007-02.2011.8.06.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva; DJCE 06/05/2019; Pág. 101).

Vejo, pois, que, embora sucinta - o que, por si só, não representa qualquer vício -, a decisão guerreada apontou claramente as circunstâncias que levaram à pronúncia da recorrente, permitindo saber, portanto, as razões e por qual crime será submetida a julgamento, assegurando-lhe o pleno exercício da ampla defesa.

Assim sendo, não vislumbro qualquer prejuízo trazido à recorrente. O processo penal há de prestigiar os atos praticados que, embora sucintos, não causem prejuízos ao réu, sob pena de se consagrar um formalismo exagerado, consoante regra do artigo 563 do Código de Processo Penal.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade da decisão de pronúncia arguida pela defesa.

Mérito: Dos pedidos de despronúncia e exclusão das qualificadoras.

No tocante ao mérito, pugna pela reforma da decisão, a fim de que a recorrente seja impronunciada, ante a insuficiência de provas de sua autoria ou participação no fato criminoso. Subsidiariamente, requer a exclusão das qualificadoras, por serem manifestamente improcedentes.

Como já ressaltado, no juízo de pronúncia, restrito à admissibilidade da acusação, não há que se perquirir profundamente acerca das questões probatórias, sendo suficiente a certeza quanto à materialidade do crime e a existência de indícios suficientes de autoria.

Consiste, portanto, em mero juízo de prelibação, tão somente da admissibilidade da acusação, sem maior aprofundamento no mérito da causa, conforme preconiza a norma do artigo 413 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> *"Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.*
>
> *§ 1° A fundamentação da pronuncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (...)"*

A propósito, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer ensinam que "*Na fase de pronúncia, exige-se do juiz unicamente o exame do material probatório produzido até então, especialmente para a comprovação da inexistência de qualquer das possibilidades legais de afastamento da competência ou então de absolvição sumária (situações estas em que, ao contrário da pronúncia, deverá haver convencimento judicial pleno)*." (Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 830).

No mesmo prospecto, Renato Brasileiro de Lima salienta que:

> *"se o juiz sumariamente estiver convencido da existência do crime e da presença de indícios suficientes de autoria ou de participação, deve pronunciar o acusado, de maneira ou rejeita a acusação, sem qualquer valoração acerca do mérito. Julga-se admissível o ius accusationis. Restringe-se à verificação da presença do fumus boni iuris, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência."* (Manual de processo penal: volume único. 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1377).

Com efeito, a primeira fase do julgamento dos processos afetos ao Júri, denominada *judicium accusationis*, consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação, razão pela qual não se tem qualquer juízo de certeza, cabendo aos jurados, após análise aprofundada das provas, o julgamento do mérito condenatório da ação.

No caso em destaque, em que pese os argumentos defensivos, tenho que a tese de inexistência de indícios suficientes de autoria da recorrente não se mostra evidente a ponto de elidir a decisão de pronúncia.

Explico.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada nos autos por meio do auto de prisão em flagrante (f. 10-12), boletins de ocorrência (f. 28-31 e 32-34), auto de exibição e apreensão (f. 35-36), laudo de exame de corpo de delito – exame necroscópico (f. 216-222), laudo de exame em local de morte violenta (f. 223-235) e da prova oral colhida no curso da persecução penal.

De igual sorte, há nos autos indícios suficientes acerca da participação da recorrente no delito noticiado na inicial acusatória.

A propósito, o Policial Militar Jean Carlos Bento da Silva, em juízo (mídia disponível no SAJ – p. 78-3479), relatou que lhe foi informado de que Andressa teria se dirigido ao local do crime, residência do Pablo, para comprar drogas, ressalta que quem financiaria essa compra seria a vítima Lourival. Acrescenta que algumas testemunhas lhe relataram que a Recorrente teria fornecido a faca para Pablo e teria segurado a vítima para que ele a esfaqueasse, mas que tais testemunhas não quiseram depor. Por fim, ressalta que houve uma discussão entre Lourival e Andressa, motivada pela compra de drogas, a qual teria resultado no homicídio.

A testemunha Marson Silva de Paula afirmou, em juízo (f. 378-379), que receberam informações de que Andressa, no momento da discussão, desferiu um golpe de faca contra Lourival e, em seguida, teria entregado o instrumento para Pablo, o qual teria desferido mais golpes de faca contra a vítima.

Edgar Santos Martins Freitas, ouvido sob o crivo judicial, esclareceu que não presenciou os fatos, mas ouviu a discussão e uma mulher dizendo "bate nele", "mete o pé nele", "mata ele" (mídia disponível no SAJ – f. 378-379).

Por seu turno, a testemunha Ana Cláudia Gabriela Rocha dos Santos, em juízo, esclareceu que estava no bar com sua amiga Kenia, enquanto a acusada Andressa e a vítima Lourival estavam sentados em outra

mesa bebendo cerveja. Na ocasião, notou que Andressa iniciou uma discussão com a vítima, pois esta se recusou a lhe dar dinheiro. No meio da discussão, a autora do delito saiu correndo do bar e a vítima foi atrás dela. Por curiosidade, a depoente foi ver o que estava acontecendo e visualizou Andressa "avançando" em Lourival (mídia disponível no SAJ – f. 415).

Destaca-se, ainda, as declarações do menor Gabriel Chaves da Silva, o qual confirmou ter participado das agressões contra a vítima e esclareceu que os réus se envolveram nos fatos, sendo que a recorrente estava com a faca (278-279).

Conforme se observa, a prova oral coletada no curso da persecução penal aponta para a possível participação da acusada no delito de homicídio noticiado na inicial acusatória, não havendo, portanto, como afastar a competência do Tribunal do Júri para a apreciação e análise das provas, pois é órgão que detém a competência para se pronunciar a respeito do mérito da acusação.

Com efeito, havendo duas versões possíveis nos autos, cabe ao Júri Popular apreciá-las e optar por uma delas, sendo inviável, neste momento, a aplicação do benefício da dúvida em prol do acusado, de sorte que a presença de indícios de autoria é suficiente para a decisão de pronúncia.

Nesse sentido, colhe-se os seguintes precedentes desta Corte:

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV DO CP) – PRETENSA DESPRONÚNCIA – ALEGADA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA PRONÚNCIA – RECURSO IMPROVIDO.* ***Existindo indícios da participação dos Recorrentes no homicídio, impõe-se a pronúncia como resultante de mero juízo de admissibilidade da acusação, sem o condão de exaurir as teses probatórias, o que deverá ser realizado soberanamente pelo Tribunal do Júri, juízo natural para a decisão. Com parecer, recurso improvido".*** (TJMS; Recurso em Sentido Estrito n. 0015308-49.2012.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Desª Maria Isabel de Matos Rocha, Primeira Câmara Criminal, Julgado: 27.01.2015). – destaquei.
>
> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL POR AUSÊNCIA DO ANIMUS NECANDI – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – RECURSO IMPROCEDENTE.*
>
> *A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, de modo que, cabe ao magistrado, na oportunidade da pronúncia, limitar-se à subsunção dos fatos à norma incriminadora, sem adentrar na quaestio juris sob pena de violação ao princípio do juiz natural.* ***Estando comprovada a materialidade do delito e havendo suficientes indícios de autoria, é acertada a decisão do juiz que pronuncia o réu, tendo em vista que cabe ao Tribunal do Júri, ponderada a plausibilidade da tese acusatória e defensiva, manifestar-se acolhendo uma delas, proceder este que é vedado ao juiz, como também à segunda instância, nesta fase do procedimento".*** (TJMS; Recurso em Sentido Estrito n. 0012720-58.2006.8.12.0008 - Corumbá; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Segunda Câmara Criminal, Julgado: 14/01/2014). – destaquei.

Portanto, no caso concreto, "*somente o Conselho de Sentença poderá encontrar-se em estado de dúvida a justificar a adoção do critério de resolução in dubio pro reo, único admitido validamente na Constituição da República*." (TJRJ RSE 2009.051.00160 Quinta Câmara Criminal Rel. Exmo. Des. Nildson Araujo da Cruz DJe 22.07.2009 p. 109)".

Compete, portanto, ao Tribunal do Júri, ponderada a plausibilidade de ambas as teses, acusatória e defensiva, manifestar-se para acolher uma delas, proceder este que é vedado ao juiz, como também a este Sodalício, nesta fase do procedimento, o que foi plenamente observado na bem fundamentada decisão de primeira instância.

Logo, não comporta acolhimento o pedido de despronúncia da recorrente.

Em relação ao pretendido afastamento das qualificadoras do motivo fútil, meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima, melhor sorte não assiste à Defesa.

É consabido que a exclusão de circunstância qualificadora, em sede de decisão de pronúncia, somente pode ocorrer em situações excepcionais, quando esta se apresentar completamente dissociada do conjunto probatório, sob pena de usurpar a competência constitucional do Tribunal do Júri.

A propósito, colhe-se os seguintes precedentes das Cortes Superiores, *verbis*:

> *"As qualificadoras do crime de homicídio só podem ser afastadas pela sentença de pronúncia quando totalmente divorciadas do conjunto fático-probatório dos autos, sob pena de usurpar-se a competência do juiz natural da causa, ou seja, o tribunal do júri."* (STF, HC nº 108.374).

> *"Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido que "somente é cabível a exclusão das qualificadoras na sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença" (HC 198.945/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/10/2011). Precedentes. 3. Ordem de habeas corpus denegada."* (HC 264.998/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013)

No mesmo prospecto, é conveniente trazer à baila o magistério de Julio Fabbrini Mirabete, que, ao discorrer sobre o tema, adverte:

> *"Tem-se decidido que é inadmissível, em sede de recurso em sentido estrito, excluir a circunstância qualificadora, uma vez que o tema deve ser reservado ao Tribunal do Júri, que o juiz natural competente. Entretanto, nada impede que se dê procedência ao recurso para excluí-la quando de todo impertinente e sem qualquer apoio nos autos."* (Processo Penal. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 646).

Contudo, no caso em exame, observa-se que o acervo probatório não permite concluir pela manifesta improcedência das qualificadoras previstas no § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, havendo indícios da ocorrência destas.

Como visto, há elementos nos autos sugestivos de que, por discussão anterior de somenos importância, a recorrente tenha fornecido ao corréu Pablo uma faca, instigando-o a ceifar a vida da vítima.

Outrossim, ficou evidenciado nos autos, inclusive pelo laudo pericial de exame necroscópico, que a vítima foi atingida por inúmeros golpes de faca, mesmo depois de já estar fatalmente ferida, o que pode sugerir o emprego de meio cruel.

Por fim, há indícios de que os golpes fatais foram desferidos de forma a impedir qualquer reação de defesa por parte da vítima, haja vista que, segundo consta, esta já se encontrava com a sua capacidade defensiva prejudicada, pois foi atingida pelo menor infrator Gabriel com golpes de uma barra de ferro.

Nessa esteira, a narrativa descrita na denúncia, no sentido de que o crime foi cometido por motivo fútil, com emprego de meio cruel e mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima não se mostra manifestamente improcedente, de maneira que agiu acertadamente o d. juízo singular em pronunciar o réu com as qualificadoras em questão, cabendo ao Conselho de Sentença apreciá-las.

A esse respeito:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – ARTIGO 121, § 2º, I, III E IV C/C ARTIGO 14, II E ARTIGO 73, TODOS DO CÓDIGO PENAL – EXCLUSÃO DA*

QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – IMPOSSIBILIDADE – INDÍCIOS SUFICIENTES PARA A ADMISSIBILIDADE DA QUALIFICADORA – RECURSO IMPROVIDO. ***Havendo lastro probatório mínimo nos autos da ocorrência da qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 121 do Código Penal, deve ser submetida à apreciação do Tribunal Júri, só podendo ser excluída quando totalmente descabidas e dissociadas das provas colhidas, o que não é o caso em tela.*** *"* (TJMS; Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000569-27.2015.8.12.0014/50000 – Maracaju; Rel. Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Seção Criminal, Julgado em 25.10.2017) - destaquei

"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – QUALIFICADORAS – MANUTENÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO. ***Deve ser mantida a sentença de pronúncia, inclusive com as qualificadoras, se está alicerçada em provas da materialidade e indícios suficientes de que seja plausível a acusação, cabendo ao Tribunal do Júri, ponderada a plausibilidade de ambas as teses, acusatória e defensiva, manifestar-se para então acolher uma delas.*** *"* (TJMS; Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0013876-58.2013.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 02.10.2017) – destaquei

Desta feita, diante dos elementos de convicção colhidos no curso da persecução penal, impõe-se a manutenção da decisão de pronúncia.

Dos pronunciamentos finais.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Andressa da Silva Vieira, para manter incólume a r. decisão de pronúncia.

No tocante ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da *vexata quaestio* se confundir com o mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 18 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0000289-45.2013.8.12.0008 - Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA (ARTIGO 168, § 1º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL) – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIDO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS – ELEMENTO SUBJETIVO CONFIGURADO – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INAPLICÁVEL – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – PATAMAR MÍNIMO JUSTIFICADO – EXCLUSÃO DE UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO – IMPOSSIBILIDADE – REPRIMENDA CORPORAL SUPERIOR A 01 (UM) ANO DE RECLUSÃO – JUSTIÇA GRATUITA – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA – RECURSO DESPROVIDO.

Não há falar em absolvição, pois o conjunto probatório produzido no curso da persecução penal, formado pelos depoimentos seguros da vítima e pela farta prova documental, demonstra, de forma clara e induvidosa, a autoria do apelante no crime de apropriação indébita noticiado na inicial acusatória. De igual sorte, não há dúvidas a respeito do elemento subjetivo do tipo (*animus rem sibi habendi*), haja vista que o réu, na condição de advogado, recebeu valores pertencentes à vítima (posse justa), estando, *a priori*, de boa-fé, mas, em momento posterior, inverteu seu ânimo quanto ao bem, agindo como se fosse o legítimo proprietário.

Incabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois o réu negou a prática criminosa e sua narrativa não foi utilizada como fundamento para o decreto condenatório. Inteligência da Súmula 545 do STJ.

A fixação da redutora do arrependimento posterior no patamar mínimo de 1/3 (um terço) encontra-se devidamente justificada no fato do apelante ter demorado aproximadamente um ano para restituir a quantia pertencente à vítima e, ainda assim, somente o fez após o comparecimento desta ao fórum e a subsequente certificação nos autos de que os valores levantados não teriam sido a ela devidamente repassados.

Restando a reprimenda corporal em patamar superior a 01 (um) ano de reclusão, incabível a fixação de apenas uma pena restritiva de direito, impondo-se a manutenção das duas penas substitutivas, nos moldes do artigo 44, § 3º, do Código Penal.

Constatando-se que o recorrente foi patrocinado por advogado particular e que não ficou demonstrada a alegada hipossuficiência financeira, incabível a isenção do pagamento de custas processuais.

Com o parecer, recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento.

Campo Grande, 15 de agosto de 2019.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Ronaldo de Arruda Costa, em face da sentença proferida pelo d. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá (f. 245-252), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, para condená-lo como incurso no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código penal, à pena de 01 (um) ano e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, bem como ao pagamento de 09 (nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em suas razões recursais (f. 126-132), a defesa pugna pela absolvição do apelante, sob o argumento de que a conduta praticada é atípica por ausência do elemento subjetivo do tipo (*animus rem sibi habendi*). Subsidiariamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a aplicação da causa de diminuição de pena do arrependimento posterior em seu grau máximo, a fixação de apenas uma pena restritiva de direito e, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O representante do Ministério Público apresentou suas contrarrazões (f. 299-309), requerendo o desprovimento do apelo defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 315-328), manifesta-se pelo não provimento do recurso interposto por Ronaldo de Arruda Costa, para que seja mantida incólume a sentença condenatória. Ao final, prequestiona os artigos 16, *caput*, 45, § 2º, 65, inciso III, *d*, e 168, § 1º, inciso III, todos do Código Penal.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O representante do Ministério Público Estadual ofertou denúncia em face de Ronaldo de Arruda Costa, imputando-lhe a prática do delito previsto no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, em razão do seguinte fato (f. 01-03):

> *"(...) No dia 21 de junho de 2011, por volta das 15h00min, no interior da Caixa Econômica Federal, nesta cidade de Corumbá/MS, o denunciado Ronaldo de Arruda Costa apropriou-se de coisa alheia móvel de que detinha posse, em razão de ofício, a saber, a quantia de R$ 8.510,33 (oito mil e quinhentos e dez reais e trinta e três centavos), pertencentes à vítima Maria Luiza de Oliveira Dias.*
>
> *Apurou-se que o denunciado, na data de 24 de janeiro de 2007 (f. 22), foi constituído como advogado pela vítima para promover uma ação indenizatória em face da empresa Brasil Telecom S/A.*
>
> *Após a ação ter sido julgada procedente, conforme se verifica à f. 79, o denunciado, no dia 21 de junho de 2011, foi até a Caixa Econômica Federal e levantou a importância de R$8.510,33 (conforme documento de f. 105), pertencente a sua cliente, todavia, ao invés de repassar, imediatamente, o dinheiro a sua cliente, o Ronaldo simplesmente se apropriou indevidamente de tal valor.*
>
> *Insta destacar que, no transcorrer da ação cível a ofendida procurou o denunciado por diversas vezes em seu escritório de advocacia desejando um esclarecimento quanto a demora no recebimento do valor em questão, mas sempre recebia alguma desculpa por parte do advogado.*
>
> *Já desconfiada da ação do réu, Maria Luiza decidiu se dirigir ao Fórum de Corumbá, quando então obteve informações de que havia ganhado a causa e que seu advogado já havia sacado a importância que deveria receber pela ação sem lhe entregar seu dinheiro. (...)"*

Após regular instrução processual, o d. Juiz da 2ª Vara Criminal, da Comarca de Corumbá prolatou sentença julgando procedente a denúncia, para condenar o acusado como incurso no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código penal, à pena de 01 (um) ano e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, bem como ao pagamento de 09 (nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (f. 245-252).

Inconformado, o sentenciado apelou a esta Corte.

Em suas razões recursais (f. 126-132), a defesa pugna pela absolvição do apelante, sob o argumento de que a conduta praticada é atípica por ausência do elemento subjetivo do tipo (*animus rem sibi habendi*). Subsidiariamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a aplicação da causa de diminuição de pena do arrependimento posterior em seu grau máximo, a fixação de apenas uma pena restritiva de direito e, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O representante do Ministério Público apresentou suas contrarrazões (f. 299-309), requerendo o desprovimento do apelo defensivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 315-328), manifesta-se pelo não provimento do recurso interposto por Ronaldo de Arruda Costa, para que seja mantida incólume a sentença condenatória. Ao final, prequestiona os artigos 16, *caput*, 45, § 2º, 65, inciso III, d, e 168, § 1º, inciso III, todos do Código Penal.

Pois bem. Ausentes quaisquer apontamentos preliminares, e por não vislumbrar nulidades ou irregularidades que devam ser declaradas de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

Do pleito absolutório.

A defesa objetiva, inicialmente, a absolvição do apelante, sustentando a ausência de provas acerca do elemento subjetivo do tipo em sua conduta.

A despeito do esforço argumentativo da defesa, o pleito absolutório não resiste ao farto conjunto probatório carreado aos autos.

Com efeito, a materialidade restou devidamente comprovada por meio do Boletim de Ocorrência (f. 07), cópia do Processo Cível n.º 008.07.101120-7/00002 (f. 09-122), Guia de Levantamento de Depósito (f. 104-108) Certidão Cartorária (f. 110) e demais provas colhidas no curso da persecução penal.

De igual sorte, os elementos de convicção são fartos em demonstrar a autoria do acusado Ronaldo de Arruda Costa no crime de apropriação indébita descrito na denúncia, bem como o elemento subjetivo inerente a tal prática criminosa.

O apelante, nas duas fases da persecução penal (f. 126 e arquivo de mídia disponível no SAJ), negou a prática criminosa, esclarecendo que tais fatos se deram por desorganização de seu escritório no acerto de contas com sua cliente. Sob o crivo do contraditório, relatou que "*não me lembro de todos os processos, porque eram muitos, mas conforme as pessoas iam aparecendo, a gente tentava cumprir; eu tentava manter as despesas do meu escritório em dia e às vezes eu não tinha, naquele dia, um caixa para prestar contas com a pessoa, mas não havia intenção em apropriar-se* (...)"

Contudo, o conjunto probatório segue em sentido diametralmente oposto, evidenciando tratar-se de apropriação indébita e não de mera desorganização do réu.

A vítima Maira Luiza de Oliveira Dias, em declarações prestadas na fase policial (f. 156-157), relatou que no início do ano de 2007 procurou o advogado Ronaldo de Arruda Costa para ajuizar uma ação indenizatória em face da empresa Brasil Telecom, a qual foi distribuída no Fórum de Corumbá em fevereiro de 2007; que a referida ação foi julgada procedente e que deveria ter recebido o valor aproximado de R$ 8.5000,00 (oito mil e quinhentos reais); que a ação demorou muito para ser julgada e, até junho de 2012, sempre procurava

pelo advogado Ronaldo, mas este sempre dava uma desculpa dizendo que a sentença ainda não tinha saído, ou mandava a secretária falar que ele não se encontrava no escritório, ou até mesmo marcava um horário e ele não comparecia.

Afirmou que, diante dos fatos, desconfiada da atitude do advogado, em junho de 2012, procurou informações diretamente no Fórum de Corumbá, onde foi informada que sua ação já havia sido julgada há muito tempo e que o advogado Ronaldo havia sacado a quantia de R$ 8.510,33 (oito mil e quinhentos e dez reais e trinta e três centavos), porém não havia comunicado este fato a ela, muito menos lhe repassado qualquer quantia; posteriormente, munida das informações recebidas no Fórum, foi até o escritório do réu, o qual se propôs a pagar o valor devido; que foi passado um cheque no exato valor de R$ 8.510,33 (oito mil e quinhentos e dez reais e trinta e três centavos); que ouviu dizer que não foi a única que teve esse problema com o mesmo advogado.

Em juízo (mídia disponível no SAJ – f. 217), a vítima confirmou as declarações prestadas na delegacia, enfatizando que procurou o advogado várias vezes no seu escritório para saber do andamento do processo. Ressalta que ele dizia que a ação ainda não havia sido julgada e, em outras ocasiões, a secretária dizia que o réu não se encontrava. Insatisfeita, a depoente foi até o Fórum e, para sua surpresa, o caso já havia sido arquivado e o advogado Ronaldo já havia sacado o valor da ação há quase um ano. Esclarece que o réu tinha conhecimento de onde a vítima morava, bem como possuía o telefone dela para contato.

A corroborar o depoimento da ofendida, consta à f. 108 que, em junho de 2011, o acusado Ronaldo sacou a quantia de R$8.510,33 (oito mil, quinhentos e dez reais e trinta e três centavos) referente à ação e efetuou o pagamento, somente após ser procurado pela vítima com a informação do pagamento, em junho de 2012 (f. 117).

Conforme se observa, os elementos de convicção carreados aos autos são robustos em demonstrar a autoria do apelante no crime de apropriação indébita descrito na denúncia.

Como cediço, a nota característica do delito de apropriação indébita é a existência de uma situação de quebra de confiança, na qual a vítima voluntariamente entrega coisa móvel ao agente (sujeito ativo), e este, após encontrar-se na sua posse ou detenção, inverte o ânimo sobre o bem, passando a comportar-se como se dono fosse da coisa.

A ação nuclear "apropriar-se" consiste em tomar como própria uma coisa pertencente a outrem, situação verificada quando o sujeito legitimamente exerce a posse ou a detenção de um bem/valor e, após, passa a se comportar como se fosse o seu verdadeiro dono.

Sobre os requisitos constitutivos e a consumação do delito em questão, discorre o jurista Cleber Masson[1]:

> *"A apropriação indébita consuma-se no momento em que o sujeito inverte seu ânimo em relação à coisa alheia móvel: de mero detentor ou possuidor (posse ou detenção de natureza precária), passa a se comportar como proprietário, daí resultando lesão ao patrimônio alheio (crime material). Na apropriação indébita própria ou propriamente dita, o crime se consuma com a prática de algum ato de disposição do bem, incompatível com a condição de possuidor ou detentor. Na apropriação indébita negativa de restituição, o delito se aperfeiçoa no instante em que o agente se recusa a devolver o objeto material a quem de direito."*

No caso dos autos, restou suficientemente comprovado, inclusive pela narrativa do próprio recorrente, que este obteve, de boa-fé, em razão de sua profissão como advogado, procuração da vítima outorgando-lhe poderes para ajuizar ação indenizatória e, após, receber os valores resultantes de eventual procedência da ação, os quais deveriam ser repassados ao titular do direito.

Contudo, ficou evidenciado que, após obter a posse de coisa alheia móvel, no momento em que levantou o dinheiro proveniente da procedência da ação, inverteu seu ânimo quanto ao bem, apropriando-se do valor sem comunicar à vítima, agindo como se fosse o seu legítimo proprietário.

1 **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. p. 750.

Junto a isso, observa-se que, mesmo após ter levantado a quantia pertencente à vítima, ao ser procurado pela mesma para obter informações sobre a ação indenizatória, informou-a que o feito ainda não havia sido sentenciado, reforçando o elemento subjetivo da apropriação indébita.

De fato, o dolo do agente é "*integrado pela intenção de não restituir, de desviar a coisa da finalidade para que lhe foi entregue ou pela ciência de não poder restituir*"[2], sendo exatamente a hipótese dos autos.

Em situação tais, a jurisprudência tem decidido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PROVAS ROBUSTAS DA AUTORIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – READEQUAÇÃO – CULPABILIDADE AFASTADA – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – VALORAÇÃO MANTIDA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – FRAÇÃO DE 1/6 MANTIDA – PARCIALMENTE PROVIDO. I - Crime de apropriação indébita restou configurado no momento em que o réu se apropriou do numerário devido à vítima, recebido na condição de seu advogado e fez uso dele como se dono fosse, o que comprova o animus rem sibi habendi na conduta. Robustez da prova documental e testemunhal. A palavra da vítima, em crimes patrimoniais, assume relevante valor probatório, quando coerente e harmônico com os demais elementos probatórios produzidos sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu no caso em testilha. Ademais, a confissão judicial atrelada às demais provas colhidas no caderno processual levam à condenação do réu pelo crime de apropriação indébita II - Pena-base readequada. A valoração negativa da culpabilidade deve ser afastada, pois o magistrado singular incorreu no vedado bis in idem ao conceituá-la com base em causa de aumento já utilizada na segunda fase da dosimetria. No tocante às consequências, apesar do delito de apropriação indébita ser de natureza patrimonial, a gravidade exacerbada da lesão, justifica a valoração negativa da citada moduladora. III - Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento de pena. Assim, a fração de um sexto fixada na sentença não merece reforma, pois está de acordo com o entendimento predominante na doutrina e no Superior Tribunal de Justiça".* (TJMS; Apelação Criminal n. 0005469-08.2014.8.12.0008 – Corumbá; Rel. Juiz Substituto de Segundo Grau Waldir Marques, 2ª Câmara Criminal, Julgado em 23.04.2019)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE – DOLO NA CONDUTA – ANIMUS REM SIBI HABENDI CONFIGURADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – REGIME PRISIONAL SEMIABERTO – IMPOSSIBILIDADE DE ABRANDAMENTO – RÉU REINCIDENTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER. 1. Não há dúvidas de que a apropriação indébita pressupõe o animus rem sibi habendi, elemento subjetivo do tipo penal, concernente ao dolo, que, no caso em análise, está suficientemente configurado, o que afasta a propugnada atipicidade. 2. Embora a pena reclusiva aplicada seja de 02 anos e 08 meses, tal decorreu da continuidade entre as condutas delitivas patrimoniais, de sorte que emerge mais adequado o regime inicial semiaberto, sobretudo porque em conformidade com a orientação emanada da Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões".* (TJMS; Apelação Criminal n. 0001026-41.2015.8.12.0020 – Rio Brilhante; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 25.04.2019)

> *"EMENTA–APELAÇÃODEFENSIVA–APROPRIAÇÃOINDÉBITA–CONDENAÇÃO MANTIDA – DOLO CONFIGURADO – PROVAS ROBUSTAS – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONSEQUÊNCIA DO DELITO – CORRETA VALORAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEFENSOR DATIVO – RECURSO IMPROVIDO. Nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios".* (AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017).

2 DELMANTO, et. al. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 603.

O dolo não se extrai da mente do agente, mas é aferido mediante as exterioridades do fato e pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, dando a certeza necessária ao julgador para o decreto condenatório. Na hipótese, o delito ficou bem delineado: a apelante, em razão de sua profissão, recebeu valores pertencentes à vítima (posse justa); estando, a priori, de boa-fé (in dubio pro reo); houve posterior modificação no comportamento da ré (passando a agir ilicitamente como se proprietário fosse). Preenchidos os requisitos tipificados no art. 168 do Código Penal. (...)" (TJMS; Apelação Criminal n. 0004461-30.2013.8.12.0008 – Corumbá; Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 13.11.2018)

Acresça-se que eventual restituição à vítima não afasta a tipicidade da conduta, pois o crime de apropriação indébita já havia se consumado no momento em que o apelante se apropriou do numerário devido, recebido na condição de seu advogado, e fez uso dele como se dono fosse.

Assim, não há falar em ausência de provas seguras a demonstrarem o dolo necessário à caracterização do crime de apropriação indébita, razão pela qual não subsiste o pleito absolutório.

Dos pedidos de retificação da dosimetria penal.

Subsidiariamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a aplicação da causa de diminuição de pena do arrependimento posterior em seu grau máximo e a fixação de apenas uma pena restritiva de direito.

Quanto ao primeiro pedido, entendo ser incabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, haja vista o apelante não confessou, em nenhuma das oportunidades em que foi interrogado, a prática do delito em questão, afirmando que os valores não foram repassados imediatamente à vítima por desorganização do escritório ou por falta de localização desta.

Justificou, na oportunidade, não ter agido com dolo, ressaltando que jamais se apropriaria de valores pertencentes aos clientes, de modo que não contribuiu para apuração da verdade real dos fatos.

No caso, como visto, a narrativa do acusado não foi utilizada como fundamento para o decreto condenatório, mas, ao contrário, os depoimentos da vítima e a prova documental foram os elementos que permitiram concluir seguramente pela presença de dolo na conduta do apelante necessário à caracterização do crime.

Desta forma, incabível o reconhecimento da atenuante em questão.

No mesmo átimo, não há falar em majoração do patamar de 1/3 (um terço) aplicado pela minorante do arrependimento posterior, pois, como bem destacado na r. sentença, "*o acusado demorou aproximadamente um ano para restituir a quantia levantada, sendo que não pagou os juros e nem a correção monetária, de modo que a fração de diminuição apontada se justifica*."

A respeito do assunto, o jurista Cleber Masson[3] ensina, em sua doutrina, que "*a redução da pena dentro dos parâmetros legais (um a dois terços) deve ser calculada com base na celeridade e na voluntariedade da reparação do dano ou da restituição da coisa. Quanto mais rápida e mais verdadeira, maior será a diminuição*."

No caso, como visto, o apelante demorou mais de 01 (um) ano para restituir a quantia pertencente à vítima Maria Luiza e, ainda assim, somente o fez após o comparecimento desta ao fórum e a subsequente certificação nos autos de que os valores levantados não teriam sido a ela devidamente repassados pelo causídico, o que resultou, inclusive, na intimação do réu para justificar o fato e determinação de vista dos autos ao Ministério Público Estadual para providências (conforme despacho acostado à f. 111).

Assim, observa-se que a celeridade e a voluntariedade na restituição da coisa, no caso, não beneficiam de forma alguma o apelante, justificando-se, portanto, a eleição da menor fração pelo arrependimento posterior.

3 **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 132.

Por consectário, inexistindo qualquer reparo a ser realizado no âmbito da dosimetria penal, a reprimenda corporal do apelante fica mantida em **01 (um) ano e 13 (treze) dias de reclusão**, e, desta forma, incabível a substituição desta por apenas uma pena restritiva de direito, ante a previsão expressa do artigo 44, § 2º, do Código Penal, que dispõe: "*Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos;* ***se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos***." – destaquei.

Dessa forma, tendo em vista o réu ter sido condenado à pena superior a um ano de reclusão, correta a substituição desta por duas penas restritivas de direito, não sendo possível fixar apenas uma pena.

Da justiça gratuita.

Quanto ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, tenho que o apelante não apresentou nos autos evidências de que não possui recursos suficientes para o pagamento das custas processuais, haja vista que foi assistido neste feito por advogado particular, inviabilizando a conclusão de que não possui capacidade financeira para arcar com o ônus do processo a que deu causa.

A esse respeito:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONFISSÃO EM JUÍZO CONFIRMADA POR DEPOIMENTOS POLICIAIS – VALIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE (ART. 65, III, D, DO CP – CONSIDERAÇÃO PARA FUNDAMENTAR CONDENAÇÃO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE SUPERVENIENTE – LAPSO TEMPORAL VERIFICADO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA – JUSTIÇA GRATUITA – ISENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - (...) VI - Não é o caso de atender ao pedido de isenção de custas se o apelante não foi assistido pela Defensoria Pública até o momento da sentença condenatória e há dúvida acerca de ser ele hipossuficiente". (...)* (TJMS; Apelação Criminal n. 0023286-14.2011.8.12.0001 – Campo Grande; Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 25.04.2019)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33, CAPUT (TRÁFICO DE DROGAS), DA LEI N.º 11.343/06 E ART. 16 (POSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO), DA LEI N.º 10.826/03 C/C ART. 69, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DEFENSIVO EXCLUSIVAMENTE QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SUFICIENTES A COMPROVAR A TRAFICÂNCIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS – NÃO CABIMENTO – TRAFICÂNCIA COMPROVADA – ALMEJADO ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – INVIÁVEL – ELEVADA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE NATUREZA DAS DROGAS QUE OBSTAM A FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO – PEDIDO DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – INDEFERIDO – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA – RECURSO NÃO PROVIDO. I Inadmissível a tese absolutória quando comprovadas materialidade e autoria do delito. II Não há que falar em desclassificação para posse para uso pessoal quando a traficância restar comprovada; III É adequada a fixação do regime fechado para início da execução da pena, face à gravidade concreta do delito, que envolve grande quantidade de droga e tipos distintos de substâncias entorpecentes; IV Incabível a concessão da assistência judiciária gratuita se o recorrente é assistido por advogado particular e não fez prova da situação de pobreza. Recurso defensivo ao qual, com o parecer, nega-se provimento".* (Apelação n. 0000611-81.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 28/03/2017, p: 31/03/2017)

Dos pronunciamentos finais.

Ante o expsoto, nego provimento ao recurso interposto por Ronaldo de Arruda Costa, para manter incólume a sentença condenatória.

No tocante ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada das normas legais, em razão da vexata quaestio se confundir com o mérito.

É como voto, com o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 15 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0034382-55.2013.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – GOLPE DO "BILHETE PREMIADO" – PLEITO ABSOLUTÓRIO – MATERIALIDADE E AUTORIA – COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO – IDONEIDADE – PERSONALIDADE – FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E CONCERNENTE A VETOR DIVERSO – DECOTADA – ABRANDAMENTO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Mantém-se a condenação pela prática do crime tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal, quando o conjunto probatório demonstra que o réu, juntamente com terceiro, ludibriou a vítima, induzindo-a em erro, utilizando o conhecido golpe do bilhete premiado. Em delitos como o da espécie, na maioria das vezes praticados sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima, quando coerente, tem especial valor para a elucidação do fato.

Inviável a consideração negativa da personalidade quando a fundamentação utilizada pelo sentenciante se resume a valorações meramente genéricas, subjetivas e concernentes à moduladora diversa.

O fato de o réu ter agido em concurso de agentes, mediante organização e divisão de tarefas, revela maior reprovabilidade da conduta e autoriza o recrudescimento da pena basilar.

O elevado valor do prejuízo sofrido pela vítima extrapola a elementar do tipo do estelionato e justifica o desvalor das consequências do crime.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando as circunstâncias não recomendam a substituição, consoante dispõe o art. 44, III, do CP.

Diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, revela-se mais adequado o regime semiaberto para início do cumprimento de pena, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Recurso parcialmente provido, em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de agosto de 2019.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Carlos Alberto Messias de Lima contra a sentença (f. 678-693) que o condenou a 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime de estelionato, tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Pleiteia a absolvição do acusado por insuficiência de provas, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a diminuição da pena-base para o mínimo legal e o abrandamento do regime prisional (f. 716-720).

Em contrarrazões, o *Parquet* pediu a manutenção integral da sentença condenatória (f. 724-739).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo parcial provimento do apelo defensivo, apenas para que seja decotada da dosimetria da pena-base a circunstância judicial referente à personalidade (f. 781-792).

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Carlos Alberto Messias de Lima, Henrique Rafael de Oliveira e Suzana Almeida Rodrigues como incursos nas penas do art. 171, *caput*, c.c. art. 29, e 288, *caput*, todos do Código Penal, porque, segundo narrou na inicial acusatória:

> *"[...] no dia 12 de janeiro de 2012, por volta das 13h00m, na Rua Pernambuco, próximo ao número 670, Monte Castelo, nesta capital, os denunciados Carlos Alberto Messias de Lima, Henrique Rafael de Oliveira, Suzana Almeida Rodrigues e um quarto indivíduo identificado apenas como 'Wanderlei dos Santos' previamente associados para o fim de obterem para eles, vantagem ilícita, no valor de R$3.800,00 (três mil e oitocentos reais), induzindo em erro, através de artifício, a vítima Luzinete Neves de Torres.*
>
> *Infere-se nos autos, que na data mencionada, o denunciado Carlos Alberto Messias de Lima, previamente ajustado com os denunciados Henrique Rafael de Oliveira e Suzana Almeida Rodrigues, abordou a vítima Luzinete Neves de Torres, e alegando ser analfabeto disse que havia ganhado um bilhete de loteria que estaria premiado, sendo que neste momento a denunciada Suzana Almeida Rodrigues, simulando ser uma pessoa desconhecida do denunciado, ouviu a conversa e também passou a 'auxiliar' o falsário.*
>
> *Destarte, a denunciada Suzana, que se apresentou como Solange, fingiu que foi a uma lotérica conferir o jogo, e quando retornou disse que o bilhete estava realmente premiado, no valor de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Desta forma, o denunciado Carlos Alberto alegou que estava sem documentos e pediu o auxílio da vítima e de sua comparsa para retirar o prêmio, porém solicitou uma garantia em dinheiro às duas, dizendo que se conseguisse resgatar o prêmio, entregaria a cada uma delas a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais).*
>
> *Por conseguinte, a denunciada Suzana alegou que iria a uma Garagem de Veículos que seu marido seria o proprietário, e que entregaria certa quantia como garantia, e ao retornar apresentou uma bolsa na qual afirmou conter R$ 18.000,00 (dezoito mil reais).*
>
> *Posteriormente foi a vez de a vítima apresentar certa quantia como garantia. Então, Luzinete foi até sua agência bancária da Caixa Econômica Federal do Fórum, em companhia da denunciada, e sacou a quantia de R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais). Desta feita, a denunciada abriu a bolsa da vítima, subtraiu a referida quantia e evadiu-se do local."*

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (f. 678-693) julgando parcialmente procedente a denúncia, a fim de condenar Carlos Alberto Messias de Lima às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, em regime semiaberto, pela prática do crime capitulado no art. 171, *caput*, do

Código Penal, absolvendo Henrique Rafael de Oliveira da imputação de estelionato e a ambos do acusação de associação criminosa, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Foi extinta a punibilidade de Suzana Almeida Rodrigues, em razão da morte da acusada, com fundamento no art. 107, I, do Código Penal.

Inconformado com a condenação Carlos Alberto Messias de Lima interpõe o presente recurso de apelação, com o qual pretende sua absolvição por insuficiência de provas, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a diminuição da pena-base para o mínimo legal e o abrandamento do regime prisional (f. 716-720).

Em contrarrazões, o *Parquet* pediu a manutenção integral da sentença condenatória (f. 724-739).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, manifesta-se pelo parcial provimento do apelo defensivo, apenas para que seja decotada da dosimetria da pena-base a circunstância judicial referente à personalidade (f. 781-792).

Passa-se à análise do recurso.

Materialidade e a autoria do delito restaram devidamente comprovadas pelas provas coletadas no curso da persecução penal.

A autoria, por sua vez, é certa e recai sobre a pessoa do acusado.

A corré Suzana Almeida Rodrigues confessou a prática delitiva na fase investigativa, oportunidade em que narrou, com riqueza de detalhes, que praticava golpes do "bilhete premiado" juntamente com o apelante, veja-se (f. 21-23):

> *"(...) que, encontra-se presa no presídio Feminino de Campo Grande desde o dia 25/01/13, quando foi presa em flagrante após ter praticado estelionato consistente no 'bilhete premiado' pela DERF; que, informa que já foi presa em outras cidades do Brasil pelo mesmo modus operandi e que em sua cidade Rio Claro/SP a interrogando não atua criminosamente; que, a interrogando informa que esteve nesta Capital no ano de 2011, onde praticou o golpe do bilhete premiado contra duas ou três vitimas, mas não consegue lembrar delas; que, foram embora para outros locais e depois retornaram em janeiro de 2013, quando novamente aplicaram o mesmo golpe, porém quando já havia praticados golpes em três vitimas foram presos pela DERF; que, a interroganda afirma que nas duas oportunidades em que esteve nesta Capital praticou o crime consistente no gole do bilhete premiado com os mesmos coautores de nomes Carlos Alberto Messias de Lima, Henrique Rafael de Oliveira, os quais são da cidade de Rio Claro/SP, onde se conheceram; que, realmente a interrogando informa que uma das modalidades de golpe, consistia em um dos integrantes da quadrilha, se passando por analfabeto, abordar uma suposta vitima perguntando sobre certo endereço, quando a vitima passava a explicar e então o golpista já contava uma estória de que havia comprado roupas de um senhor e como não tinha troco lhe repassava um bilhete da mega sena, o qual depois diziam que era premiado; que, nesse ínterim, geralmente a interroganda, chegava outro integrante da quadrilha para ajudá-los, e então o tal senhor diz ser analfabeto e que estava em poder de um bilhete premiado, então a interroganda fingia que ia até uma lotérica e depois retornava dizendo que realmente era premiado em 2 milhões de reais; que, o tal senhor dizia que precisava de ajuda para sacar o dinheiro, bem como pedia uma garantia em dinheiro para que pudesse confiar nas pessoas, então a interroganda fingia que ia até um local, onde supostamente pegava dinheiro e depois mostrava o pacote de dinheiro contendo cédulas falsas que estavam no interior de sua bolsa para a vítima e para aquele senhor (golpista também); que, no bloco de notas falsas existem notas verdadeiras em cima e embaixo, justamente para enganar a vítima; que, ato continuo, é a vez da vitima apresentar os valores que possui em sua conta bancária, quando então pede que a vitima se dirija até sua agência e saque o dinheiro que diz ter disponível como prova de confiabilidade, já que posteriormente irão ficar com um percentual do bilhete tido como premiado; que, assim que a*

vitima lhe repassa os valores por ela sacados, a interroganda lhe repassa o bilhete premiado (falso) e vai embora com o dinheiro produto de estelionato; que, a interroganda informa que sempre atua de forma educada, meiga e prestativa; (...); que, somente atua na modalidade de bilhete premiado; que, tem por preferência que a vitima apresente dinheiro em espécie; que, o dinheiro obtido é dividido igualitariamente entre os integrantes da quadrilha; que, vieram para esta Capital com o veiculo GM Vectra de cor cinza, não sabendo as placas, sendo que nesta Capital permanecem hospedados no Hotel Galli situado na Av. Afonso Pena, centro; (...)".

Malgrado a corré Suzana tenha se retratado em juízo (arquivo audiovisual de f. 471), a confissão e delação feitas na fase do inquérito foram confirmadas pelo conjunto probatório amealhado nos autos e é suficiente para fundamentar a condenação de Carlos Alberto pelo crime narrado na inicial acusatória, o qual, inclusive, confessou em juízo que, embora não se recordasse do caso específico, veio até esta Capital a fim de aplicar golpes conhecidos do "bilhete premiado".

Interrogado em audiência, declarou que (arquivo audiovisual de f. 471):

(...).

Juiz: (...). O senhor foi para Campo Grande fazer o que? Com que objetivo?

Réu: Fazer uma viagem para lá. O objetivo era esse intuito mesmo, praticar lá na época.

Juiz: Praticar?

Réu: O golpe do bilhete premiado.

Juiz: Então o senhor foi la para praticar essa fraude?

Réu: Cheguei lá mais ou menos pelo dia 14, mais ou menos nessa época.

Juiz: E o senhor foi sozinho ou foi acompanhado?

Réu: Eu fui acompanhado. (...).

Juiz: (...). Quem acompanhou o senhor?

Réu: Daqui foi eu, o Henrique Rafael e a Suzana. Nós saímos daqui no dia 14 'de manhã cedo' chegamos no dia 14 a tarde.

(...).

Juiz: O senhor já tinha praticado com eles esses golpes antes?

Réu: Não. Viajamos para lá a primeira vez para praticar isso ai.

Juiz: Quem teve a ideia de praticar esse golpe lá?

Réu: A gente senta conversa e vamos. (...).

Juiz: Os senhores se hospedaram onde? (...).

Réu: Nos hospedamos em um hotel que tinha lá.

Juiz: Todos se hospedaram juntos?

Réu: No mesmo hotel.

Juiz: O senhor lembra o nome do hotel?

Réu: Recordaria se seria o nome 'GALE' o nome do hotel?

Juiz: Acho que sim.

(...).

Réu: Os senhores foram abordados no próprio hotel pela polícia?

Juiz: No próprio hotel.

(...).

Juiz: O senhor foi exibido a alguém para fazer o reconhecimento?

Réu: Fomos sim. 'Puseram' a gente, nós três só, em uma 'celinha' lá e disseram que era para reconhecimento. (...) (f. 471 - 00min20seg à 07min14seg).

As informações acima mencionadas restaram corroboradas pelo teor do depoimento prestado pela vítima Luzinete Neves de Torres, a qual esclareceu que foi abordada pelos acusados Carlos e Suzana, sendo que Carlos falou que tinha um bilhete de loteria premiado para resgatar na agência da Caixa Econômica Federal, no entanto, não tinha documentos para proceder o resgate do mesmo solicitando auxílio à mesma (f. 252).

Ainda, que nesse momento chegou a acusada Suzana e ardilosamente saiu dali para supostamente ir até a lotérica "conferir" os números do bilhete, voltando em seguida confirmando que era premiado o bilhete.

Assim, o acusado Carlos informou que queria uma garantia de ambas para resgatar o premio, bem como, que para tanto daria uma recompensa em dinheiro para ambas, tendo a acusada Suzana saído dali e voltado com uma bolsa contendo, supostamente R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), ao passo que a vítima foi até o banco e sacou aproximadamente R$3.800,00 (três mil e oitocentos reais) em dinheiro e que, após informar isso aos acusados, a acusada Suzana encostou a vítima na parede, abriu a bolsa da vítima e pegou a quantia acima mencionada, fugindo com o acusado Carlos (f. 252).

Por fim, esclareceu que após ver uma reportagem televisa sobre estelionatários presos, reconheceu a acusada Suzana Almeida Rodrigues como sendo a pessoa que lhe pegou o dinheiro sacado (f. 252)".

A vítima Luzinete Neves de Torres declarou em audiência que na ocasião dos fatos foi abordada por um indivíduo que alegava morar em fazenda e precisar de ajuda de "*uma pessoa que tivesse documento e soubesse ler*". Esclareceu ter sido enganada por ele e pela corré, nos termos narrados na denúncia. Acrescentou ter tido um prejuízo de R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais). Por fim, afirmou ter feito o reconhecimento fotográfico positivo na Delegacia de Polícia após a prisão da quadrilha (arquivo audiovisual de f. 252).

No mesmo sentido o depoimento judicial prestado por Fábio Peró Correa Paes, Delegado de Polícia (arquivo audiovisual de f. 342), e pelos investigadores José Antônio Pereira da Silva, Osmar Dórico de Souza (arquivos audiovisuais de f. 226-227) e Gilberto Santana Neto (arquivo audiovisual de f. 342), que atuaram na prisão em flagrante.

Desponta dos elementos de prova ser impositiva a manutenção da condenação de Carlos Alberto Messias de Lima pela prática do crime de estelionato.

No ponto, consigno que o entendimento jurisprudencial confere especial relevância à palavra da vítima, desde que a narrativa seja coerente e clara, como sucedeu no caso em estudo.

A propósito do assunto, veja-se o precedente:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO –* ***ESTELIONATO – GOLPE DO BILHETE PREMIADO*** *– MÉRITO. A prova colhida no feito não deixa dúvidas quanto à materialidade e à autoria do delito, eis que o réu, juntamente com indivíduo não identificado, ludibriou a vítima, induzindo-a em erro, utilizando o conhecido golpe do bilhete premiado. A vítima sacou R$29.800,00 e entregou essa quantia aos estelionatários. Quando realizava mais um saque de R$5.000,00, foi alertada pela funcionária do banco, que desconfiou da fraude. O réu e o comparsa fugiram do local. Palavra da vítima.* ***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.*** *Reincidência (ART. 61, I, DO CP). Agravante mantida. É constitucional o aumento pela agravante da reincidência, tratando-se de um critério especial para a individualização da pena imposta pela prática de novo crime pelo acusado. Apenamento. Redimensionado, por maioria. Pena de multa. Reduzida, em atenção aos arts. 49 e 60, caput, do CP, por maioria. Apelação provida em parte, por maioria".* (Apelação Crime Nº 70075353367, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 28/06/2018, destaques não originais)

No panorama apresentado, resta evidente o dolo do apelante em obter a indevida vantagem econômica em prejuízo da vítima, motivo pelo qual mantenho a condenação nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal.

Subsidiariamente, pleiteia a Defesa a diminuição da pena para o mínimo legal.

Para melhor conhecimento da matéria, transcrevo excerto da fundamentação utilizada pelo sentenciante para fixar a pena basilar em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, *in verbis* (f. 689-691):

> *1ª Fase – Circunstâncias Judiciais*
>
> *Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e obedecido o critério trifásico, fixo as penas em relação ao acusado Carlos Alberto Messias de Lima.*
>
> *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 o acusado não possui contra si proferida qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado, logo, deve ser considerado de 'bons antecedentes'.*
>
> *As circunstâncias do crime* extrapolam ao normal do tipo penal, posto que deve ser considerado que se trata de crime cometido em concurso de agentes, com divisão de tarefas, situação que aumenta consideravelmente a probabilidade de consumação do crime.
>
> *A consideração do concurso de agentes como circunstância judicial é justificada também no fato da legislação penal outorgar maior reprovação penal ao crime cometido em concurso de agentes, tanto que prevê causa de aumento de pena para o crime cometido em concurso de agentes (art. 157, § 2º, II, do Código Penal) e prevê figura penal qualificada para o crime de furto cometido em concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV, do Código Penal).*
>
> *As consequências do crime extrapolam o normal ao tipo penal, haja vista o prejuízo causado à vítima, a qual até a presente data não conseguiu se recompor do golpe estelionatário sofrido.*
>
> *O comportamento da vítima não tem relevância na fixação das penas. A culpabilidade é normal ao tipo penal.*
>
> *O acusado denota personalidade desajustada para vida em sociedade, visto que adotou a prática de ardis desse jaez como meio de vida, como se vê da lista de distribuições criminais e do teor do seu próprio interrogatório, quando admite ter praticado fato semelhante anteriormente (f. 646-647 e 655-657).*

Em tal contexto, as circunstâncias judiciais não são plenamente favoráveis ao acusado, de modo que as penas bases devem ser fixadas no mínimo legal.

Embora inexista um critério legal para valoração de tais circunstâncias no momento do estabelecimento da pena base, para que se imprima objetividade nessa operação, atento ao escólio de Ricardo Augusto Schmitt, que é respaldado pela jurisprudência (11), existindo 08 (oito) circunstâncias judiciais, deve-se obter a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas e, a cada circunstância negativa, sobre tal montante deve-se imprimir uma majoração de 1/8 (um oitavo) na pena mínima.

No crime de estelionato, a pena mínima cominada é de 01 (um) ano e a máxima é de 05 (cinco) anos de reclusão, logo, existe uma diferença de 04 (quatro) anos ou 48 (quarenta e oito) meses entre as mesmas, de modo que 1/8 (um oitavo) corresponde a 06 (seis) meses, logo, cada circunstância judicial negativa resultará no acréscimo de tal montante à pena base.

Diante do exposto, tendo em vista a existência de três circunstâncias judiciais negativas, fixo as penas bases em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

2ª Fase – Atenuantes e Agravantes

Na segunda fase da fixação da pena, não existem elementos a serem considerados.

3ª Fase – Causas de Diminuição e Aumento de Pena

Na terceira fase da fixação da pena, ante a inexistência de elementos a serem analisados, torno as reprimendas definitivas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à míngua de outros elementos que influenciem na sua fixação.

Tendo em vista a situação econômica do acusado, 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".

A toda evidência, as circunstâncias do crime mostram-se desfavoráveis ao réu, tendo em vista o *modus operandi* do estelionato, por ele cometido em concurso de agentes, mediante organização e divisão de tarefas, o que revela maior reprovabilidade da conduta e necessidade de recrudescer a pena basilar.

Como bem asseverou o ilustre Procurador de Justiça: " [...] *o fato do réu ter agido em concurso de pessoas emprestou maior credibilidade à fraude, dificultando a percepção da vítima quanto ao golpe, constituindo plus na reprovabilidade da sua conduta, e, portanto, servindo para o recrudescimento da pena básica.*" (*sic*, f. 789).

No tocante à personalidade, observa-se que a fundamentação utilizada pelo julgador não aponta, concretamente, nenhuma peculiaridade apta a negativar tal vetorial, o que impede sua utilização para desfavorecer ao réu.

A Segunda Seção Criminal, em julgamento de embargos infringentes de relatoria do Des. Jairo Roberto de Quadros considerou neutra a aludida vetorial, decotando o aumento respectivo da pena basilar:

"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO – MODULADORAS DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE – MAL SOPESADAS – DECOTADAS – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – CONTRA O PARECER, RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não havendo apontamento de qualquer situação concreta que justifique a valoração negativa da conduta social e personalidade do acusado, devem tais moduladoras serem tidas como neutras, com o consequente redimensionamento da pena.

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".[1]

Importante ressaltar que valorações meramente genéricas, subjetivas ou concernentes à moduladora diversa, máxime quando vai de encontro ao enunciado da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, não são idôneas a justificar a exasperação da pena basilar.

Aliás, como recentemente assentou a Corte Especial de Justiça[2]:

"A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social)".

Soma-se o fato de o próprio julgador *a quo* ter reconhecido a inexistência de condenações anteriores com trânsito em julgado e neutralizado os antecedentes criminais.

De outro vértice, o elevado valor do prejuízo sofrido pela vítima, R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais), extrapola a elementar do tipo do estelionato e justifica o desvalor das consequências do crime.

Assim, as circunstâncias e as consequências do crime permanecem como desfavoráveis ao réu, mas a vetorial correspondente à personalidade deve ser neutralizada.

No que tange ao *quantum* de exacerbação, sabe-se que tal deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nesse caminho, segundo critério sugerido pela doutrina[3] e consagrado parâmetro jurisprudencial[4], para cada circunstância judicial desfavorável, deve incidir o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito, o que corresponde a 06 meses para o estelionato, consoante consta na sentença.

Por corolário, passo ao redimensionamento respectivo:

Na primeira fase, tendo em vista a permanência das moduladoras negativas correspondentes às circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa. Na segunda etapa, inexistem agravantes e atenuantes. Na terceira fase, não há causas de aumento e diminuição a serem computadas, motivo pelo qual torno definitiva a reprimenda em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tendo em vista que não restaram preenchidos os requisitos para a benesse, nos termos do art. 44, III, do CP.

Diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, revela-se mais adequado o regime semiaberto para início do cumprimento de pena, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

No que tange aos prequestionamentos, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

1 Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0013283-87.2017.8.12.0001/50000, 2ª Seção Criminal, 11 de abril de 2018.
2 EAREsp 1.311.636-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por maioria, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019.
3 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**: teoria e prática. 8. ed. Editora Podium, p.129.
4 STF, AP: 470 MG, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 05/09/2013, Tribunal Pleno, publicado em 10/10/2013.

Pelo exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, a fim de diminuir a reprimenda do apelante para 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, diante da neutralidade da circunstância judicial relativa à personalidade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 15 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Desª Elizabete Anache
Apelação Criminal nº 0063591-40.2011.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO DETRAN/MS – PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – REJEITADA – MÉRITO-PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL – ATENUANTE DA CONFISSÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Apesar do fato ter ocorrido em 2005, não há prescrição da pretensão punitiva estatal entre a data do fato e a publicação da sentença condenatória, em razão da contagem dos prazos entre marcos interruptivos do artigo 117, do Código Penal.

"*Admite-se a condenação de particular pelo delito do art. 313-A do Código Penal, pois incide o art. 30 do Código Penal e por força do princípio da especialidade* (STJ, RHC nº 65.312, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06.09.16; TRF da 3ª Região, ACr nº 2005.61.05.009795-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 07.12.15; TRF da 3ª Região, ACr nº 2003.61.04.000981-8, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, j. 31.03.14). (TRF 3ª R.; ACr 0003983-34.2013.4.03.6110; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. André Custódio Nekatschalow; DEJF 26/03/2019)"

Reduzida a pena-base ao mínimo legal por falta de fundamentação idônea para a exasperação, em especial, pelas condenações do agente serem por fatos posteriores.

Reconhece-se a atenuante da confissão, uma vez que serviu de fundamentação para a mantença da condenação.

Com a redução da pena ao mínimo legal (2 anos de reclusão), fica extinta a punibilidade do agente, em virtude da prescrição, na modalidade retroativa, por ter transcorrido lapso superior a 4 anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

APELAÇÃO CRIMINAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO DETRAN/MS PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – REJEITADA – MÉRITO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL – PRESCRIÇÃO RETROATIVA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Inviável o acolhimento da pretensão da extinção da punibilidade por concessão de indulto humanitário, pois tal pretensão colide com as demais teses defensivas arguidas no recurso.

Comprovada a materialidade e autoria do delito descrito no artigo 313-A, do Código Penal, resta mantida a condenação da agente.

Opinião pessoal do julgador sobre a conduta da agente e elementos vagos, utilizados de forma uniforme não se prestam para exasperar a pena-base, por violar frontalmente o princípio da individualização da pena.

Reduzida a pena definitiva para 2 de reclusão reconhece-se, de ofício, a extinção da punibilidade da agente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade, uma vez que entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória transcorreram mais de 4 anos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos. De ofício julgar extinta a punibilidade dos apelados, em razão da ocorrência da prescrição.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

Desª Elizabete Anache – Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

O Ministério Público Estadual denunciou Gisele Cabral de Souza e Valdir Luís de Lima pela prática do delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, porque a primeira denunciada, servidora pública, em 19 de setembro de 2005, inseriu dados falsos do segundo denunciado no sistema de informações do Detran/MS, como se o mesmo tivesse sido habilitado para conduzir veículo automotor na categoria AB, simulando um número de PGU inexistente.

A denúncia foi julgada procedente (f. 465-468) sendo Gisele Cabral de Souza condenada à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 150 dias-multa, e Valdir Luís de Lima condenado à pena de 3 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 50 dias-multa pela prática do delito descrito no artigo 313-A, do Código Penal.

Valdir Luís de Lima recorre às f. 504-509.

Suscita, preliminarmente, a preliminar de extinção de sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa. No mérito, aponta que o delito tipificado no artigo 313-A, do Código Penal somente pode ser praticado por servidor público, sendo que, no caso concreto, o enquadramento legal correto é do artigo 299, do Código Penal, estando, igualmente extinta a punibilidade pela prescrição.

Ao final requer que:

> *"(...) seja o presente apelo conhecido e provido para, em se reformando a r. sentença de f. 465-478 dar nova tipificação ao fato delituoso descrito na denúncia (artigo 313-A do Código Penal) para o previsto no artigo 299 do mesmo Diploma Legal, fixando-se a pena em seu mínimo legal, possibilitando que o apelante inicie o cumprimento da pena em regime aberto e/ou substituída por restritivas de direitos. Caso mantida ou reformada a r. sentença de f. 465-478, requer seja o presente apelo conhecido e provido para reconhecer e decretar a ocorrência da prescrição retroativa, extinguindo-se a punibilidade de Valdir Luis de Jesus, com fundamento no artigo 107, inciso IV; 109, inciso IV e art. 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal Brasileiro".*

Recurso de Gisele Cabral de Souza, às f. 513-526.

Requer, preliminarmente, o benefício do indulto humanitário, conforme decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande - MS, nos Autos de nº 0032107- 31.2016.8.12.0001, por ser portadora de doença degenerativa (esclerose múltipla).

No mérito, afirma que não há provas que amparem a condenação, sendo que a senha para acessar o sistema pode ter sido utilizada por qualquer pessoa. Caso mantida a condenação, entende que a pena-base deve ser reduzida, pois exasperada de forma inidônea e extinta a punibilidade pelo advento da prescrição.

Ao final, requer:

"(...) Primeiramente, seja a preliminar julgada procedente, com a finalidade de conceder à recorrente o benefício do indulto humanitário declarando extinta à punibilidade da recorrente. - Caso Vossa Excelências não entendam que seja devido à concessão do indulto humanitário à recorrente, requer à absolvição da mesma por ausência de prova da autoria delitiva, por força do princípio in dubio pro reo, sustentando que na dúvida o réu deve ser absolvido - Subsidiariamente, não entenda esta Colenda Câmara pela absolvição da recorrente, que seja a pena-base fixada no mínimo legal, qual seja 2 anos de reclusão, entendendo não existirem circunstancias atenuantes e nem agravantes, que seja portanto fixada condenação de 2 anos de reclusão. - Por fim, seja decretada a prescrição da pretensão punitiva com fulcro no artigo 109, V do Código Penal, extinguindo a punibilidade da apelante". Documentos de f. 527-534.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual, às f. 538-558, pelo provimento do recurso de Valdir Luís de Lima para modificar o tipo penal referente à conduta praticada pelo apelante, redimensionar a pena-base fixada e reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, bem como para conceder à recorrente Gisele Cabral de Souza o benefício do indulto humanitário.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 585-586 para prover parcialmente o apelo de Gisele Cabral de Souza e Valdir Luís de Lima para reduzir a pena ao mínimo legal, fixar o regime prisional inicial aberto e declarar extinta a punibilidade em virtude da prescrição.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelos interpostos por Gisele Cabral de Souza e Valdir Luís de Jesus contra a sentença de 1º grau que os condenou pela prática do delito descrito no artigo 313-A, do Código Penal.

Consta nos autos que o Ministério Público Estadual denunciou Gisele Cabral de Souza e Valdir Luís de Lima pela prática do delito de inserção de dados falsos em sistema de informações porque a primeira denunciada, funcionária do Detran-MS, em 19 de setembro de 2005, inseriu dados falsos no sistema de informações em nome do segundo denunciado, como se ele tivesse sido habilitado para conduzir veículo automotor na categoria AB, simulando um número de PGU (prontuário geral único) inexistente.

A denúncia foi julgada procedente (f. 465-468) sendo Gisele Cabral de Souza condenada à pena de 5 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 150 dias-multa, e Valdir Luís de Lima condenado à pena de 3 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 50 dias-multa, pela prática do delito descrito no artigo 313-A, do Código Penal.

Por ordem de prejudicialidade, passo à análise das preliminares arguidas.

Extinção da punibilidade

Da prescrição

Suscita, preliminarmente, a defesa técnica de Valdir preliminar de extinção de sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa.

Nos autos temos o seguinte:

Valdir foi denunciado pela prática do delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, fato ocorrido em 19 de setembro de 2005 (f. 02).

A denúncia foi recebida em 29 de agosto de 2012 (f. 186-188).

A sentença condenatória foi publicada em 19 de outubro de 2018 (f. 479).

De acordo com o artigo 109 do Código Penal, com a redação vigente à época dos fatos:

> *"Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro)."*

No caso concreto, verifica-se que entre a data do recebimento da denúncia em 29 de agosto de 2012 (f. 186-188) e a publicação da sentença condenatória em 19 de outubro de 2018 (f. 479), não transcorreu lapso temporal de 8 anos.

Frise-se que não há prescrição contada da data do fato de forma ininterrupta até a data da sentença, como entende a defesa técnica, uma vez que devem ser considerados os marcos interruptivos do artigo 117, do Código Penal.

Desta forma, rejeito a preliminar arguida.

Do indulto

Requer Gisele, preliminarmente, a extinção de sua punibilidade em razão da concessão do indulto humanitário, nos moldes de decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande - MS, nos Autos de nº 0032107- 31.2016.8.12.0001, por ser portadora de doença degenerativa (esclerose múltipla).

De acordo com a Súmula 631, do STJ - "*O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais*".

No caso concreto, não há possibilidade de acolhimento da preliminar, por colidir com as demais teses defensivas.

Com efeito. A defesa técnica de Gisele entende que não há provas que amparem a condenação e, ainda, caso seja mantida, a pena deve ser reduzida ao mínimo legal e extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição.

Desta forma, acolhida a pretensão de Gisele no mérito, referido processo não gerará nenhum efeito penal, bem como, o acolhimento de uma das teses arguidas eliminará qualquer registro criminal negativo em relação a este processo da Folha de Antecedentes de Gisele.

Caso concedido o indulto humanitário, a condenação transitará em julgado, com os todos os seus efeitos, inclusive, a reincidência.

Assim, rejeito a preliminar arguida.

Passo à análise do mérito.

Da absolvição

Extrai-se da denúncia (f. 01-04) que no dia 19 de setembro de 2005, por volta de 15h30, na sede do Detran/MS, em Campo Grande-MS, Gisele Cabral de Souza, funcionária da referida autarquia, através de sua matrícula de uso exclusivo, AE372065, inseriu dados falsos no sistema informatizado, cadastrando o PGU nº 132918579, inexistente fisicamente, em nome de Valdir para que este obtivesse vantagem indevida, consistente em receber habilitação para dirigir veículo automotor sem passar pelo processo regular de emissão.

Este é mais um dos casos envolvendo Gisele na prática do delito descrito no artigo 313-A, do Código Penal.

Conforme esclareceu Dante Carlos Vignoli, em juízo, Gisele era coordenadora do sistema à época dos fatos, possuindo uma senha diferenciada, pessoal e intransferível, com nível de acesso superior, podendo alterar dados. Desconhece a utilização de senha pessoal por terceiros (f. 241-245).

Sidnei Alberto, Delegado da Polícia Civil, em juízo (f. 247-250), narrou que à época dos fatos Gisele trabalhava no setor ligado à emissão de carteiras de habilitação. Disse que houve um caso em que um menor (mirim) utilizou a senha de uma servidora.

Na fase judicial, Aline Gonçalves Sinnott Lopes, Delegada da Polícia Civil, narrou que algumas pessoas reconheceram Gisele, que exercia função de chefia, como a pessoa que intermediou a compra, ou então, que atuou de alguma forma na negociação ou fraude. Expôs que não foi identificada outra pessoa que tenha utilizado a senha pessoal e intransferível de Gisele (f. 251-256).

Em juízo, André Luiz da Costa Pacheco (áudio disponível na origem), afirmou que foi corregedor do Detran quando Gisele não era mais funcionária, sendo que fizeram diversos procedimentos administrativos contra a apelante e ouviram várias pessoas que compraram CNHs de forma fraudulenta, mediante pagamento. Disse que Gisele usava PGUs de pessoas inexistentes ou que transferiram para outros Estados e montava com os dados das pessoas que adquiriram a CNH, fazendo a inserção da numeração normal do Detran, e, assim, o documento era expedido normalmente. Esclareceu que a Corregedoria do Detran-MS é única e vários policiais se deslocaram para o interior para investigação dos fatos e chegaram à pessoa de Gisele através da utilização senha, que foi passada pelo setor de informática. Expôs que há várias pessoas analfabetas que obtiveram habilitação de forma fraudulenta e os processos Renach destas CNHs irregulares eram inexistentes dentro do Detran. Contou que, pelo que sabe, nas férias a senha não é suspensa.

Na fase judicial, Gisele (áudio disponível na origem) negou ter praticado o delito descrito na denúncia e que na data dos fatos estava de férias, conforme documento de f. 50 do processo, sendo que a denúncia está errada, pois os fatos ocorreram em 19/12/2005, sendo que alguém de posse de sua senha fez a inserção dos dados. Expôs não conhecer Jair e Valdir, sendo que à época dos fatos era chefe do setor responsável pela emissão de CNH do interior. Afirmou que não há nos autos o IP da máquina em que ocorreu o delito para melhor apuração e vários funcionários do Detran-MS tiveram a senha utilizada indevidamente. Entende que no período de férias a senha deveria ser suspensa pelo Detran.

Valdir, em juízo, narrou que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros. Contou que não tinha como obter a CNH por ser analfabeto e que pagou R$ 500,00 para Jair para conseguir o documento. Disse que a CNH tinha validade por 7 meses e Jair o orientou a procurar Detran no vencimento, sendo que foi até Miranda-MS e foi informado que o documento era "frio", não sendo possível a renovação. Afirmou que desconhecia a falsidade documental e Jair se apresentava como funcionário do Detran.

Não há razões para absolvição.

Apesar do erro material na data da denúncia, por ter a inserção de dados ocorrido em 19 de dezembro de 2005 (f. 60), não há razões para absolvição.

No caso comprovado por meio de relatório técnico anexado nos autos e confirmado por prova colhida na fase judicial de que a inserção de dados, qual seja, o cadastro de PGU inexistente fisicamente ocorreu com senha pessoal e intransferível de Gisele, então servidora comissionada do Detran/MS, não havendo prova documental de que: estava de férias à época dos fatos; não frequentou as dependências do Detran/MS.

Oportuno observar que Gisele trabalhava na sede do Detran/MS em Campo Grande-MS e responde por mais de vinte processos similares, pelo suposto cometimento do mesmo delito, sendo que diversas pessoas que adquiriram a CNH por meio fraudulento residem no interior, ou seja, não é pressuposto para a prática delitiva que ela conhecesse Valdir.

Outrossim, acerca das argumentações tecidas no sentido de que à época dos fatos houve diversos episódios de furto de senha dos usuários do Detran/MS, inexiste prova a respeito de tal situação, uma vez que relatado um único fato isolado por Delegado de Polícia, na fase judicial.

Alega ainda a defesa técnica de Valdir que somente servidor público pode ser processado e condenado pela prática do delito descrito no artigo 313-A, do Código Penal.

Verifica-se que, no caso concreto, Valdir de fato pagou para obter sua CNH sem se submeter aos exames de praxe.

Portanto, no caso, resta caracterizado o concurso de pessoas na prática do crime previsto no artigo 313-A do Código Penal e, desta forma, Valdir, particular que praticou a conduta de forma livre e consciente, em conluio com o servidor público, para obter vantagem ilícita, através de inserção de dados falsos no sistema do Detran-MS, responde pelo referido delito como coautor.

Desta forma, aplica-se o artigo 30, do Código Penal.

Atente-se que apesar de Valdir negar conhecer Gisele, pagou a quantia para Jair, acreditando que este fosse funcionário do Detran.

Aliás:

> *"(...) Reconhecido o concurso de pessoas na prática do crime previsto no art. 313-A do CP, o particular que pratica a conduta de forma livre e consciente, em conluio com o funcionário público na obtenção de vantagem ilícita, deve responder pelo crime funcional com o coautor ou partícipe."* (TRF 3ª R.; ACr 0001703-96.2009.4.03.6121; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nino Toldo; DEJF 03/04/2019)

> *"Admite-se a condenação de particular pelo delito do art. 313-A do Código Penal, pois incide o art. 30 do Código Penal e por força do princípio da especialidade (STJ, RHC nº 65.312, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06.09.16; TRF da 3ª Região, ACr nº 2005.61.05.009795-6, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 07.12.15; TRF da 3ª Região, ACr nº 2003.61.04.000981-8, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, j. 31.03.14)"*. (TRF 3ª R.; ACr 0003983-34.2013.4.03.6110; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. André Custódio Nekatschalow; DEJF 26/03/2019)."

Passo ao exame da dosimetria da pena.

Valdir

Constou na pena-base o seguinte para Valdir (f. 476):

> *"(...) A sua culpabilidade é normal a espécie; os antecedentes não são bons, posto a existência de outro processo e condenação criminal; sua conduta social é reprovável, vez que o crime é parte do seu modo de vida; fato este que demonstra ter personalidade propensa a pratica criminosa, pois dotado de periculosidade e perseverante na pratica delituosa, e, também, evidencia a insensibilidade moral, face ao potencial lesivo da conduta; que o motivo e as circunstâncias são normais a espécie; que as consequências são graves, posto que causou perigo a vida alheia em decorrência da ausência de capacidade para conduzir veículos (resultado não é elemento do tipo penal); 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 03 (três) anos de reclusão e pena de multa de 50 (cinquenta) dias-multa".*

Em relação à pessoa de Gisele, foram exasperados os mesmos vetores na pena (f. 477):

> *"(...) os antecedentes não são bons, posto a existência de outros processos e condenações criminais; sua conduta social é das mais reprovável, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão; fato este que demonstra ter personalidade acentuadamente propensa a pratica criminosa, pois dotada de periculosidade e perseverante na pratica delituosa, e, também, evidencia a insensibilidade moral, face ao potencial lesivo da conduta; que o motivo, estimulo primário da conduta, é injustificável, vez que em vez de dedicar-se unicamente ao trabalho honesto para prover a sua subsistência, buscou auferir rendimentos as custas de*

riscos a vida alheia; [...] que as consequências são graves, posto que causou perigo a vida alheia em decorrência da ausência de capacidade do outro acusado para conduzir veículos (resultado - não é elemento do tipo penal)".

Referidas penas foram exasperadas sem fundamentação inidônea, com base na opinião do julgador singular sobre a conduta dos agentes e sem qualquer elemento concreto.

Como exposto pelo Procurador de Justiça Alexandre Lima Raslan, às f. 575-576:

"(...) Ocorre que nenhuma das circunstâncias judiciais sopesadas desfavoravelmente possui idoneidade para elevar a pena-base dos apelantes.

Ora, a argumentação genérica de que os apelantes ostentam personalidade 'acentuadamente propensa a pratica criminosa, pois dotado de periculosidade, e, também, evidencia a insensibilidade moral para com a vítima, posto o potencial lesivo da conduta', bem como que possui conduta social reprovável porquanto 'faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão', não são suscetíveis de valoração negativa, especialmente quando não possuem qualquer supedâneo em circunstâncias concretas. Inclusive, nesse sentido está assentado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 356.027. Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Julgamento: 6.10.2016). Do mesmo modo, no tocante aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, não foram produzidos elementos suficientes para demonstrar a superior reprovabilidade das referidas circunstâncias judiciais, de modo que, no caso concreto, tais não extrapolaram o normal ao tipo penal. Assim, também não há como considerá-las desfavoráveis.

Com relação aos antecedentes, a apelante Gisele Cabral de Souza, apesar de possuir extensa folha de antecedentes criminais, nenhum dos processos é passível de configurar maus antecedentes, na medida em que, na data da prática dos fatos em apreço (19.12.2005), não possuía nenhuma sentença condenatória transitada em julgado (f. 382-412). Da mesma forma, o apelante Valdir Luis de Jesus não possui nenhuma condenação anterior aos fatos em comento (f. 413-414).

Não há fundamentação idônea que sustente a pena-base definida na sentença".

Observe-se que Valdir registra condenações por fatos posteriores, ocorridos em 19 de dezembro de 2015 e 4 de junho de 2016 (Autos nº 0000088-27.2016.8.12.0015 e nº 0001281-77.2016.8.12.0015) e não há registro de que tenha se envolvido com qualquer ocorrência de crime no trânsito.

Desta forma, reduzo a pena-base de Valdir para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão, mas deixo de aplicá-la, por já estar a pena no mínimo legal. Ausentes agravantes.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e aumento de pena, fica esta definitivamente fixada em 2 anos de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, e 10 dias multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Fica a pena-base de Gisele reduzida para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, pena que torno definitiva à míngua de outros elementos a modificá-la, destacando que, também em relação a ela, não está caracterizada a reincidência.

Fixo o regime prisional inicial aberto.

Verifica-se que, entre a data do recebimento da denúncia em 29 de agosto de 2012 (f. 186-188) e a publicação da sentença condenatória em 19 de outubro de 2018 (f. 479), transcorreu lapso temporal superior a 4 anos, razão pela qual resta extinta a punibilidade de ambos os apelantes pela ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas nos recursos e:

Com o parecer, dou provimento parcial ao apelo de Valdir Luís de Jesus para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer *ex officio* a atenuante da confissão e, em consequência, julgo extinta sua punibilidade em razão da ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 107, inciso IV c/c artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Com o parecer, dou provimento parcial ao apelo de Gisele Cabral de Souza para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, em consequência, julgo extinta sua punibilidade em razão da ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 107, inciso IV c/c artigo 109, inciso V, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos. De ofício julgaram extinta a punibilidade dos apelados, em razão da ocorrência da prescrição.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Desª Elizabete Anache
Recurso em Sentido Estrito nº 0002488-40.2014.8.12.0029 - Naviraí

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – QUEBRA DE FIANÇA – POSTERIOR PUNIBILIDADE EXTINTA EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO PUNITIVA DO ESTADO – PERDA INTEGRAL DA FIANÇA – IMPOSSIBILIDADE RESTITUIÇÃO DE METADE DO VALOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado, restaram eliminados os efeitos secundários da condenação, não podendo o valor recolhido a título de fiança ser destinado ao pagamento de custas processuais, uma vez que a aplicação do artigo 336, do CPP só tem lugar no caso de prescrição da pretensão executória.

Não faz jus o agente à devolução integral do valor recolhido a título de fiança, pois descumpriu as condições do artigo 328, do CPP e, devido à quebra de fiança, tem direito somente à restituição de metade do valor pago, conforme artigo 343, do mesmo diploma 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, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de julho de 2019.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de recurso em sentido estrito (f. 144-152) interposto por Júlio Cesar Amancio dos Santos contra decisão posterior à sentença de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição punitiva do Estado que julgou perdido o valor da fiança (f. 137-138).

Para tanto, afirma que não há possibilidade de utilização do valor da fiança para pagamento de custas processuais, uma vez que sua defesa foi patrocinada pela Defensoria Pública Estadual e encerrado o processo pelo reconhecimento da prescrição retroativa, o que equivale a juízo absolutório.

Aponta, ainda, que eventual quebra da fiança não implica a perda integral do referido valor, conforme artigo 343 do Código de Processo Penal.

Ao final, requer *"o provimento do presente recurso determinando a devolução ao recorrente do valor pago a título de fiança nestes autos, sem descontos, corrigido e atualizado, intimando-o para que apresente número de conta bancaria para depósito. Subsidiariamente, nos termos do artigo 343 do CPP, seja restituído a metade do valor pago a título de fiança"*.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual pelo parcial provimento do recurso para determinar a restituição de metade do valor da fiança ao recorrente.

Decisão mantida em juízo de retratação, às f. 167.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 177-180.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de recurso em sentido estrito (f. 144-152) interposto por Júlio César Amâncio dos Santos contra decisão posterior à sentença de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição punitiva do Estado que julgou perdido o valor da fiança (f. 137-138).

Adianto desde já que recurso deve ser provido parcialmente.

A questão tratada no presente recurso é bastante simples: cabe a perda total da fiança, no caso de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado?

A resposta também é simples: o valor depositado a título de fiança deve ser restituído ao apelante, mas não de forma integral, pela excepcionalidade do caso.

Uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado descabe a perda da fiança para pagamento de custas processuais, pois não existe condenação.

É que "*Com a ocorrência da pretensão punitiva do Estado, não há que se falar, em efeitos secundários da condenação, dentre os quais pagamento de multa, custas processuais e indenização à vítima, não incidindo as disposições do artigo 336, do Código de Processo Penal, que se aplica apenas no caso de ocorrência da prescrição da pretensão executória*". (TJES; RSE 0020363-20.2012.8.08.0024; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Pedro Valls Feu Rosa; Julg. 22/05/2019; DJES 02/07/2019)".

Assim, declarada extinta a punibilidade do apelante, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, restam eliminados os efeitos secundários da condenação, não podendo o valor recolhido a título de fiança ser destinado ao pagamento de custas processuais, uma vez que a aplicação do artigo 336, do Código de Processo Penal só tem lugar no caso de prescrição da pretensão executória.

Contudo, não tem o recorrente direito à restituição total do valor pago a título de fiança, pois descumpriu as obrigações do artigo 328, do Código de Processo Penal e, de fato, quebrou a fiança.

Verifica-se na origem, o seguinte:

O recorrente foi preso em flagrante em 27 de maio de 2014, pela prática do delito descrito no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro, sendo arbitrada pelo Delegado de Polícia fiança no valor correspondente a um salário mínimo.

Referido valor foi recolhido e o recorrente foi liberado com as advertências de estilo, entre elas, não mudar de endereço sem prévia permissão da autoridade processante (Autos nº 0002324-75.2014.8.12.0029).

Iniciada a ação penal, o recorrido foi citado no endereço fornecido, mas não intimado para audiência por ter se mudado para Caarapó-MS (Autos nº 0002488-40.2014.8.12.0029, f. 41-78/81-82).

Desta forma, não faz jus o recorrente à restituição do valor integral da fiança, atraindo ao caso a aplicação do artigo 343, do Código de Processo Penal:

> *"Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. (Artigo com redação determinada na Lei nº 12.403, de 4.5.2011, DOU 5.5.2011, em vigor 60 dias após sua publicação)".*

Atente-se que "*Ainda que seja o réu absolvido, a quebra não pode ser revertida, cabendo ao afiançado*

somente a metade restante do que se prestou, uma vez que este quebrou o compromisso firmado com a Justiça". (TRF 4ª R.; MS 5016751-61.2019.4.04.0000; Sétima Turma; Relª Desª Fed. Cláudia Cristina Cristofani; Julg. 11/06/2019; DEJF 14/06/2019).

Portanto, no caso concreto, o apelante faz jus à restituição somente da metade do valor recolhido a título de fiança.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento parcial ao recurso interposto por Júlio César Amâncio dos Santos para determinar a restituição da metade do valor da fiança recolhida, devendo a outra metade ser destinada ao Fundo Penitenciário Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 29 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Desª. Elizabete Anache
Apelação Criminal nº 0032049-96.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO CULPOSO E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – FATOS ANTERIORES À MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA DE DEZEMBRO DE 2012 – NECESSIDADE DE PROVA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE – AUSÊNCIA DE PROVA – AFASTAMENTO DA EMBRIAGUEZ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O estado de embriaguez em fato ocorrido em agosto de 2012, antes, portanto, da alteração legislativa de dezembro daquele ano, era provada por meio de exame clínico ou teste de alcoolemia, não podendo ser suprido por prova indireta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da 2ª vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 19 de agosto de 2019.

Desª. Elizabete Anache – Relatora designada

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Leonde Clemente de Oliveira, como incurso nas sanções dos arts. 302, § 1º, inciso I e 306, *caput*, ambos da Lei 9.503/97, às penas de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, que foi substituída por duas penas restritiva de direitos, bem como de 3 (três) meses e 3 (três) dias de proibição de obter permissão/habilitação para dirigir veículo automotor.

Em suas razões recursais de f. 296-300, a Defesa requereu a reforma da r. sentença, objetivando sua absolvição pelo delito previsto no art. 302, § 1º, I, do CTB, sob a alegação de que a culpa para o evento foi exclusiva da vítima, e quanto ao crime descrito no art. 306 do CTB, pela ausência de provas de materialidade sob a alegação de que não houve teste de alcoolemia.

Em contrarrazões de f. 305-309, o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se a r. sentença condenatória intacta.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 316-324 pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 12/08/2019)

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Leonde Clemente de Oliveira, como incurso nas sanções dos arts. 302, § 1º, inciso I e 306, *caput*, ambos da Lei 9.503/97, às penas de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10

(dez) dias de detenção, em regime aberto, que foi substituída por duas penas restritiva de direitos, bem como de 3 (três) meses e 3 (três) dias de proibição de obter permissão/habilitação para dirigir veículo automotor.

Em suas razões recursais de f. 296-300, a defesa requereu a reforma da r. sentença, objetivando sua absolvição pelo delito previsto no art. 302, § 1º, I, do CTB, sob a alegação de que a culpa para o evento foi exclusiva da vítima, e quanto ao crime descrito no art. 306 do CTB, pela ausência de provas de materialidade sob a alegação de que não houve teste de alcoolemia.

Em contrarrazões de f. 305-309, o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se a r. sentença condenatória intacta.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 316-324 pelo desprovimento do recurso.

Passa-se a analisar.

Narra a denúncia:

> *"(...) No dia 18.08.2012, por volta das 18h, na confluência das ruas Barão de Grajaú e Marquês de Leão, no bairro Parque dos Novos Estados, nesta cidade de Campo Grande, MS, o denunciado Leonde Clemente de Oliveira, imprudentemente, praticou homicídio culposo no trânsito, conduzindo sem a devida permissão o veículo Fiat/Siena, de cor preta, placas HSJ-1308, colidindo-o com a motocicleta Honda CG 125, cor preta, placa HTR-3918, conduzida pela vítima fatal Ueverson Morares de Souza, que sofreu ferimentos em razão do ocorrido e faleceu no dia 16.02.2013 (cf. laudo de f. 17-18).*
>
> *Na ocasião dos fatos, o denunciado Leonde Clemente de Oliveira, sem possuir carteira nacional de habilitação, conduzia seu veículo pela rua Barão de Grajaú, sentido norte-sul, dotada de sinalização de parada obrigatória, sendo que, durante o cruzamento com a rua Marques de Leão (via preferencial), não obedeceu ao sinalizador da placa "PARE", interceptando a trajetória prioritária da motocicleta, que trafegava no sentido leste-oeste, conduzida pela vítima Ueverson Morares de Souza, ocasionando a colisão dos veículos, provocando lesões corporais na vítima que foram a causa de sua morte, cujo óbito ocorreu em 16.02.2213 (laudo de exame de corpo de delito, f. 17-18).*
>
> *No dia, hora e local acima mencionados, o denunciado Leonde Clemente de Oliveira conduziu o veículo Fiat/Siena, de cor preta, placas HSJ-1308, em via pública, sob a influência de álcool, conforme termo de constatação de embriaguez (f. 07).*
>
> *4. O denunciado Leonde Clemente de Oliveira se recusou a realizar o teste do etilômetro, porém confessou ter ingerido duas latinhas de cerveja, por volta das 14h, bem como apresentava sinais de embriaguez, tais como olhos vermelhos (termo de constatação de embriaguez, f. 07).*
>
> *Pelo exposto, estando o denunciado Leonde Clemente de Oliveira incurso no art. 302, parágrafo único, inciso I, (homicídio culposo no trânsito, sem a devida permissão ou carteira de habilitação para dirigir) e art. 306 (conduzir veículo alcoolizado), ambos da Lei 9.503/1997 - Código de Trânsito Brasileiro, c.c art. 70 (concurso formal) do Código Penal (...)."*

Não merece acolhimento a pretensão absolutória quanto ao crime de homicídio culposo.

O art. 28 do CTB impõe o dever do condutor de veículo de ter domínio, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. Assim não fez o acusado, agindo com manifesta imprudência, pois o laudo pericial de f. 214-226, atestou que: "*o veículo V1 (motocicleta) colidiu a sua região frontal com a região lateral esquerda de V2 (Siena), tendo o V2 (Siena), posteriormente, seguido para a direito do seu sentido de fluxo, adentrando na Av Marquês de Leão no sentido leste-oeste até seu repouso final, enquanto o veículo V1 (motocicleta), após a colisão realizou movimento de rotação, aparentemente no sentido anti-horário e atingiu seu repouso final",* bem como concluiu que a causa determinante do acidente e, consequentemente, da morte

da vítima foi "*a postergação da sinalização de parada obrigatória do veículo V2 (Siena)*". Logo, confirmou-se que o veículo conduzido pelo réu teria desrespeitado a sinalização de parada obrigatória, resultando a colisão com a moto da vítima, que trafegava na via preferencial.

Corroborando o laudo, há o depoimento das testemunhas Ariana Gomes Farinha e Luiz Alberto Silva Aguiar no sentido de que o apelante, na condução de seu automóvel, havia avançado a via preferencial e colidido com a motocicleta da vítima (mídia f. 186).

Assim, ao contrário do que pretende a defesa, não ocorreu *in casu*, a culpa concorrente da vítima, quiçá culpa exclusiva da vítima, logo não há como se excluir a culpa do acusado.

Ademais, no direito penal inexiste a compensação de culpas, e, a conduta do réu de desrespeitar sinalização de parada obrigatória, invadindo a via preferencial, causou a morte da vítima.

Oportuna a lição de NUCCI:

> *"(...) É sabido que, em Direito Penal, não se pode cogitar de compensação de culpas. Ilustrando, se o motorista de um veículo, imprudentemente, atropela e causa lesão corporal em um passante que, por seu lado, atravessou a rua de forma negligente, inexiste viabilidade para a absolvição do motorista unicamente porque ambos os envolvidos estavam errados. Não se trata de dívida civil, onde se faz a compensação, mas de crime."*[1]

Sobre os crimes culposos, ensina Hans Welzel, citado na obra de Fukassawa:[2]

> *"(...) A importância do resultado no tipo reside em que realizada uma seleção no círculo das ações contrárias ao cuidado; certamente toda ação contrária ao cuidado é antinormativa, indiferentemente se concretiza ou não em um resultado; porém somente uma vez que se concretiza num resultado, que logra - em todo caso segundo o direito positivo-relevância jurídico-penal, se converte no fundamento material do injusto típico."*

Nosso ordenamento adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou teoria da *conditio sine qua non*, no artigo 13, do Código Penal. A respeito Nelson Hungria, em sua obra '*Comentários ao Código Penal'*, Volume I, Tomo II, Editora Forense, 5ª Edição, 1978, Rio de Janeiro, à página 65, ensina:

> *"(...) A questão da causalidade é resolvida na órbita exclusiva do elemento material do crime, isto é, no estrito limite da ação ou omissão e o resultado. Em face do art. 11, caput do Código (então) vigente, é sempre integral e solidariamente responsável pelo resultado concreto, do ponto de vista lógico-causal, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*
>
> *Nada importa que haja cooperado, com a ação ou omissão, para o advento do resultado, outra força causal (concausa). Nenhuma diferença existe entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa e ocasião".*

Ou seja, se o réu não tivesse desrespeitado a sinalização de parada obrigatória, invadindo a preferencial, onde trafegava a vítima, o resultado (morte) não seria produzido (*conditio sine qua non*).

Mesmo considerando a teoria da imputação objetiva, surgida com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, resta evidente a tipicidade da conduta do apelante. O resultado decorreu de um risco não permitido, o agente não se comportou de acordo com o direito (normas de condução e direção).

Damásio E. de Jesus, em sua obra "Imputação Objetiva", ensina:

> *"(...) Quem dirige um automóvel, de acordo com as normas legais, oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, desobedecendo as regras, faz manobra*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4.ed. São Paulo: RT, 2009.
2 FUKASSAWA, Fernando Y. **Crimes de trânsito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 97.

irregular, realizando o que a doutrina denomina "infração de dever objetivo de cuidado", como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível nas proximidades de uma escola, desrespeito a sinal vermelho de cruzamento, "racha", direção em estado de embriaguez etc., produz um risco proibido (desvalor da ação). Esse perigo desaprovado conduz, em linha de princípio, à tipicidade da conduta, seja na hipótese, em tese, de crime doloso ou culposo. Significa que não há um risco proibido para os crimes dolosos e outro para os crimes culposos. O perigo é o mesmo para todas as espécies de infrações penais. Assim, se o autor, no trânsito, realizando uma conduta produtora de um risco desaprovado, causa um acidente com morte de terceiro, há imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico".[3]

Assim, não assiste razão ao réu quanto à absolvição do delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Neste sentido, a jurisprudência:

"(...) A pretensão absolutória não merece prosperar, devendo ser mantida a condenação, uma vez que se constata a existência de consideráveis elementos de prova convergindo para culpa do acusado, notadamente o laudo pericial e os depoimentos das testemunhas ouvidas em Juízo. Verifica-se, portanto, que o recorrente foi responsável pelo acidente e, por consequência pelo resultado morte da vítima, tendo em vista que não conduzia o veículo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. 5. Sentença mantida. 6. Recurso conhecido e desprovido. 7. De rigor a exclusão ex officio da condenação do recorrente ao pagamento de valor mínimo para reparação dos danos - artigo 387, IV, do Código de Processo Penal -, tendo em vista que, por respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, exige-se pedido expresso e formal do MP (ou do querelante) para que o magistrado estabeleça tal montante, algo não realizado no caso em tela". (TJCE; APL 1024311-96.2000.8.06.0001; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Ligia Andrade de Alencar Magalhães; DJCE 22/07/2019; Pág. 159)

"(...) Acusado que não teve a cautela necessária, na condução de veículo automotor, de modo a ocasionar acidente que causou a morte de motociclista. Culpa demonstrada na modalidade imprudência. Condenação mantida. Pena corporal e regime inalterados. Multa afastada, uma vez que não prevista no preceito legal. Prazo da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor de acordo com o disposto no artigo 293 do Código de Trânsito Brasileiro. Rejeitada a preliminar, recurso parcialmente provido". (TJSP; ACr 0022715-66.2010.8.26.0590; Ac. 12668960; São Vicente; Décima Terceira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Moreira da Silva; Julg. 04/07/2019; DJESP 18/07/2019; Pág. 3170)

"(...) O crime culposo é aquele resultante da inobservância de um cuidado necessário, manifestada na conduta produtora de um resultado objetivamente previsível, através de imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inciso II, do Código Penal). [...]. 3. Ainda que se reconheça que a vítima teve parcela de responsabilidade pelo sinistro fatal, tal circunstância não tem o condão de exonerar o agente de culpa, pois, é cediço, inexiste, no âmbito do direito penal, compensação de culpas". (Apelação 0015463-05.2014.8.24.0080, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 15-3-2016). (TJSC; ACR 0000730-88.2010.8.24.0075; Tubarão; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Hildemar Meneguzzi de Carvalho; DJSC 21/06/2019; Pág. 487).

Quanto à ausência de habilitação destaco que, por si só, não gera presunção de culpa.

Entretanto, do conjunto probatório, concluiu-se que se o réu tivesse tomado a devida cautela na condução do veículo, teria evitado o acidente.

Condenação pelo crime de homicídio culposo no trânsito mantida.

No mesmo norte, em relação ao crime de embriaguez ao volante, deve ser mantida a condenação.

Como é cediço, a Lei 9.503/97 foi alterada pela Lei 11.705/08, publicada em 19/06/2008, que modificou o disposto no art. 306 do mesmo diploma. Vejamos:

3 **Imputação Objetiva**. Saraiva: 2008. p. 40-41

> *"Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.* (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)."

Nesse sentido, NUCCI leciona:

> *"(...) é dispensável a identificação de quem, efetivamente, correu risco de ser atingido, sofrendo lesão, em virtude do comportamento do agente. (...)"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. 4. ed. Editora RT, 2009, p. 1154)

Trata-se de crime formal, em que não se exige um resultado naturalístico, consistente na existência de lesão efetiva a alguém e de perigo abstrato, ou seja, não se exige prejuízo efetivo ao bem tutelado, nem mais é essencial a prova da probabilidade de ocorrência do dano.

A prova técnica não é a única capaz de demonstrar o estado de embriaguez do agente que sequer é obrigado a realizar o teste de alcoolemia. A respeito ensina o doutrinador Nei Pires Mitidiero:

> *"(...) A propósito, outrossim, da obrigatoriedade de submissão aos exames e testes para verificação da alcoolemia ou do uso de substâncias entorpecentes, tóxicas ou de efeitos símiles, assim nos manifestamos, no nº 438, item nº 12, do comentário ao art. 165:*
>
> *A configuração do tipo infracional legal pressupõe, tratando-se da ingestão de álcool, a constatação, mediante hábil exame de sangue, da existência dele, álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, aspecto que cria, para nós, uma barreira invencível à imposição de eventual negativa do condutor em ceder o seu sangue, este será examinado pelos peritos dos quadros da Administração Pública (ou particulares, acaso juridicamente possam atuar). De efeito, a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, "caput", CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a regra que diz que "ninguém será submetido (...) a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III, CF), o princípio do devido processo legal (art. 5º LIV, CF), em suas águas, o princípio do ônus da prova em matéria penal (aqui induvidosamente aplicável), pelo qual a prova da influência do álcool ou de outras drogas cabe ao ente executivo de trânsito (art. 156, Cód. de Proc. Penal), ainda, nas mesmas águas, o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) etc., todos esses degraus jurídicos afastam, sumariamente, a pretensão do Estado de obrigar o ser humano a submeter-se à extração de seu sangue."* (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro – Direito de Trânsito e Direito Administrativo de Trânsito. 2 ed., Forense, 2005, p. 1.313-1.314)

Ora, diante da impossibilidade, que se tinha à época dos fatos (18.08.2012), de se obrigar o suposto infrator a realização de exame capaz de comprovar o estado de embriaguez – "bafômetro" ou exame de sangue - não se poderia desconsiderar as demais provas capazes de confirmar a embriaguez.

Cumpre ressaltar, tão somente para corroborar o entendimento esposado, que adveio a Lei nº 12.760/2012, publicada em 20.12.2012 (embora não aplicável ao caso) e modificou o art. 306 do Código de Trânsito e tornando despicienda a submissão do acusado a teste de etilômetro, passando-se a admitir a comprovação da embriaguez por vídeo, testemunhos ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Ademais, O Contran editou a Resolução nº 432/2013, ratificando, em seu art. 3º, que a alteração da capacidade psicomotora do condutor pode ser confirmada, entre outros meios, por verificação dos sinais que a indiquem, bem como por prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

Como se pode verificar, torna-se inviável qualquer argumento referente a insuficiência de provas, ante o depoimento de testemunhas de f. 186 e do termo de constatação da alteração da capacidade psicomotora a f. 14, tendo em vista a presença de sinais típicos apresentados por uma pessoa embriagada constatados pelos policiais, que juntamente com o conjunto probatório são suficientes para comprovar a embriaguez do apelante.

Confirmando a necessidade do rigorismo com a conduta perpetrada, decorrem as consequências concretas que a embriaguez ao volante pode ocasionar, como a título de exemplo, no caso, a morte de outrem.

Confira-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) Inexiste óbice no fato de estar a condenação embasada no depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante do corréu, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova. Precedente".* (HC 418.529/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018)

> *"Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos."* (HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016)

Portanto, as provas produzidas nos autos são suficientes e seguras para confirmar a materialidade e autoria do delito para ensejar o decreto condenatório do apelante.

Em resumo, ressalte-se que art. 167 do Código de Processo Penal permite que a prova testemunhal supra a inexistência de prova pericial, vigendo em nosso ordenamento o princípio do livre convencimento motivado, o qual confere ao julgador ampla liberdade na valoração da prova. Tanto é assim que o magistrado sequer encontra-se vinculado a laudo pericial (art. 182 do CPP). É evidente que a intenção do legislador com a edição da Lei nº 11.705/2008, foi impor maior rigor no combate à embriaguez ao volante, não havendo sentido em obstar-se a prova testemunhal como suficiente a demonstrar o estado etílico.

Com o parecer, nega-se provimento ao recurso.

A Srª. Desª. Elizabete Anache. (2º vogal)

Com o devido respeito, ouso discordar do Relator para dar provimento ao recurso da defesa.

Outrossim, para efeitos penais, à época dos fatos – agosto de 2012 – a embriaguez do agente era comprovada pela concentração de álcool por litro de sangue, conforme, inclusive, elementares do tipo penal previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro:

> *"Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência." (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)*

A redação desse tipo penal foi modificada apenas em dezembro de 2012, por meio da Lei 12.760[4], que, somente então, extirpou a necessidade da comprovação da concentração de álcool por litro de sangue (possibilitando o reconhecimento indireto).

Por consequência, não havendo a realização de teste de alcoolemia e/ou exame de sangue a comprovar que, à época, o apelado dirigiu sob influência de álcool, entendo não haver provas do cometimento do delito previsto no art. 306 do CTB.

A esse respeito, trago os arestos:

4 Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

"EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE EM APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB) – IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL PARA COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE ALCOOLEMIA – FATO OCORRIDO ANTES DA LEI Nº 12.760/2012, QUE ALTEROU O CÓDIGO DE TRÂNSITO E PASSOU A ADMITIR OUTROS MEIOS DE PROVA – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – PROVIMENTO, CONTRA O PARECER. A conduta imputada ao embargante de conduzir veículo embriagado foi praticada no ano de 2011, quando, segundo a Lei, a verificação da embriaguez e consequente configuração da conduta criminosa exigia como indispensável a realização de prova pericial, através de exame de sangue ou pelo teste do bafômetro. A comprovação do estado de embriaguez passou a ser expressamente permitida por outros meios de prova a partir da alteração do Código de Trânsito pela Lei nº 12.760/2012". (TJMS; EI-Nul 0000075-77.2011.8.12.0023; Seção Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 22/08/2016; Pág. 32)

"RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO – CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR, NA VIA PÚBLICA, SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART. 306 DA LEI Nº 9.503/97) – NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.705/08 NA QUAL SE ESTIPULOU PERCENTUAL DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE A SER AFERIDO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME EM TELA – DECISÃO DO MAGISTRADO A QUO PELA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RECORRIDO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE OS FATOS NARRADOS NÃO CONSTITUIREM CRIME EM FACE DA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA – INCONFORMISMO DO AGENTE MINISTERIAL FUNDAMENTADO NA POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DAS PROVAS TÉCNICAS PELA TESTEMUNHAL – INACOLHIMENTO – EFETIVA NECESSIDADE DO EXAME PARA SE CONSTATAR O ESTADO DE ALCOOLIMIA DO RÉU – DEPOIMENTO TESTEMUNHAL QUE NÃO SUPRE A PROVA TÉCNICA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. I. A decisão singular teve por fundamento o fato de que o denunciado não se submeteu ao teste do bafômetro e menos ainda ao exame de sangue, o que inviabilizaria a análise do quantun de álcool que se encontrava concentrado por litro de sangue, se inferior, igual ou superior a 06 (seis) decigramas na data do fato narrado na exordial, ou seja, inexiste prova técnica da materialidade do delito o que inviabiliza a instauração da ação penal. II. A Lei nº 11.705/08 destinou nova redação ao artigo 306 do código de trânsito brasileiro, determinando que para que o delito de embriaguez ao volante se caracterize, é necessário a realização de exame de alcoolemia (bafômetro ou exame de sangue ou urina) que comprove a concentração de álcool por litro de sangue igual ou acima do valor definido em Lei, qual seja 06 (seis) decigramas, ou seja, em atendimento a pressupostos constitucionais, é necessária a demarcação da atuação do estado durante todo o iter processual criminal. Isto porque, o direito de punir do estado trata-se de um resguardo a necessária proporcionalidade entre os fins e os meios a serem postos em ação para a obtenção de um resultado, é inócuo movimentar a máquina judiciária, recebendo a denúncia, para ao final ver o réu absolvido por falta de provas da materialidade, pois o ato de não recebimento da peça acusatória seguiu determinação legal. III. A prova técnica específica, imposta pelo Decreto nº 6.488/08, é imprescindível para aferir a influência de álcool por litro de sangue, se igual ou superior a 6 (seis) decigramas, não sendo viável a aplicação do artigo 167, do código de processo penal, haja vista ter o legislador imposto de forma taxativa o valor mínimo de álcool por litro de sangue e fornecido quais as vias probatórias a serem utilizadas para certificar tal valor. lV. Por outro aspecto, os problemas relacionados à violência no trânsito referentes a ingestão de bebida alcoólica prevalece de plano, o judiciário ao promover a retroatividade da Lei mais benéfica em face da nova redação do artigo 306, do código de trânsito brasileiro, dada pela Lei nº 11.705/08, não tem o escopo de beneficiar os usuários de bebida alcoólica, e sim o de não exercer a função legislativa conferida aos detentores de mandatos eletivos, portanto competentes para criar ou alterar as Leis". (TJPR; RecSenEst 0684113-4; Ibaiti; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Lidio José Rotoli de Macedo; DJPR 01/03/2011; Pág. 371)

"DIREÇÃO – EMBRIAGUEZ – COMPROVAÇÃO – EXAME CLÍNICO – CONSTATAÇÃO VISUAL SINTOMÁTICA – TESTE DE ALCOOLEMIA – AUSÊNCIA – CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE – AFERIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ELEMENTAR DO TIPO – ABSOLVIÇÃO – EMBRIAGUEZ VOLANTE – PERIGO ABSTRATO

– COMPROVAÇÃO – DISPENSA. A condução de veículo por via pública nas condições do art. 306, caput, do código de trânsito brasileiro, é conduta que, por si só, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, o que dispensa a realização de manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem. Com o advento da Lei nº 11.705/08, foi inserida a quantidade mínima exigível à comprovação do delito de embriaguez no trânsito, com o que ficou delimitado o meio de prova admissível, perfazendo-se a figura típica somente com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue que é de 6dg e cuja presunção é defesa, passando, assim, a dosagem etílica a integrar o tipo penal que exige a realização de exame técnico comprobatório da taxa de teor alcoólico igual ou superior ao limite estipulado, sem o qual inexiste materialidade e, por consequência, o fato típico, impondo a absolvição do acusado". (TJRO; APL 0127426-88.2009.8.22.0002; Rel. Des. Miguel Monico Neto; Julg. 01/06/2011; DJERO 13/06/2011; Pág. 78)

Portanto, considerando a presente absolvição, deve ser afastada a majoração da pena do apelante decorrente do concurso formal, imposto na sentença *a quo,* restando a pena do apelado fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção e 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de proibição do direito de dirigir.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Leonde Clemente de Oliveira, para reformar a sentença apenas para absolver o apelante no que tange ao delito previsto no artigo 306 do CTB.

Julgamento adiado para a próxima sessão em razão do pedido de vista do 1º vogal, após o relator negar provimento ao recurso e a 2ª vogal dar parcial provimento ao recurso.

VOTO (EM 19/08/2019)

O Sr. Des. Emerson Cafure. (1º Vogal)

Acompanho a 2ª vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da 2ª vogal, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 19 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0000321-28.2010.8.12.0017 - Nova Andradina

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – IRRESIGNAÇÃO DO MP – CRIMES AMBIENTAIS – DESTRUIR OU DANIFICAR FLORESTA (ART. 38 LEI 9.605/1998) E IMPEDIR OU DIFICULTAR REGENERAÇÃO DE VEGETAÇÃO (ART. 48 DA MESMA LEI) – *EMENDATIO LIBELLI* – PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* – INOCORRÊNCIA – CONDUTAS QUE NÃO SE AMOLDAM AO PRIMEIRO DELITO, APENAS AO SEGUNDO – CONDENAÇÃO – INVIABILIDADE – MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA – RECURSO DESPROVIDO E, DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DE UM DOS RÉUS, POR MORTE.

À vista da certidão de óbito de um dos réus, impõe-se a extinção da sua punibilidade, nos termos dos arts. 62 do CPP e 107 do CP.

Não há se falar em preclusão *pro judicato* em relação à *emendatio libelli* ocorrida na sentença recorrida, pois o acórdão que havia anulado a primeira sentença não definiu a correta capitulação dos fatos, mas apenas a impossibilidade de aplicação da prescrição antecipada.

No tocante ao enquadramento jurídico em si, as condutas narradas na inicial não tipificam o crime do art. 38 da Lei 9.605/1998 (destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente), pois este tem como elemento normativo "floresta", a qual há décadas não existe na área de preservação permanente indicada na inicial. Em verdade, a denúncia é clara em afirmar que os réus possuem sítio no local e, assim, estariam impedindo a regeneração natural da vegetação que se formaria no local, o que se amolda ao delito do art. 48 da Lei 9.605/1998.

Para a configuração do crime do art. 48 da Lei 9.605/98 (impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação) é imprescindível a comprovação de que a vegetação da localidade descrita na peça acusatória estaria em processo de regeneração, mais ainda que os réus teriam impedido, por meio de suas ocupações, que aquela localidade naturalmente se recuperasse de danos ocorridos, ônus do qual não se desincumbiu a acusação no presente caso. As provas colhidas nos autos denotam apenas que houve a construção em área de preservação permanente, o que, por si só, não é incompatível com a proteção da sustentabilidade ambiental.

Apelação desprovida, contra o parecer. De ofício, extinta a punibilidade de um dos réus (Edivaldo), em face de sua morte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso ministerial, e de ofício, reconhecer a extinção da punibilidade do réu Edivaldo Monteiro de Oliveira.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença (f. 948-953) pela qual o juízo da Vara Criminal da comarca de Nova Andradina/MS, nos autos da Ação Penal nº 0000321-28.2010.8.12.0017, promoveu a *emendatio libelli* e reenquadrou as condutas narradas na denúncia como em um único crime, do art. 48 da Lei 9.605/1998, julgando improcedente a pretensão punitiva e absolvendo Antonio Carlos Lopes, Carlos Mauro Dellamutta, Edivaldo Monteiro de Oliveira, Estenius Terenciani Campiteli, Júlio Coelho, Marcos Rivair Campiteli, Márcio Mota da Silva, Odair Berto da Silva, Pedro Nogueira e Reinaldo Zanquetta, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, por não existirem provas suficientes para a condenação.

Em suas razões, o representante do *Parquet* sustenta, de início, que, à luz do acórdão que havia anulado a sentença proferida anteriormente, estava preclusa a possibilidade de o juízo *a quo* promover a *emendatio libelli*, enquadrando as condutas apenas no crime do art. 48 da Lei nº 9.605/98. No mais, afirma existirem provas suficientes de que, ao manterem ranchos no sítio Pôr do Sol, área de preservação permanente às margens do rio Ivinhema, os réus não apenas danificaram a mata ciliar primitiva (art. 38 da Lei 9.605/1998), como também continuam impedindo a regeneração natural daquela que se formaria no local (art. 48 da mesma Lei), o que autoriza a reforma da sentença e a condenação deles por ambos os crimes, tal como narrado na denúncia (f. 997-1013).

Em contrarrazões, todos os réus pugnam pelo desprovimento do recurso ministerial e, de forma detalhada, o réu Odair (f. 1015-1040) aduz ser impossível a condenação, seja porque a Lei 9.605/1998 é irretroatível, seja porque o art. 61-A do Novo Código Florestal promoveu a *abolitio criminis*. Diz ainda estar prescrita a pretensão punitiva quanto ao delito do art. 38 da Lei 9.605/1998. Também sustenta a nulidade do recebimento do aditamento da denúncia, porque ocorrido após a aceitação e o cumprimento de transação penal e porque a defesa não foi previamente ouvida. Por fim, argumenta que não há provas judicializadas aptas à condenação e que se trata de condutas insignificantes.

Por sua vez, os réus Estenius e Marcos (f. 1053-1065) dizem que a sentença, ao promover o reenquadramento das condutas, não afrontou o acórdão proferido no recurso em sentido estrito. Afirmam não haver comprovação de qualquer conduta típica, pois o fato de terem adquirido um rancho em área de preservação permanente não é suficiente para a configuração dos ilícitos de que são acusados, notadamente porque à época sequer havia florestas no local.

Já os réus Antonio (f. 1066-1071), Reinaldo (f. 1090-1096), Júlio (f. 1098-1127), Pedro (f. 1157-1179), Carlos (f. 1180-1186) e Márcio (f. 1191-1194) reiteram as teses formuladas pelos primeiros.

Juntou-se a certidão de óbito do réu Edivaldo (f. 1153-1154).

Por meio de parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 1255-1264) opina pelo parcial provimento do recurso, a fim de que os réus sejam condenados pela prática do crime previsto no art. 48 da Lei 9.605/1998.

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

O Ministério Público Estadual, num primeiro momento, denunciou os réus Antonio Carlos Lopes, Carlos Mauro Dellamutta, Edivaldo Monteiro de Oliveira, Estenius Terenciani Campiteli, Júlio Coelho, Marcos Rivair Campiteli, Márcio Mota da Silva, Odair Berto da Silva, Pedro Nogueira e Reinaldo Zanquetta pela prática do crime previsto no art. 48 c/c art. 15, inc. II, "l", da Lei 9.605/98, porquanto, em 28/08/2009, teriam dificultado a regeneração natural de floresta e outras formas de vegetação, mantendo sítios em áreas de preservação (f. 1-4).

O *Parquet* então requereu o aditamento da exordial e passou a atribuir aos réus também a prática do delito previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, cuja conduta típica é *"destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência de normas de proteção"*.

Eis o teor da inicial aditada (f. 248-254):

> *"(...) no dia 28 de agosto de 2009, por volta das 17 horas, policiais militares, em atendimento à Promotoria de Justiça Ambiental, lograram êxito em flagrar e autuar os acusados impedindo e dificultando a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação, com a agravante de tal fato ter ocorrido no interior de espaço territorial especialmente protegido.*
>
> *Segundo o relatado no procedimento criminal, na data e horário alhures mencionado, policiais militares ambientais, atendendo solicitação da Promotoria de Justiça, efetuaram diligência às margens do Rio Ivinhema, pertencente à comarca de Nova Andradina, oportunidade em que constataram ilegalidades em ranchos construídos naquela localidade.*
>
> *Cumpre ressalvar que dos denunciados, Estenius Terenciani Campitelli E Marcos Rivair Capitelli São proprietários da área rural denominada Sítio Pôr do Sol em cuja área de preservação permanente estão inseridas as construções. Inclusive, são proprietários de uma edificação no mesmo local.*
>
> *É dos autos ainda, que os denunciados, mantendo ranchos de pesca em área de preservação permanente impedem a recuperação da floresta e demais formas de vegetação. Não só por isso, mas também é de se notar que os denunciados efetuam, por si ou por terceiros, mas de forma constante, a roçada das áreas adjacentes aos ranchos de sua propriedade/posse, de modo que impedem a recuperação também dessas, consoante comprovam as fotografias que ilustram o laudo pericial de f. 14.*
>
> *(...)*
>
> *Os denunciados, ao manter na área de preservação permanente do Sítio Pôr do Sol, ranchos para pescaria e outras construções, e ainda, ao roçar as áreas adjacentes, não só danificam a vegetação primitiva como impedem que haja regeneração natural da que se formaria ao redor da construção e no espaço a essa destinado expondo a risco o curso d'água à erosão em razão da inexistência da mata ciliar além de eliminar do local todas as espécies que poderiam se utilizar das áreas de preservação permanente para construção de seus ninhos, abrigo e criadouro natural.*
>
> *Assim, fica evidente que com sua conduta os denunciados danificaram floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, utilizando-a com infringência das normas de proteção.*
>
> *É importante consignar que as edificações identificadas por perícia e que se encontram dentro da propriedade denominada Sítio Pôr do Sol estão inseridas dentro da área de preservação permanente, visto que construídas sem respeitar os limites impostos pela legislação."*

O aditamento da denúncia foi recebido (f. 395).

Em sentença, entendeu-se que se tratava de conduta única, do art. 48 da Lei 9.605/98, e julgou-se extinta a punibilidade dos réus em razão da prescrição antecipada (f. 765-773).

Em acórdão deste e. Tribunal, reformou-se a referida sentença (f. 903-913):

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – EXTINÇÃO DO FEITO EM SENTENÇA POR FALTA DE JUSTA CAUSA PREVISTA NO ART. 395, III DO CPP – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA PELA EXISTÊNCIA DE NORMA/DISPOSITIVO ESPECÍFICO – INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO CRIME DO ART. 48 DA LEI AMBIENTAL –*

CRIME PERMANENTE LAPSO PRESCRICIONAL QUE NÃO SE INICIA ENQUANTO NÃO CESSADA A PRÁTICA PERMANENTE – SENTENÇA ANULADA DE OFÍCIO. O processo penal encerra uma série de atos coordenados, constituindo verdadeira "marcha para frente", não podendo o magistrado sentenciante, na fase da sentença, aplicar analogicamente dispositivo de atuação já preclusa na fase do recebimento da denúncia, haja vista que há expressa previsão legal impedindo a analogia, ex vi do art. 3º do CPP e 4º do Dec-Lei 4.657/1942 (antiga LICC, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). A consumação do crime previsto no art. 48 da lei nº 9.605/1998 não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protrai no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento a consumação do delito, tratando-se de crime permanente. Não é possível no caso a aplicação da prescrição virtual/antecipada nos termos do direito sumular nº 438 STJ. Ademais, face à natureza do crime permanente, o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito, e nesse caso o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a atividade ilícita, o que não está demonstrado. Com o parecer, recurso provido. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0000321-28.2010.8.12.0017, Nova Andradina, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 09/08/2016, p: 24/08/2016).

Foi prolatada nova sentença, na qual se manteve o entendimento de que as condutas narradas na denúncia constituem somente o crime do art. 48 da Lei 9.605/1998 e se julgou improcedente a pretensão punitiva formulada da denúncia, absolvendo os réus com fundamento no art. 386, VII, do CPP, por não existirem provas suficientes para a condenação (f. 948-953).

Daí a presente apelação criminal.

Em suas razões, o *Parquet* sustenta, de início, que, à luz do acórdão que havia anulado a sentença proferida anteriormente, estava precluso a possibilidade de o Juízo *a quo* promover a *emendatio libelli*, enquadrando as condutas apenas no crime do art. 48 da Lei nº 9.605/98. No mais, afirma existirem provas suficientes de que, ao manterem ranchos no sítio Pôr do Sol, área de preservação permanente às margens do rio Ivinhema, os réus não apenas danificaram a mata ciliar primitiva (art. 38 da Lei 9.605/1998), como também continuam impedindo a regeneração natural daquela que se formaria no local (art. 48 da mesma Lei), o que autoriza a reforma da sentença e a condenação deles por ambos os crimes, tal como narrado na denúncia (f. 997-1013).

Em contrarrazões, todos os réus pugnam pelo desprovimento do recurso ministerial e, de forma detalhada, o réu Odair (f. 1015-1040) aduz ser impossível a condenação, seja porque a Lei 9.605/1998 é irretroatível, seja porque o art. 61-A do Novo Código Florestal promoveu a *abolitio criminis*. Diz ainda estar prescrita a pretensão punitiva quanto ao delito do art. 38 da Lei 9.605/1998. Também sustenta a nulidade do recebimento do aditamento da denúncia, porque ocorrido após a aceitação e o cumprimento de transação penal e porque a defesa não foi previamente ouvida. Por fim, argumenta que não há provas judicializadas aptas à condenação e que se trata de condutas insignificantes.

Por sua vez, os réus Estenius e Marcos (f. 1053-1065) dizem que a sentença, ao promover o reenquadramento das condutas, não afrontou o acórdão proferido no recurso em sentido estrito. Afirmam não haver comprovação de qualquer conduta típica, pois o fato de terem adquirido um rancho em área de preservação permanente não é suficiente para a configuração dos ilícitos de que são acusados, notadamente porque à época sequer havia florestas no local.

Já os réus Antonio (f. 1066-1071), Reinaldo (f. 1090-1096), Júlio (f. 1098-1127), Pedro (f. 1157-1179), Carlos (f. 1180-1186) e Márcio (f. 1191-1194) reiteram as teses formuladas pelos primeiros.

Juntou-se a certidão de óbito do réu Edivaldo (f. 1154).

Por meio de parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 1255-1264) opina pelo parcial provimento do recurso, a fim de que os réus sejam condenados pela prática do crime previsto no art. 48 da Lei 9.605/1998.

Pois bem.

De início, reconheço, de ofício, a extinção da punibilidade do réu Edivaldo Monteiro de Oliveira, nos termos dos arts. 62 do CPP e 107 do CP, à vista da sua Certidão de Óbito, expedida pelo Cartório de 1º Serviço Notarial e de Registro Civil da comarca de Ivinhema/MS (f. 1154).

Quanto ao acórdão que anulou a primeira sentença proferida nos autos, verifico que este não analisou o erro ou acerto da *emendatio libelli* operada naquela oportunidade, tendo tão somente reconhecido a impertinência do reconhecimento da prescrição antecipada e determinado o regular prosseguimento do feito. Assim, ao contrário do entendimento do *parquet*, nada obstava que o Juízo *a quo*, ao prolatar nova sentença, dessa outra capitulação aos fatos, enquadrando a conduta descrita do art. 38 da Lei nº 9.605/98 como se fosse do art. 48 do mesmo diploma legal.

No tocante ao mérito do reenquadramento em si, a sentença também está correta, pois o tipo penal do art. 38 da Lei 9.605/1998 tem como elemento normativo "floresta" – formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa –, a qual há décadas não existe na área de preservação permanente às margens do rio Ivinhema.

Em verdade, a exordial é clara em afirmar que os réus possuem sítio no local e, assim, estão impedindo a regeneração natural da vegetação que se formaria no local (art. 48 da Lei 9.605/1998 mesma Lei), circunstância que, por si só, não autoriza a acusação de que tenham suprimido a floresta existente no local.

Quanto a esse ponto, a fim de evitar desnecessária tautologias transcrevo os fundamentos da sentença, dada sua clareza a cuidadosa análise, tornando-os parte integrante deste voto, *in verbis*:

> *"O artigo 38 da Lei 9.605/98 tipifica como crime: "destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção"* (grifei).
>
> *Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o "elemento normativo 'floresta', constante do tipo do injusto do art. 38 da Lei 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menor extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira"*[1].
>
> *Não se ignoram as críticas sobre a redação do mencionado dispositivo legal, como aponta o próprio Ministério Público nas alegações finais, assim como há críticas sobre vários outros pontos da Lei em comento, mas é de se atentar à legalidade como garantia maior em Direito Penal.*
>
> *Note-se que o Ministério Público não acusa os réus de terem destruído ou danificado floresta considerada de preservação permanente. E assim não o faz porque fora constatado que no local já não havia floresta há décadas. E mesmo se houvesse, tal conduta não poderia ser punida porque o crime correspondente estaria prescrito, visto que os ranchos encontram-se no local há mais de 40 anos.*
>
> *Tampouco os acusa de utilizar floresta considerada de preservação permanente com infringência das normas de proteção.*
>
> *No caso, restou comprovada a existência de dez edificações em trecho da margem do rio Ivinhema, próximo à rodovia MS 473 e conhecido como "sítio Pôr-do-sol", todas inseridas em área de preservação permanente. Constatou-se que os 09 ranchos de pesca e a residência dos irmãos Campitelli encontram-se a menos de 100 metros do rio, distância mínima exigida pelo artigo 4°, inciso I, "c", da 12.651/2012 (mesma era a previsão do art. 2° da Lei 4.771/65 revogada) dada a largura do rio naquele trecho. Mas isso não basta para classificação da conduta como crime previsto no artigo 38 da mencionada Lei.*

1 Autos 0000321-28.2010.8.12.0017

Não há descrição de utilização ilegal da floresta em área de preservação permanente, visto que há décadas já não mais havia floresta. Aliás, nem sequer há menção à floresta na inicial. Assim, não cabe classificar a conduta dos acusados como a prevista no artigo 38 da Lei 9.605/1998."

Outro não é posicionamento firmado por esta Corte no julgamento de casos semelhantes, também relativos a áreas de preservação permanente situadas às margens do Rio Ivinhema:

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES AMBIENTAIS – RECURSO DO MPE – CONTRARRAZÕES – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DO ART.38, DA LEI 9.605/98 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso, arguida em contrarrazões, pois a peça recursal não revela ser mera cópia das alegações finais e aponta com clareza as razões do parquet para reforma da sentença. ***Inviável a condenação pela prática do delito descrito no artigo 38, da Lei 9.605/98, uma vez que não comprovada a existência de floresta destruída ou danificada às margens do Rio Ivinhema*** *– APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES AMBIENTAIS – RECURSO DEFENSIVO CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DO ART.48, DA LEI 9.605/98 – MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Comprovada a autoria e materialidade do delito descrito no artigo 48, da Lei 9.605/98, resta mantida a condenação do agente."* (TJMS. Apelação nº 0802394-61.2015.8.12.0017, Nova Andradina, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 10/04/2019, p: 12/04/2019) – grifo nosso.

"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA ACUSAÇÃO – CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 38 E 48 DA LEI Nº 9.605/98 – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO APELO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELA UTILIZAÇÃO DE FLORESTA EM DESACORDO COM INFRINGÊNCIA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO – DESCRIÇÃO INSUFICIENTE NA DENÚNCIA – ÁREA DESMATADA ANTES MESMO DE O RECORRIDO ADQUIRI-LA – AUSÊNCIA DE FLORESTA NO LOCAL – RECURSO DESPROVIDO. Considerado que o Ministério Público apresentou impugnações pertinentes com o que foi considerado pelo juízo ao proferir a sentença, não apenas no que diz respeito à correta capitulação legal dos fatos descritos na inicial acusatória, mas quanto à suficiência de provas para acolhimento do pedido de condenação, o que possibilitou o exercício do contraditório, não há no caso em análise violação ao princípio da dialeticidade. Preliminar afastada. ***Sem que haja descrição precisa na acusação sobre em que medida a conduta do réu pode ser enquadrada no art. 38 da Lei nº 9.605/98, mesmo porque na própria denúncia foi reconhecido que na propriedade do recorrido não havia floresta, não há como ser acolhido o pedido de reforma. Recurso desprovido.*** *APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – CRIME PREVISTO NO ART. 48 DA LEI Nº 9.605/98 – TESE DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL – NÃO ACOLHIDA – DELITO DE NATUREZA PERMANENTE – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO. O crime de impedir ou dificultar a regeneração de florestas e outras formas de vegetação é de natureza permanente. Uma vez que denúncia afirma a persistência das ações em tese típicas ao tempo de sua propositura, deve ser afastado argumento de prescrição da pretensão punitiva referente ao crime previsto no art. 48 da Lei nº 9.605/98. Para que um fato possa ser considerado crime é necessário que haja uma intolerável violação ao bem jurídico tutelado pela lei penal, representada por comportamento que ataca aquilo que o Estado considera como mais valioso e que não pode ser suficientemente reprimida e desestimulada por outro meio que não a aplicação de uma pena (ou medida de segurança). É dizer, é o próprio Estado quem opta por considerar uma conduta como sendo ou não crime, conforme o grau de intolerabilidade do comportamento. É possível constatar que ao longo de décadas o Estado permitiu e tolerou a construção de casas de veraneio e a permanência de pessoas às margens do Rio Ivinhema e que ao invés de adotar medidas efetivas tendentes a não reconhecer propriedades no local, concedeu permissão para desenvolvessem atividades ali. Na medida em que o Estado assente com a prática de uma conduta e as circunstâncias do caso concreto permitem fazer crer ao agente, inclusive com o amparo de decisões deste tribunal, que a situação de sua propriedade estava protegida sob o manto da legalidade,*

> *o comportamento consequente de manter sua propriedade livre de vegetação nativa não pode no caso concreto ser considerado materialmente típico, precisamente porque para o próprio Estado esse comportamento não gerou intolerável violação aos bens jurídicos por ele tutelados. Como não é dado ao Estado permitir ou incentivar um dado comportamento e ao mesmo tempo considerá-lo ilícito, conclui-se que a conduta atribuída ao recorrente é materialmente atípica, a justificar absolvição com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. Recurso provido."* (TJMS. Apelação nº 0802375-55.2015.8.12.0017, Nova Andradina, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 26/03/2019, p: 27/03/2019) – grifo nosso.

No tocante ao delito do art. 48 da Lei 9.605/98, registro que não há se falar em prescrição, porquanto, conforme constou no acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, *"os crimes da natureza ambiental tal como o previsto no art. 48 da Lei 9.605/1998 são crimes de natureza permanente, iniciando o lapso prescricional só quando cessada a prática"* (f. 911), ou seja, enquanto não houver a regeneração natural da vegetação, por ato omissivo ou comissivo, sendo irrelevante a data em que o Poder Público tomou conhecimento de eventual conduta típica.

A esse respeito, vale conferir a jurisprudência do c. STJ, *in verbis:*

> *"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CRIME AMBIENTAL – ART. 48 DA LEI Nº 9.605/1998 – DELITO PERMANENTE – PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA – ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF – SÚMULA 83/STJ – INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A ENSEJAR A REFORMA DA DECISÃO. 1. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 2. Está o acórdão impugnado em conformidade com a orientação jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a consumação do crime previsto no art. 48 da Lei nº 9.605/1998 não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protrai no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito, tratando-se, portanto, de crime permanente. 3. Em caso de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência. Na espécie, o Tribunal a quo afirmou expressamente que as antropias não foram retiradas do local em questão. Assim, a prescrição não se consumou. 4. Agravo regimental improvido."* (AgRg no AREsp 562.060/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).

De todo modo, a conduta típica do art. 48 da Lei 9.605/1998, de *"Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação",* não restou demonstrada nos autos, motivo pelo qual o recurso ministerial não comporta acolhimento.

O laudo de exame de constatação de f. 16-30, com base no qual se busca a condenação dos réis, afirmou existirem 9 ranchos de pesca pertencentes aos réus e localizados no interior do Sítio Pôr do Sol, nas margens do Rio Ivinhema, sendo que referidos ranchos estão em área de preservação permanente e as respectivas construções estão a menos de 100 metros do rio, distância mínima exigida pelo artigo 4°, inciso I, "c", da 12.651/2012 (mesma era a previsão do art. 2° da Lei 4.771/65 revogada).

Sucede, contudo, que o referido documento não esclarece se a vegetação da localidade descrita na peça acusatória estaria em processo de regeneração e, ainda, se os réus impediram, por meio de suas ocupações, que aquela localidade naturalmente se recuperasse de danos ocorridos, até mesmo porque, e isto é incontroverso nos autos, a área já se encontrava completamente desvegetada há décadas.

Ao contrário do que ocorreu em ações penais semelhantes, relativas a ocupações às margens do rio Ivinhema, como aquelas da jurisprudência citada, aqui não há um laudo pericial técnico elaborado por especialistas do IBAMA, mas sim uma mera constatação feita por perita policial formada em física.

Também não se tem notícia de outra perícia específica, relativa à mesma área, que tenha sido produzida em qualquer outro processo, cível ou criminal, e que pudesse servir de prova emprestada.

De se consignar que, conquanto o tipo penal em análise tutele as florestas e outras formas de vegetação, o fato de o local situar-se em área de preservação permanente, por si só, não exclui o direito de construir, porquanto o *jus edificandi* não é incompatível com a proteção da sustentabilidade ambiental. Assim, ainda que houvesse descumprimento de regras de licenciamento ambiental, não se estaria necessariamente em face de um crime, uma vez que o direito penal não se utiliza de imputações objetivas, nas quais simplesmente, por haver uma situação concreta, de aparente violação a um dever de proteção ao meio ambiente, estar-se diante de um ilícito.

Nesse contexto, tenho que não há provas suficientes para a condenação pelo crime art. 48 da Lei nº 9.605/98, motivo pelo qual mantenho a absolvição dos réus, nos termos da sentença.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

De ofício, reconheço a extinção da punibilidade do réu Edivaldo Monteiro de Oliveira, nos termos dos arts. 62 do CPP e 107 do CP, à vista da sua certidão de óbito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso ministerial, e de ofício, reconheceram a extinção da punibilidade do réu Edivaldo Monteiro de Oliveira.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 01 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0000642-55.2013.8.12.0018 - Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO SINGULAR – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO/MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO – ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03 – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO – POTENCIALIDADE DE CAUSAR DANO À INCOLUMIDADE PÚBLICA – OFENSIVIDADE DA CONDUTA PRESUMIDA – AFASTAMENTO DAS AGRAVANTES PREVISTAS NO ART 61, II, ALÍNEAS "D" E "H", DO CÓDIGO PENAL – INCABÍVEL – CRIME PRATICADO COM EMPREGO DE TORTURA E FOGO – IDADE DA VÍTIMA COMPROVADA POR MEIO DE DOCUMENTOS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA – DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DAS AGRAVANTES PREVISTAS NO ART 61, II, ALÍNEAS "D" E "H", DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO – AGRAVANTES CORRETAMENTE SOPESADAS – RECURSO IMPROVIDO.

O crime de latrocínio restou configurado nos presentes autos, pois, os apelantes mediante emprego de grave violência (tortura e fogo), que resultou o óbito da mesma, efetivaram a subtração do automóvel pertencente a vítima, desta forma, a competência para julgar o processo é a do juiz singular, conforme prevê a Súmula 603 do STF: *"A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri."*

Em sendo o conjunto probatório firme e harmônico, capaz de demonstrar a materialidade e a autoria delitiva, além de qualquer dúvida razoável, impõe-se a manutenção da condenação pela prática do crime de latrocínio, sobretudo quando os depoimentos testemunhais, provas periciais, evidências e dados informativos se revelam suficientes para demonstrar que a intenção dos réus foi a subtração do automóvel da vítima, valendo-se, para tal intento, de grave violência que resultou na morte do ofendido, através de tortura e emprego de fogo.

A conduta de possuir arma de fogo/munições de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar possui ofensividade presumida ao bem jurídico tutelado, sendo desnecessária a discussão acerca de sua potencialidade lesiva, uma vez que se configura crime de mera conduta e de perigo abstrato.

Estando comprovada de maneira incontestável que os apelantes praticaram o crime de latrocínio, mediante emprego de tortura e fogo, e que a vítima tinha mais de 60 anos, incabível o afastamento das referidas agravantes previstas no art. 61, II, alíneas "d" e "h", do Código Penal.

Tratando-se de agravantes, a majoração deve em regra ser realizada na fração de 1/6, no entanto, encontram-se presentes duas agravantes, tendo o magistrado utilizado fração inferior de 1/5 para as duas agravantes, o que revela-se justificável.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de julho de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Maurício da Silva Araujo e Magno Souza Oliveira interpõem o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba/MS, que os condenou como incursos nas sanções do art. 157, § 3º, c/c art. 61, II, alínea "d", ambos do Código Penal e art. 16 da Lei nº 10.826/03, infligindo-lhes a pena total de 27 anos de reclusão em regime inicial fechado e 70 dias-multa.

Nas razões, aduzem, em apertada síntese, que: preliminarmente, as provas colacionadas aos autos trataram-se de delito de homicídio e não de latrocínio, de forma que almejam a nulidade da sentença em razão da incompetência do juízo singular; caso não entendam pela nulidade da sentença, pugnam pela reforma da mesma, absolvendo-os em relação ao delito previsto no art. 157 § 3º do CP, nos termos do art. 386, VII, do CPP, pois não há provas suficientes para a sustentação do édito condenatório; também pela reforma da sentença com a absolvição dos apelantes em relação ao delito do art. 16 da Lei nº 10.826/03, nos termos do art. 386, III, do CPP, pois as armas apreendidas eram guardadas/utilizadas apenas para defesa pessoal e de suas famílias na zona rural; pelo decote das agravantes do emprego de tortura, fogo e senilidade, por ausência de provas materiais e documentais da incidência de todas elas; e caso não seja esse o entendimento, subsidiariamente requer a redução da fração de aumento das referidas agravantes.

Em contrarrazões (f. 914-928), o *Parquet* manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Ao se manifestar em parecer (f. 936-969), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento da preliminar, e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Consoante relatado, Maurício da Silva Araujo e Magno Souza Oliveira interpõem o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba/MS, que os condenou como incursos nas sanções do art. 157, § 3º, c/c art. 61, II, alínea "d", ambos do Código Penal e art. 16 da Lei nº 10.826/03, infligindo-lhes a pena total de 27 anos de reclusão em regime inicial fechado e 70 dias-multa.

Nas razões, aduzem, em apertada síntese, que: preliminarmente, as provas colacionadas aos autos trataram-se de delito de homicídio e não de latrocínio, de forma que almejam a nulidade da sentença em razão da incompetência do juízo singular; caso não entendam pela nulidade da sentença, pugnam pela reforma da mesma, absolvendo-os em relação ao delito previsto no art. 157 §3º do CP, nos termos do art. 386, VII, do CPP, pois não há provas suficientes para a sustentação do édito condenatório; também pela reforma da sentença com a absolvição dos apelantes em relação ao delito do art. 16 da Lei nº 10.826/03, nos termos do art. 386, III, do CPP, pois as armas apreendidas eram guardadas/utilizadas apenas para defesa pessoal e de suas famílias na zona rural; pelo decote das agravantes do emprego de tortura, fogo e senilidade, por ausência de provas materiais e documentais da incidência de todas elas; e caso não seja esse o entendimento, subsidiariamente requer a redução da fração de aumento das referidas agravantes.

Em contrarrazões (f. 914-928), o *Parquet* manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Ao se manifestar em parecer (f. 936-969), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento da preliminar, e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Passo ao exame do recurso.

Da preliminar de incompetência do juízo singular

Inicialmente em relação à preliminar de incompetência do juízo singular arguida pelos apelantes, os mesmos argumentaram que:

> *"Apesar do Parquet haver denunciado, e, o Juiz condenado os apelantes nos moldes do Art. 157, § 3º, do CP, no decorrer do processo se apurou, por todas as provas, interrogatórios e oitiva de testemunhas, apesar da total negativa e falta de provas de autoria em relação aos apelantes, não haver se tratado o fato imputado aos réus de crime de latrocínio, mas sim de homicídio.*
>
> *Destaca-se que o ânimo de subtração ínsito ao latrocínio não se evidenciou, tanto que o autor do fato deixou alto valor em espécie na residência da vítima, dentro de uma caneca (R$ 320,00), conforme declaração do investigador Betuel (f. 89) e laudo de exame no local (f. 209-210).*
>
> *Vale mencionar que, no roubo com resultado morte ("latrocínio"), a violência empregada - da qual deve resultar a morte -, ou se dirige à subtração, ou, após efetivada esta, a assegurar a posse da coisa ou a impunidade do delito patrimonial, que constitui a finalidade da ação.*
>
> *Diversamente, tem-se concurso de homicídio e roubo (ou furto), se a morte da vítima foi a finalidade específica da empreitada delituosa, embora tenha havido a subtração do veículo (o qual serviu unicamente para a fuga), razão pela qual a competência para o processo e julgamento do fato é do Tribunal do Júri e não do Juiz Singular, nos termos do artigo 5º, XXXVIII, "d" da CF.*
>
> *(...)*
>
> *Ademais a correta classificação jurídica, deve ser a mais favorável aos apelantes, já que o latrocínio não se comprovou.*
>
> *Isto porque, a conduta denominada latrocínio foi inserida no rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), o que poderá acarretar diversas consequências prejudiciais aos apelantes.*
>
> *Assim, pede-se seja decretada a incompetência do juízo singular, em razão das provas que tratou-se de delito de homicídio e não latrocínio, devendo ser declinada a competência ao Tribunal do Júri nos termos do artigo 5º, XXXVIII da CF. (...)"*

Adianto que a preliminar não deve ser acolhida.

Explico.

O crime de latrocínio caracteriza-se sempre que o evento morte estiver relacionado com o ataque patrimonial, sendo irrelevante a consumação da subtração da coisa alheia visada, pois se deve observar o dolo do agente.

A esse respeito, dispõe o enunciado 610 da Súmula do e. Supremo Tribunal Federal:

> *"Súmula 610 - Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima."*

No caso dos autos, os elementos colhidos durante a instrução processual denotam que o *animus* que identifica e qualifica a atividade comportamental dos apelantes estavam voltados à subtração do automóvel pertencente a vítima, isto é, a consciência e ação relacionavam-se à vontade primitiva de subtrair coisa alheia móvel.

Isso é o que se extrai da análise dos testemunhos, evidências, laudos e dados informativos exaustivamente analisados, que demonstram que a vítima estava em sua propriedade rural e que os apelantes mediante emprego de grave violência (tortura e fogo) que resultou o óbito da mesma, efetivaram a subtração do automóvel da vítima.

Vale destacar que *"os resultados qualificadores especificados pelo art. 157, § 3º, do Código Penal, podem ser imputados a título de dolo ou culpa, de tal forma que o latrocínio consuma-se quando o agente diretamente pretende causar lesões graves ou a morte para fins de subtração de bens, e, também, quando tais resultados são causados culposamente durante a empreitada criminosa, sem que fosse intenção inicial do agente produzi-los"* (Rogério Greco. Curso de direito penal: parte especial. v. III. Editora Impetus, 2006. f. 89).

Não se pode, assim, apontar a ausência de comprovação da subtração do bem móvel.

Aliás, ainda que se pudesse cogitar da não consumação da subtração, tal circunstância em hipótese alguma desnaturaria o crime de latrocínio, conforme termos do enunciado inicialmente citado, já que incontroverso o *animus furandi* relacionado com o resultado morte.

Em casos similares, assim manifesta-se a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO TENTADO – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO MAJORADO TENTADO – INVIABILIDADE – COMPROVADO O PROPRÓSITO DO AGENTE DE CEIFAR A VIDA DA VÍTIMA PARA ASSEGURAR A SUBTRAÇÃO – ALMEJADA A ATENUAÇÃO DA REPRIMENDA EM VIRTUDE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – SANÇÃO BASILAR JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – POSTULADA A APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO DE PENA PELA TENTATIVA – IMPROCEDÊNCIA – ITER CRIMINIS PERCORRIDO – PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO – PLEITEADA A SUBSTITUIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PELO SEMIABERTO – ÓBICE LEGAL – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 8 ANOS – CURTO PERÍODO DE ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO QUE NÃO PERMITE A FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INAUGURAL – APELO DESPROVIDO.* ***Existindo nos autos provas robustas no sentido de que o réu efetuou disparos de arma de fogo na direção da vítima, com o inequívoco propósito de matá-la a fim de assegurar a consumação da subtração, não há falar em desclassificação do crime de latrocínio tentado para o de roubo majorado pelo emprego de arma.*** *O reconhecimento de circunstâncias atenuantes, como a confissão espontânea, na segunda etapa da dosimetria da pena, não pode conduzir à fixação da reprimenda em patamar inferior ao mínimo legalmente cominado no preceito secundário do tipo. A fração de redução de pena pela tentativa deve ter por parâmetro o iter criminis percorrido pelo agente, de sorte que, aproximando-se ele da consumação do delito, revela-se inviável a fixação da fração mínima de 1/3. A condenação do acusado a pena privativa de liberdade superior a 8 anos de reclusão impede a fixação de regime inicial diverso do fechado, mormente quando o período de encarceramento provisório se mostra diminuto, de modo a tornar inócuo o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal".* (TJMT; APL 16145/2018; Várzea Grande; Rel. Des. Pedro Sakamoto; Julg. 06/06/2018; DJMT 14/06/2018; Pág. 161) (grifo nosso)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, §2º, I E II, DO CP), ROUBO QUALIFICADO POR LESÃO CORPORAL GRAVE (ART. 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DO CP) E LATROCÍNIO TENTADO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP), NA FORMA DO ART. 70 DO CP (CONCURSO FORMAL) – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – INACOLHIDO – ACERVO PROBATÓRIO CONVINCENTE PARA DEMONSTRAR A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVAS –* ***PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO PARA O DE ROUBO QUALIFICADO POR LESÃO CORPORAL GRAVE – INACOLHIDO – CONDUTA VOLTADA PARA O FIM***

DE GARANTIR A SUBTRAÇÃO DOS BENS DAS VÍTIMAS – *PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL – ACOLHIDO PARCIALMENTE – PENA DIMINUÍDA – PRESENÇA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME) – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – UNÂNIME". (TJSE; ACr 201800321792; Ac. 21357/2018; Câmara Criminal; Rel. Des. Edson Ulisses de Melo; Julg. 18/09/2018; DJSE 24/09/2018) (grifo nosso)*

Ademais, o magistrado *a quo*, ao rejeitar tese de incompetência do juízo singular, consignou:

> *"(...) Afasto a tese da defesa quanto a desclassificação do crime previsto no Art. 157, §3º, do Código Penal, para o delito de homicídio, com o consequente reconhecimento da incompetência deste juízo para apuração da infração em tela.*
>
> *Ora, não está estampado nos autos apenas o animus necandi dos agentes em malefício da vítima, ou melhor, não restou evidenciado que os algozes objetivavam tão somente a morte da vítima. O fato dos autores não subtraírem a quantia monetária localizada no interior da residência da vítima Darci não implica na desclassificação do crime de latrocínio para o delito de homicídio.*
>
> *A substração de bem pertencente à vítima, no caso seu automóvel, resultou na morte desta em decorrência do emprego de grave violência. A configuração do roubo qualificado pelo resultado morte não requer a subtração de todo e qualquer bem ou total dilapidação do patrimônio total da vítima. Basta, como no caso em tela, que da subtração resulte a morte da vítima em decorrência da exacerbada violência empregada, ou seja, a morte de Darci decorreu de violência empregada no contexto e em razão do roubo de seu automóvel. Nesse sentido, vale destacar a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal: "Há crime de latrocínio quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima".*
>
> *Em síntese, concluo estar estampado nos autos o crime complexo do latrocínio em virtude da fusão do crime roubo (este como crime-fim) e do homicídio (este como crime-meio), com a ofensa de dois bens jurídicos (patrimônio e vida humana), e não apenas ofensa à vida humana. Evidencia-se que tanto o crime de roubo quanto o resultado morte foram dolosos, a conta pelo modus operandi empregado pelos réus, com destaque para a tortura e emprego de fogo. (...)"*

Cumpre ressaltar o que prevê a Súmula 603 do Superior Tribunal Federal, *verbis:*

> *"Súmula 603 – A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri."*

Nesse sentido sinaliza as seguintes jurisprudências:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIOS – CONSUMADO (UMA VEZ) E TENTADO (DUAS VEZES) – ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS (TRÊS VEZES) – CORRUPÇÃO DE MENOR – PRELIMINAR – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – INOCORRÊNCIA – REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA – TENTATIVA – DESCLASSIFICAÇÃO – ROUBO MAJORADO OU ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE – INCABÍVEIS – DOSIMETRIA – ATENUANTES – VEDADA A REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – SÚMULA Nº 231 DO STJ – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA – RECURSOS DESPROVIDOS.* ***1. Delimitado que o crime praticado contra a vítima Bartolomeu foi o de latrocínio consumado e não de homicídio, não há que falar em incompetência do juiz singular para julgar o presente feito, a teor do disposto na Súmula nº 603, do Supremo Tribunal Federal: A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri (DJ de 29/10/1984, f. 18113; DJ de 30/10/1984, f. 18201; DJ de 31/10/1984, f. 18285).*** *2. Provado que o apelante, além de estar portando uma faca no*

momento do crime, aderiu conscientemente à conduta dos comparsas, tendo conhecimento que um deles portava uma arma de fogo e o outro uma arma branca, impossível o reconhecimento da tese de participação dolosamente distinta, pois era plenamente previsível a ocorrência do crime mais grave (latrocínio consumado). 3. A não subtração de bem da vítima não impede a configuração do crime de latrocínio, na medida em que houve a consumação do homicídio, entendimento que se amolda perfeitamente ao enunciado da Súmula nº 610 do Supremo Tribunal Federal, verbis: Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima. Assim, não há falar em desclassificação do crime de latrocínio consumado para o de homicídio. 4. Ainda no tocante ao crime de latrocínio consumado, se considerado que não tenha sido o apelante quem desferiu o golpe de faca que matou a vítima, mas um de seus comparsas, não deve ser desclassificada a conduta para tentativa de latrocínio, uma vez que, ciente de que seriam empregadas armas (brancas e de fogo) nos roubos, como foi provado nos autos, ele aderiu a conduta de seus comparsas, assumindo o risco pela morte do ofendido. 5. Em relação aos crimes de latrocínio tentado, impõe-se a conclusão de que o apelante, claramente, tentou produzir o resultado morte ao desferir as facadas contra as vítimas, pois as regiões (cabeça e peito/pescoço) para as quais os golpes foram dirigidos (em ambas as vítimas), por si sós, já representam um grave risco de morte, haja vista a alta letalidade daqueles locais do corpo, evidenciando o dolo de matar que motivou sua ação, a qual somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade. 6. O colendo STJ, Corte criada para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, pelo verbete 231 de sua Súmula, pontificou da impossibilidade jurídica de se fixar a pena aquém do mínimo legal em virtude da existência de circunstância atenuante. No mesmo sentido o Excelso STF ao apreciar, com o caráter de repercussão geral, no RE 597270 RG-QO/RS. 7. O fato de o apelante ter atacado, violentamente, uma vítima mulher, aplicando-lhe inúmeras facadas na cabeça enquanto ela se encontrava acuada e agachada num canto da parede, sem esboçar qualquer reação, caracteriza, de fato, circunstância que excede ao tipo, podendo ser valorada negativamente. 8. A análise do pedido de não aplicação da fração de 2/5 (dois quintos) para a progressão de regime, com base na totalidade da pena aplicada, é da competência do Juízo de Execução. 9. Como é do conhecimento, não há falar em constrangimento ilegal pela negativa do direito de recorrer em liberdade se o réu permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando a decisão que originariamente decretou a prisão cautelar padece de ilegalidade ou houve alguma alteração fática relevante, o que não ocorre nos autos. 10. Preliminar rejeitada. Recursos desprovidos". (TJDF; APR 2016.05.1.008732-3; Ac. 112.4427; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos; Julg. 13/09/2018; DJDFTE 20/09/2018) (grifo nosso)

"APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – PRELIMINAR – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – INOCORRÊNCIA – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO – IMPOSSIBILIDADE – CORRUPÇÃO DE MENOR – ABSOLVIÇÃO – INVIALIBIDADE – ***Não há que se falar em incompetência absoluta do Juízo para processar e julgar os fatos narrados na denúncia, se essa descreve, com clareza, a prática, em tese, de crime de latrocínio, tanto é, que, na resposta escrita à acusação nenhum questionamento foi levantado a respeito da competência e, durante a instrução processual, não restou evidenciada a prática de crime doloso contra a vida –*** *Comprovadas a materialidade e a autoria do crime, bem o elemento subjetivo do injusto penal, ausentes causas excludentes de ilicitude ou de isenção de pena, não há como se acolher o pleito defensivo de absolvição. Havendo nexo de causalidade entre a violência empregada pelos agentes durante o crime de roubo e a morte da vítima, não há que se falar em desclassificação do delito de latrocínio para o de roubo simples ou de homicídio. Existindo nos autos documento hábil, dotado de fé pública, capaz de comprovar a menoridade do adolescente, não há que se falar em ausência de prova da materialidade do crime tipificado no artigo 244 - B, da Lei nº 8.069/90."* (TJMG; APCR 1.0384.16.007933-9/001; Relª Desª Maria Luíza de Marilac; Julg. 17/07/2018; DJEMG 27/07/2018) (grifo nosso)

Assim, sem mais delongas, rejeito a preliminar arguida pela defesa.

Do pedido de absolvição do crime de latrocínio

No mérito, o pleito absolutório alusivo ao crime de latrocínio não merece prosperar.

Vejamos.

Narra a inicial acusatória que (f. 01-03):

> *"(...) no dia 22/01/2013, às 11h00min, na Fazenda Barrerinho do Ariranha, os denunciado Magno Souza Oliveira e Maurício Da Silva Araujo, em concurso com o menor infrator Jessiel Nunes Pereira, subtraíram para si coisa móvel alheia, mediante violência, na qual resultou na morte (certidão de óbito de f. 80) da vítima Darci Gonçalves de Castro. Ademais, possuíam armas de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *Consta dos autos que na data e hora acima mencionados os denunciados e menor infrator foram ao local do crime, por motivos de dívidas de drogas. Desse modo, subtraíram um veículo marca UNO S. 1.5/FIAT, cor verde, ano 1991, placa HQF/5094 da vítima, mediante emprego de grave violência, consistindo em tortura, sinais visíveis de queimaduras e ferimentos proporcionados por disparos de arma de fogo. Da violência empregada, resultou-se a morte da vítima. (...)."*

A materialidade decorre do auto de prisão em flagrante delito (f. 05-06), boletim de ocorrência (f. 51-54 e 68-74), do auto de apreensão (f. 37-38 e 83), laudo de exame de corpo de delito – exame necroscópico (f. 426-432), exame em local de morte violenta (f. 202-234), exame em imagens (f. 235-258), provas testemunhais e demais elementos angariados na instrução processual.

A autoria delitiva dos apelantes, da mesma forma, é inconteste.

Observe que o apelante Maurício da Silva Araújo, tanto na fase extrajudicial (f. 20-21), quanto na judicial (f. 538), em seu interrogatório, negou os fatos e alegou que conheceu Jessiel na casa de Magno na virada do ano e que só o viu novamente no dia 22 de janeiro, quando Magno apareceu na fazenda juntamente com o adolescente em um carro e que em seu interior havia uma bolsa e um revólver. Ademais, afirmou que saiu com Magno para recolherem algumas madeiras e que posteriormente Jessiel o convidou para irem à um bar próximo da pista, ademais quando voltaram do bar, foram até a cidade, haja vista que a esposa de Magno, "Érika", precisava vacinar a filha e aproveitaria para entregar frango, pequi e algumas roupas sujas para sua irmã. Além disso, alegou que pararam no posto de combustível "Trevão" e que na sequência foram perseguidos pela polícia, momento em que tomou conhecimento dos fatos.

Já o apelante Magno Souza Oliveira, em seu interrogatório extrajudicial (f. 16-17), negou as acusações imputadas a ele, *verbis*:

> *"(...) que o interrogando nega qualquer participação no crime, em questão, apenas pediu carona para "Jessiel" no intuito de dirigir-se a esta cidade de Paranaíba/MS; que confessa que a arma apreendida em sua residência é de sua propriedade a qual usa para espantar lobinhos e gatos do mato; que não tem registro nem porte de arma; que o interrogando nada sabe da arma de fogo tipo revolver apreendido na residência de "Maurício", precisamente no curral da casa; que nunca foi preso ou processado; que não conhecia a vítima, em questão, e que ficou ciente dos fatos quando preso pela polícia militar."*

Além disso, em seu depoimento judicial (f. 538), Magno continuou negando a participação no crime, ratificando a versão apresentada perante a autoridade policial.

Nada obstante a negativa de autoria apresentada pelos apelantes, o exame das circunstâncias do caso concreto evidenciam que os mesmos praticaram o crime de latrocínio, pois, em interrogatório judicial (f. 699), o adolescente Jessiel Nunes Pereira, narrou com riqueza de detalhes como se deu a empreitada criminosa e imputou aos apelantes Maurício e Magno a autoria delitiva. Dessa forma, segue trechos da sentença quanto ao depoimento judicial do mesmo (f. 839-840):

"Informou que conheceu os réus em razão de sua genitora. Disse que saia com os autores, sendo que estes o convidaram para resolver uma dívida de droga (sic). Alegou ter ficado na porteira da vítima, enquanto os réus desceram e foram em direção a esta. Consta que dirigiu o automóvel da vítima até a fazenda onde os réus moravam e, posteriormente, vieram até a cidade, efetuaram algumas compras, abasteceram o veículo, momento em que foram abordados pelos policiais, empreenderam fuga, mas sem êxito: foram abordados pelos militares. Sobre a motocicleta deixada na casa da vítima: furtou-a em Aparecida do Taboado/MS, dirigiu-se até a fazenda de seu tio, José Furtado Rodrigues, ficando hospedado no local até o dia 20; ressaltou ter tomado posse do revólver de seu tio e o vendeu. Consta que Maurício efetuou disparos com o revólver de seu tio. Afirmou que, para dirigirem-se até a fazenda da vítima valeram-se de duas motocicletas, sendo uma na cor vermelha e outra de cor preta, esta última produto de furto em Aparecida do Taboado e permaneceu na residência da vítima; salientou que os réus devolveram a motocicleta vermelha para pessoa desconhecida. Informou que se dirigiu até o local do crime sozinho, sendo que na outra foram os dois réus. Expôs que os acusados dirigiram-se para a casa da vítima em posse de uma arma. Disse que antes de se dirigirem para a fazenda da vítima foram até a fazenda de Olcian, o qual era vizinho da vítima, mas não participou da empreitada criminosa. Alegou que conhecia apenas o réu Magno. Disse que na fazenda da vítima ouviu três ou quatro disparos de arma de fogo. Não viu a vítima no dia dos fatos. Mencionou que a vítima levantou e foi conversar com os réus, sendo que posteriormente se alteraram e, depois, ouviram-se os disparos. Informou que Magno foi quem efetuou os disparos. Disse que Érika é esposa de Magno, porém esta não os acompanhou na prática delitiva. Encontraram com Érika, já em posse do carro da vítima, no espelho d' água e, depois, foram em direção ao bairro Karina. Disse que os autores vieram de motocicleta, sendo que veio conduzindo o veículo da vítima até a cidade, buscou Érika e, depois, foi a um hotel, de acordo com as ordens dos réus. Disse ter se aproximado da segunda porteira, a qual é mais próxima da residência, oportunidade em que sentiu o cheiro forte de queimado. Alegou que viu os denunciados de costas quando alvejaram a vítima. Mencionou que trouxe o veículo da vítima da fazenda para a cidade, em direção ao hotel, sendo que os acusados precisavam devolver a motocicleta vermelha era de algum parente dos denunciados. Retifica seu depoimento apresentado na fase policial, inclusive no tocante ao fato de Érika já se encontrar na cidade, vez que não os acompanhou para a prática do crime. Sobre caminhonete, afirmou que não se recorda desse veículo, mas afirmou que este não os acompanhava. No que concerne ao veículo da vítima, disse que tomou posse deste sob ordem dos réus, uma vez que iriam vendê-lo para receber a dívida. Expôs que conhecia apenas a sobrinha da vítima, uma vez que namorava com esta, mas desconhecia a pessoa Darci. Os denunciados dirigiram-se até a residência da vítima com a intenção de receber a dívida. Narrou ter vendido o revólver calibre 32 para Maurício. Disse que a negativa dos autores não coaduna com a realidade. Mencionou que era amigo dos réus há 02 (dois) meses. Ressaltou que os acusados pediram para que assume a responsabilidade do crime, uma vez que era menor e não haveria problemas. Entretanto, disse que já tinha cometido alguns atos infracionais e não assumiria o crime, momento em que começou a receber ameaças dos autores, vendo-se obrigado a mudar de cidade e não vem a Paranaíba/MS há três anos. No que tange à motivação do crime, informou que os autores lhes disseram que se tratava de uma dívida de droga. Expôs ter ficado receoso de pegar o veículo da vítima, na cor verde escura ou clara. Reafirmou que os autores do crime foram os réus Magno e Maurício. Em continuação ao depoimento, disse que ao chegar em Paranaíba/MS estava conduzindo veículo UNO enquanto os autores vieram de motocicleta, momento em que recebeu ligação de Magno para buscar Érika. Reafirmou que nunca esteve na fazenda da vítima, nem conhecia sua pessoa. Não sabe se a vítima tinha envolvimento com drogas por desconhecê-las, destacando que apenas ouviu os réus afirmarem que o crime referia-se a uma dívida de drogas."

Ademais, o policial Danival Leal da Silva, em seu depoimento na fase judicial (f. 309), declarou que participou da prisão dos agentes, e que os mesmos estavam em posse do veículo da vítima em uma casa nas proximidades do fórum da cidade. Ademais, disse que o menor Jessiel informou que foram até a fazenda da vítima por meio de motocicletas, sendo que uma dessas motos, foi objeto de um furto que cometeu na cidade de Aparecida do Taboado/MS.

Já a policial Elizângela Cândida Marques (f. 309), perante a autoridade judicial informou que uma pessoa com voz masculina fez uma denúncia anônima informando que havia avistado o veículo da vítima Darci

em um hotel, no período da noite, sendo que a vítima estaria na fazenda naquele horário. Assim, os policiais militares abordaram o veículo próximo ao posto Trevão, em uma casa. Salientou que um dos ocupantes, Jessiel, era o menor de idade e bastante conhecido no meio policial. Disse ainda, que acompanhou o delegado até a fazenda de um dos acusados e no local, localizaram uma espingarda no interior do curral.

Como se vê, as narrativas prestadas pelos policiais são firmes, coerentes e harmônicas com os elementos informativos reunidos na etapa preparatória da persecução criminal.

Diante da robusta verossimilhança, tais relatos merecem crédito, até porquê não se vislumbra qualquer pretensão escusa por parte dos policiais em gratuitamente prejudicarem o Apelante, imputando-lhes falsamente um crime.

Vale ressaltar que não há qualquer suspeição no testemunho de agentes públicos 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:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – TESTEMUNHO DE POLICIAIS – VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO – CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO – INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. 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 - *Habeas Corpus* - 2008/0009791-4, Sexta Turma, São Paulo, Ministro Og Fernandes, em 05/11/2009)

Também deve ser levado em consideração, o depoimento da testemunha Antônia Alves da Silva (f. 309), pois quando inquirida judicialmente, declarou que a vítima morava sozinha e não costumava receber visitas, além disso, não sabe dizer sobre os fatos pois nunca soube de qualquer confusão que a vítima poderia estar envolvida e nem que a mesma tinha dívidas. Alegou que estava na casa de sua irmã quando visualizou duas motos passando em direção à casa da vítima por volta das 19h30min, sem que houvesse o retorno delas, além disso, disse que em umas das motos tinha um homem e uma mulher, e na outra, dois homens. Afirmou ainda que a estrada não é movimentada e que não reconheceu os condutores das motos, além de ter mencionado que junto das motos havia também uma caminhonete de cor escura.

Outrossim, a testemunha Maria Luiza de Oliveira, cunhada da vítima, judicialmente (f. 309), mencionou que a vítima tinha um veículo de cor verde, que na data dos fatos viu duas motocicletas e uma caminhonete passando pela estrada, tanto na ida quanto na volta, afirmou ainda que uma das motocicletas era de cor vermelha. Alegou que haviam duas pessoas em cada motocicleta, mas que não reconheceu nenhum dos condutores. Disse que soube do crime por volta das 10h00min, pois seu marido, irmão da vítima foi até a fazenda para cuidar de algumas vacas e percebeu que as porteiras estavam abertas e que não havia ninguém no imóvel, sendo que por este motivo acionou a polícia. Informou ainda que a vítima possuía dois celulares, que viu uma motocicleta passar em torno das 14 horas e que conversaram com a vítima após esse horário.

Nota-se, ainda, que a testemunha Denildo Gonçalves de Castro, irmão da vítima, perante o juízo (f. 309), informou que foi na fazenda da vítima para transportar um gado e que não encontrou ninguém no local, disse que o veículo da vítima não estava lá e que a porta da casa estava trancada. Desta forma, foi até sua residência, ligou para seus irmãos e perguntou por Darci, porém ninguém sabia do seu paradeiro. Diante disso, retornou para a residência da vítima acompanhado de um vizinho e que avistou Darci sem vida próximo residência. Verificou que seu irmão teria sido arrastado até o local. Salientou que Darci não possuía arma de fogo, que não costumava guardar dinheiro em sua casa e que haviam subtraído seu automóvel, celular e cartões de credito. Indagou que seu irmão havia passado em sua casa no dia anterior e que se apresentava tranquilo, além de que nunca soube de crime semelhante naquela região. Disse que Darci não usava drogas e nem consumia bebidas

alcoólicas, ademais alegou que houve uma festa na casa da vítima no dia 31 de agosto e que Jessiel estava presente por ser conhecido dos vizinhos. Expos que os objetos da vítima foram recuperados e não sabia dizer se o relógio encontrado no local pertencia à seu irmão. Soube posteriormente que uma motocicleta preta foi encontrada no interior da cozinha da vítima, sendo que a porta estava trancada. No mais, disse que no dia dos fatos recebeu ligação de Darci por volta das 19h45min., mas que não atendeu e nem retornou a ligação.

Como se observa, os depoimentos prestados pelas testemunhas são firmes e coerentes entre si, bem como encontram-se alinhados com as evidências que exsurgem do caso concreto, de modo que merecem crédito.

Logo, diante das provas carreadas aos autos, resta suficientemente demonstrado, além de qualquer dúvida razoável, que os apelantes Maurício e Magno mataram a vítima Darci, mediante emprego de grave violência e tortura, na sequência, subtraíram o seu automóvel, de modo que não há falar-se em absolvição por insuficiência probatória.

Da absolvição do crime de posse de arma de fogo por atipicidade da conduta

Os apelantes também pugnam pela reforma da sentença para absolve-los do delito do art. 16 da Lei nº 10.826/03, nos termos do art. 386, III, do CPP, por atipicidade da conduta, alegando que as armas apreendidas eram guardadas/utilizadas apenas para defesa pessoal e de suas famílias na zona rural.

Vejamos os fatos narrados na inicial acusatória (f. 1-3):

> *"(...) Consta dos autos de Inquérito Policial que no dia 22/01/2013, às 11h00min, na Fazenda Barrerinho do Ariranha, os denunciado Magno Souza Oliveira e Maurício da Silva Araujo, em concurso com o menor infrator Jessiel Nunes Pereira, subtraíram para si coisa móvel alheia, mediante violência, na qual resultou na morte (Certidão de Óbito de f. 80) da vítima Darci Gonçalves de Castro. Ademais, possuíam armas de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *Consta dos autos que na data e hora acima mencionados os denunciados e menor infrator foram ao local do crime, por motivos de dívidas de drogas. Desse modo, subtraíram um veículo marca UNO S. 1.5/FIAT, cor verde, ano 1991, placa HQF/5094 da vítima, mediante emprego de grave violência, consistindo em tortura, sinais visíveis de queimaduras e ferimentos proporcionados por disparos de arma de fogo. Da violência empregada, resultou-se a morte da vítima.*
>
> *Em diligências, o denunciado Maurício da Silva Araujo, indicou que a arma do crime, revólver calibre 32 com numeração adulterada, encontrava-se em sua residência. Ato contínuo foi apreendida uma espingarda calibre 32/65 de nº 230016 modelo 651, a qual estava na residência de Magno Souza Oliveira.*
>
> *Há que se ressaltar que os objetos relacionados com o crime foram apreendidos, conforme Auto de Apreensão de f. 33-34. Foi anexado aos autos o laudo pericial referente às armas apreendidas, consoante f. 66-71. (...)"*

A materialidade e a autoria delitivas são incontroversas nos autos e estão demonstradas por meio do auto de apreensão (f. 37-38 e 83), Boletim de Ocorrência (f. 51-54 e 68-74), laudo de exame em armas de fogo e munição (f. 76-1), assim como pela confissão dos apelantes e pelos depoimentos testemunhais, todos colhidos em Juízo.

Em verdade, a questão controvertida cinge-se à alegada atipicidade em razão da suposta ausência de lesividade da conduta dos réus, porquanto as armas de fogo apreendidas eram para defesa pessoal e de suas famílias na zona rural.

Sem razão.

Ora, o crime tipificado no artigo 16, *caput*, da Lei 10.826/03 é de mera conduta e de perigo abstrato. Assim, para a sua caracterização, basta a simples posse irregular da arma de fogo/munições de uso permitido, o que, por si só, já coloca em risco o bem da vida tutelado, qual seja, a paz social e a segurança pública, sendo prescindível que a conduta do agente efetivamente exponha outra pessoa a risco.

Ou seja, em tais circunstâncias, o crime se consuma mesmo sem produção de dano efetivo e, pelo caráter abstrato ínsito, não é preciso sequer a comprovação da colocação em perigo do bem jurídico tutelado, pois a lei se contenta com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.

Nesse sentido, vale conferir a jurisprudência deste e. TJMS:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO – CONDENAÇÃO MANTIDA – CRIME DE MERA CONDUTA – BASTA POSSUIR – RECURSO DESPROVIDO. 1. A Lei do Desarmamento tem como objetivo a segurança e a paz social, pelo que estabeleceu o controle das armas de fogo e de seus acessórios como medida imprescindível para esse fim.* ***É assente que o porte ilegal de arma de fogo/munição é crime de mera conduta, ou seja, a ação de portar basta para constituir o crime. É também crime de perigo abstrato, consuma-se com a prática da conduta, ou melhor, como é tratado pela Doutrina, é crime de simples desobediência. 3. O fato de o agente estar portando arma de fogo/munição sem autorização é suficiente para a caracterização desse delito, não importando o resultado concreto da ação".*** (TJMS. Apelação nº 0009086-26.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 05/06/2019, p: 06/06/2019) (grifo nosso)

Em abono:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – DISCUSSÃO DE QUESTÃO SOBRE A QUAL NÃO HOUVE DIVERGÊNCIA – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – ARMA DESMUNICIADA – IRRELEVÂNCIA – CRIME DE MERA CONDUTA – EMBARGOS CONHECIDOS EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDOS. Em sede de embargos infringentes, não se conhece de matéria sobre a qual não houve divergência por ocasião do julgamento da apelação criminal.* ***A posse ilegal de arma de fogo, seja de uso permitido ou de uso restrito, é crime de perigo abstrato, sendo irrelevante que o artefato esteja desmuniciado, pois sua ofensividade não reside apenas na característica de poder disparar projéteis, mas também no potencial modo de intimidação".*** (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0046018-52.2012.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Seção Criminal, Relator (a): N/A, j: 08/05/2019, p: 10/05/2019) (grifo nosso)

Desse modo, por estarem comprovadas a materialidade e autoria delitiva, mantenho a condenação dos apelantes pelo crime tipificado no artigo 16, da Lei 10.826/03.

Do afastamento das agravantes previstas no art. 61, ii, alínea "d" e "h", do Código Penal

Os apelantes também pugnam pelo decote das agravantes do emprego de tortura, fogo e senilidade, ante a ausência de provas materiais e documentais.

Sem razão.

Quanto à agravante do art 61, II, "d", do CP, ao contrário do alegado pelos apelantes, a mesma foi devidamente comprovada por meio dos laudos periciais (f. 201-234 e 426-432), vejamos a conclusão dos referidos, *verbis*:

> *"(...) IX - Conclusão*
>
> *Ante ao exposto, infere o perito, que no local do presente Laudo ocorreu uma morte violenta, enquadrável como homicídio tendo com um dos agentes causadores a ação do fogo e outros, ficando, entretanto, tal indicação condicionada ao resultado do laudo da perícia médica. (...)"*

"(...) 7 Conclusão

Do observado e acima exposto concluímos que examinamos um corpo em estado de morte real cuja causa mortis deveu-se a hemorragia torácica (PAF), mais queimaduras extensas. (...)

Nesse prospecto, a fundamentação declinada na sentença (f. 830-853) revelou-se suficiente para justificar a incidência das agravantes do emprego de tortura e fogo, vejamos:

"(...) No tocante às agravantes e atenuantes, incorre no caso em comento a agravante de crime cometido com emprego de tortura e fogo, previsto no art. 61, inciso II, alínea "d", do Código Penal Brasileiro. ***Restou clarividente nos autos que a vítima foi torturada pelos autores antes de sua morte, como restou demonstrada pelas ataduras que continham sangue, assim como pelos sulcos (marcas) em seu tornozelo esquerdo, evidenciando práticas de tortura. Ademais, verificou-se também o emprego de fogo, com consequente carbonização e queimadura de graus variados na vítima.*** *Essa agravante incide apenas para o crime de latrocínio. (...)"* (grifo nosso)

Nesta senda, segue o entendimento jurisprudencial:

"APELAÇÕES – DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO – LATROCÍNIO CONSUMADO – MEIO CRUEL – IRRESIGNAÇÕES DEFENSIVA E MINISTERIAL – FATO-CRIME. Acusado que, por circunstâncias não suficientemente esclarecidas, adentrou na residência da vítima e, para lhe subtrair uma televisão e um celular, efetuou diversos golpes com instrumento pérfuro-cortante no ofendido, que veio a óbito posteriormente. Autoria delitiva. Embora ausente testemunha presencial do fato, há nos autos elementos concretos indicadores, de forma segura, da prática delitiva por parte do réu. Além da prova indiciária, que em boa parte foi ratificada em juízo, que aponta que o réu foi visto, logo após o fato, transportando em via pública, na madrugada uma televisão grande, idêntica à subtraída da vítima, foi constatado, mediante autorização judicial, que foi efetuada uma ligação, por meio do número de celular pertencente ao ofendido (objeto que também foi subtraído), ao número de telefone de um "mototáxi", ligação esta que foi efetuada pelo acusado e que foi presenciada por testemunhas. Ademais, foi realizada perícia papiloscópica numa faca, apreendida na residência da vítima, oportunidade em que se constatou a identidade papiloscópica entre o fragmento periciado com o dedo polegar da mão esquerda do acusado. Embora não seja o caso, os indícios são meios de prova aptos a lastrear um Decreto condenatório. Precedentes e doutrina. Condenação mantida. ***Agravante do meio cruel. Devidamente reconhecida. Segundo se observa do auto de necropsia e do mapa das regiões anatômicas, o ofendido apresentou cerca de 13 (treze) feridas "pérfuro incisas" em diversas regiões do corpo (pescoço, abdômen, peito e braços). Ainda que os peritos tenham respondido "não" ao quarto quesito (se a morte "foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, ou por outro meio insidioso ou cruel"), a multiplicidade de golpes com instrumento pérfuro-cortante causou - Considerando o cenário fático, no qual a vítima também foi amarrada a uma cadeira e somente foi encontrada por vizinhos diante de seus gemidos - Padecimento excessivo e desnecessário ao ofendido, que não faleceu de forma instantânea, mas no hospital e somente 04 horas após o crime. Tais circunstâncias demonstram a brutalidade da conduta do réu, que infligiu ao ofendido sofrimento atroz e configura, portanto, a agravante do meio cruel.*** *Consigna-se que a conclusão de que o crime foi cometido mediante meio cruel é permitida pelo artigo 182 do CPP, que dispõe que "o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. " dosimetria da pena. Revaloração das circunstâncias judiciais. Basilar fixada em 22 (vinte e dois) anos de reclusão, considerando o recurso ministerial quanto ao ponto, para o fim de guardar proporção com os critérios da proporcionalidade, necessidade e suficiência da pena. Reprimenda provisória exasperada em 01 (um) ano de reclusão pela agravante do meio cruel. Proporcionalidade. Pena definitiva fixada em 23 (vinte e três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, forte o artigo 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, do Código Penal. Detração. Nos termos do que dispõe o artigo 387, § 2º, do CPP, reconhece-se, de ofício, o tempo de prisão cautelar do réu, preso preventivamente durante toda instrução, para efeitos de detração, sem qualquer alteração no regime de cumprimento porque dito dispositivo deve ser interpretado em consonância com o artigo 112 da LEP. Determinada a retificação do pec provisório. Recurso defensivo desprovido. Apelo ministerial parcialmente provido. Disposições de ofício.* (TJRS; ACr 0090915-32.2016.8.21.7000; Dom Pedrito; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak; Julg. 30/06/2016; DJERS 12/07/2016)" (grifo nosso)

Como se observa, o emérito juiz *a quo* justificou adequadamente a incidência das referidas agravantes, destacando a gravidade concreta da conduta perpetrada e o *modus operandi* empregado pelos apelantes, que, muito extrapolaram a violência normal do tipo, utilizando extrema violência e agressões desnecessárias à consumação do crime.

Logo, criteriosamente analisados os elementos de prova trazidos aos autos, forçosa é a conclusão de que os apelantes praticaram o crime de latrocínio mediante emprego de tortura e fogo, sendo incabível o afastamento das referidas agravantes.

Por outro lado, também não há falar em afastamento da agravante prevista no art 61, II, "h", do CP, haja vista que a idade da vítima foi devidamente comprovada nos autos por meio das informações pessoais contidas no Boletim de Ocorrência (f. 51-54), documento este, objeto de fé pública.

No mais, existem nos autos outros documentos que fazem menção à avançada idade da vítima, como por exemplo, o laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico (f. 426-432), bem como, demais depoimentos testemunhais. Vejamos o que o magistrado *a quo* fundamentou em sua *decisium* (f. 849):

> *"(...) Nesse sentido, verifico a incidência da agravante de crime cometido contra maior de 60 (sessenta) anos, como dispõe o art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal. De acordo com os autos, a vítima contava com 64 (sessenta e quatro – nascida aos 31/08/1948) anos de idade (vide boletim de ocorrência - f. 51-54; 68-74). Essa agravante também incidirá somente para o crime de latrocínio. (...)"*

Nesse sentido, colhe-se a jurisprudência deste r. Sodalício:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE (ART. 129, §§ 3º E 7º, CP) – DECOTE DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 129, § 7º, CP – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO FORMAL APTO A COMPROVAR A SENILIDADE DA VÍTIMA – TESE RECHAÇADA – EXISTÊNCIA DE OUTROS DOCUMENTOS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA – DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS ATESTANDO SER A VÍTIMA MAIOR DE SESSENTA ANOS DE IDADE – RECURSO IMPROVIDO.* ***É irrelevante que não conste dos autos documento formal que comprove a data de nascimento da vítima, pois a comprovação da idade não se restringe à certidão de nascimento ou carteira de identidade, podendo ser comprovada por outros documentos dotados de fé pública.*** *Se no boletim de ocorrência e no laudo de exame de corpo de delito-exame necroscópico, anexado aos autos consta que a vítima possuía 63 (sessenta e três) anos de idade na data dos fatos, ratificado por depoimentos testemunhais, não se afasta a majorante prevista no artigo 129, § 7º do CP. Com o parecer, recurso improvido".* (TJMS. Apelação Criminal nº 0003788-07.2013.8.12.0018, Paranaíba, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 26/06/2018, p: 30/06/2018) (grifo nosso)

Portanto, estando comprovada de maneira incontestável a idade da vítima, deve ser mantida a agravante da senilidade.

Da diminuição da fração de aumento das agravantes previstas no art. 61, II, alíneas "d" e "h", do Código Penal

Por fim os apelantes pugnam, subsidiariamente pela redução da fração de aumento das agravantes previstas no art. 61, II, alíneas "d" e "h", do Código Penal.

Sem razão, entrementes.

A sentença, majorou a pena intermediária do delito em 04 anos pela incidência das agravantes previstas no art. 61, II, alíneas "d" e "h", do Código Penal, o que representa a fração de agravamento de 1/5.

Como é cediço, o *quantum* de majoração pela incidência de agravantes é matéria sujeita à discricionariedade do julgador, uma vez que o Código Penal não estabelece parâmetros ou regras objetivas para tanto.

Nada obstante, a fim de se resguardar a segurança jurídica, a jurisprudência recomenda a aplicação da fração de 1/6 para cada circunstância legal (atenuantes e agravantes), devendo a aplicação em patamar diverso ser justificada a partir das peculiaridades do caso concreto.

Em abono:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – FURTO QUALIFICADO – ATENUANTE DA CONFISSÃO – FRAÇÃO DE REDUÇÃO INFERIOR A 1/6 – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. Sabe-se que o nosso Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, cabendo à prudência do magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a diminuição da pena em fração inferior a 1/6, pela aplicação da atenuante da confissão, deve ser fundamentado. 3. No caso, na falta de indicação de fundamento válido para a fixação do patamar de 1/12, impõe-se a readequação da pena, na segunda fase. 4. Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que as instâncias ordinárias entenderam que os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal não estavam preenchidos, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (*STJ; HC 400.645; Proc. 2017/0118743-7; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 27/09/2017)

No entanto, as peculiaridades do caso concreto apontam no sentido de que a fração de 1/5 deve ser mantida, haja vista que o julgador poderia ter utilizado duas vezes a fração de 1/6, o que na prática exasperaria a pena em 6 anos e 8 meses, ao contrário, o magistrado valeu-se de fração inferior de 1/5 para as duas agravantes, o que resultou apenas na majoração de 4 anos.

Desta maneira, não merece reparo a sentença neste ponto, pois a magistrado utilizou a fração justificável.

Conclusão

Por fim, acerca do prequestionamento, é cediço que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim sobre as matérias abordadas e decidir a lide de forma fundamentada.

Destarte, ante ao exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 29 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0001359-11.2015.8.12.0014 - Maracaju

EMENTA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA COM 12 ANOS DE IDADE – ALEGADA AUSÊNCIA DE OFENSA CONCRETA À DIGNIDADE SEXUAL DA VÍTIMA – TESE RECHAÇADA – CONSENTIMENTO PARA O ATO SEXUAL IRRELEVANTE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 593 DO C. STJ – NÃO CONFIGURAÇÃO DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR O RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

"*O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente*", conforme entendimento pacificado pelo c. STJ por meio da edição da Súmula nº 593 e do julgamento do REsp 1480881/PI, pelo rito dos repetitivos.

O julgador, por outro lado, não está obrigado a assumir sempre a mesma postura, convertendo o exame da tipicidade ao mero exercício da contraposição entre a conduta e a descrição objetiva do tipo penal, sem considerar os demais fatores que são determinantes para a responsabilização criminal. Nesse sentido, tem se admitido a relativização da vulnerabilidade da vítima em casos muito excepcionais, em que o direito penal é incapaz de responder com proporcionalidade, o que não se verifica no presente caso.

As provas reunidas no caderno processual denotam que réu tão somente intencionou satisfazer a sua lascívia, aproveitando-se da ingenuidade e inexperiência da vítima, não buscando construir com ela um relacionamento harmônico, de aproveitamento e desenvolvimento mútuo, tendo constantemente a admoestado do risco de sua prisão, o que revela clara situação atentatória à dignidade sexual da menor. Condenação mantida.

Recurso desprovido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de agosto de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de apelação criminal interposta por Fabio Brites Sartorio em face da sentença (f. 122-129) pela qual o Juízo da 1ª Vara da comarca de Maracaju/MS, nos autos da Ação Penal nº 0001359-11.2015.8.12.0014, julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para condená-lo como incurso no art. 217-A do CP, à pena de 8 anos de reclusão no regime inicial semiaberto.

Em suas razões (f. 143-151), o réu pede a sua absolvição por ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma contida no tipo penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 155-166), e a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer, manifestam-se pelo desprovimento do recurso (f. 174-178).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Consoante relatado, trata-se de apelação criminal interposta por Fabio Brites Sartorio em face da sentença (f. 122-129) pela qual o Juízo da 1ª Vara da comarca de Maracaju/MS, nos autos da Ação Penal nº 0001359-11.2015.8.12.0014, julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para condená-lo como incurso no art. 217-A do CP, à pena de 8 anos de reclusão no regime inicial semiaberto.

A conduta pela qual o réu foi condenado está assim narrada na denúncia (f. 1-3):

> *"Consta dos autos de inquérito policial que, no dia 22 de setembro de 2014, na Rua Circular, 1361, Vila Prateada, nesta urbe, o denunciado Fabio Brites Sartorio manteve conjunção carnal com a vítima T. C. P. R., que possuía 12 anos de idade, na data dos fatos, conforme cópia da certidão de nascimento da vítima nos autos.*
>
> *Segundo restou apurado, na data dos fatos, o denunciado, mesmo tendo ciência da menoridade da vítima, iniciou um relacionamento amoroso e manteve conjunção carnal com a mesma.*
>
> *A genitora da vítima, I. da S. P., após tomar conhecimento que sua filha, ora vítima, mantinha relação sexual com o denunciado, sem o seu consentimento, com intuito de romper a relação entre os dois mandou a vítima morar na fazenda com o seu genitor, M. G. R.*
>
> *A vítima não adaptou com o pai e voltou residir com sua genitora, todavia, advertiu que a vítima só iria voltar para a cidade se rompesse o namoro com o denunciado.*
>
> *No entanto, no dia 02 de julho de 2015 a vítima saiu de casa e foi morar com o denunciado."*

Em suas razões (f. 143-151), o réu pede a sua absolvição por ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma contida no tipo penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 155-166), e a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer, manifestam-se pelo desprovimento do recurso (f. 174-178).

Passo à análise do recurso.

A autoria e a materialidade dos delitos são incontroversas e estão amplamente demonstradas nos autos, por meio do Inquérito Policial nº 197/2015 (f. 04-05), boletim de ocorrência nº 1015/2015 (f. 6-7), certidão de nascimento da vítima (f. 15), laudo de exame de conjunção carnal (f. 12-14), depoimentos testemunhais e da vítima e, notadamente, pela confissão do réu.

A questão controvertida, cinge-se, portanto, apenas à suposta ausência de lesão aos valores protegidos pela infração descrita no art. 217-A do CP, em razão do suposto relacionamento amoroso entre a ofendida e o réu.

A esse respeito, no julgamento do REsp 1.480.881-PI, em 28/06/2015, em sede de recurso repetitivo, o c. STJ fixou a seguinte tese:

"RECURSO ESPECIAL – PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC

> *– RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09 – CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – IRRELEVÂNCIA – ADEQUAÇÃO SOCIAL – REJEIÇÃO – PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime."* (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)

Esse posicionamento, a propósito, foi reiterado pela Corte da Cidadania ao editar, em 25/10/2017, o enunciado da Súmula 593, com o seguinte teor:

> *"(...) O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".*

De fato, o tipo penal do art. 217-A do CP estabelece rígida proteção aos vulneráveis, pois basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o eventual consentimento ou ingenuidade da vítima.

Contudo, esse panorama não obriga o julgador a assumir sempre a mesma postura, a fim de converter o exame da tipicidade ao mero exercício da contraposição entre a conduta e a descrição objetiva do tipo penal, sem considerar os demais fatores que são determinantes para a responsabilização criminal.

Ou seja, cabe ao julgador, diante de hipóteses excepcionalíssimas, verificar:

> *"(...) as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea"* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública, 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis nº 12.720 e 12.737, de 2012, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100).

Conforme relevante voto vencido proferido pela Des. Maria Isabel de Matos Rocha, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0013422-75.2013.8.12.0002, admite-se que, em certos contextos, possa haver a relativização da vulnerabilidade,

> *"(...) quando, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual, sua experiência anterior, sua maturidade, aliadas a situação de não flagrante desproporção de poder (parceiro pouco mais velho e com similar experiência sexual ou psicossocial) e a contexto de não ofensa marcante a dignidade sexual, tal experiência possa não se revestir daquele viés de exercício de poder adulto- criança / adolescente, visando a satisfação exclusiva do adulto e possa ter ocorrido em excepcional ambiente de respeito mútuo, sem ofender a dignidade sexual"* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0013422-75.2013.8.12.0002, Dourados, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Revisor (a) Desa. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 27/07/2018, p: 30/07/2018).

Não se pretende, de maneira alguma, adotar um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, redirecionando o julgamento para o comportamento da vítima da ação delitiva para, somente a partir daí, julgar-se o réu. Ao revés, é uma tentativa de se buscar uma solução adequada a casos muito excepcionais, em que o direito penal não é capaz de responder com proporcionalidade, como, por exemplo, o casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos.

No caso, a vítima era, ao tempo dos fatos, em 22/09/2014, uma menina de 12 anos de idade, nascida em 19/06/2002, enquanto o réu já era um homem com 27 anos, nascido em 21/06/1987, ou seja, 15 anos mais velho, com experiência sexual, social, familiar e humana muito distanciada dela, tanto que ele mesmo reconheceu em juízo já ter sido casado em outra oportunidade (f. 91 – mídia audiovisual).

É bem verdade que, segundo os depoimentos judiciais da vítima e de seus pais, a vítima voltou a se relacionar com o réu depois que os fatos foram descobertos por sua genitora, em março de 2015, tendo inclusive ido morar com ele em julho de 2015. Também não se descuida de que tais fatos não foram impedidos pelos genitores, sobretudo pelo pai, que teria passado a visitá-la para garantir que estava bem. Também não se questiona que, ao menos quando foi realizada a audiência de instrução e julgamento, em fevereiro de 2017, eles estariam morando juntos.

Sucede que não se verificou um ambiente harmônico entre o réu e a vítima, de aproveitamento e desenvolvimento mútuo, pois ele constantemente a advertia do risco de sua prisão. A própria existência efetiva de um relacionamento amoroso entre elas não está seguramente demonstrada. Com efeito, a mãe da vítima disse em juízo que, segundo a vítima, o réu falava para esta não contar do envolvimento, pois, do contrário, poderia ser preso. Também salientou que eles moraram juntos em 2015 e que se separaram posteriormente, tendo a vítima somente retornado para a casa dele em janeiro de 2017, isto é, um mês antes da audiência de instrução e julgamento, sob o argumento de que, se não o fizesse, ele seria preso (f. 82 – mídia audiovisual).

Ainda nessa linha intelectiva, há evidências de que o réu tão somente intencionou satisfazer a sua lascívia, aproveitando-se da ingenuidade e inexperiência da vítima. Em seu depoimento judicial, ele mesmo reconheceu que conhecia o pai e a família da vítima bem como sabia que ela tinha 12 anos e era inexperiente. Além disso, contou que somente foi conversar com o pai dela depois que os fatos vieram à tona e a mãe não se conformava, deixando escapar que os familiares dela é o que o incentivaram a se juntar com a vítima para acabar com o problema (f. 91 – mídia audiovisual).

Diante desse contexto, entendo ter havido clara situação atentatória à dignidade sexual da adolescente, motivo pelo qual a condenação deve ser mantida em todos os seus termos.

Sobre a matéria, vale conferir a jurisprudência deste e. TJMS:

> *APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217-A DO CP – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – CONJUTO PROBATÓRIO ROBUSTO – RELATO DA VÍTIMA CORROBORADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – ALEGAÇÃO DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – SÚMULA 593 DO STJ – TESE REJEITADA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM O PARECER. - Nos crimes contra a dignidade sexual, comumentemente praticados na clandestinidade, os relatos coesos e seguros da vítima comprovam a prática do delito, mormente se afinada com a prova amealhada aos autos. Ademais, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a palavra da vítima possui relevante importância para a elucidação de casos desse jaez. - Irrelevância do consentimento ou da autodeterminação da vítima menor de 14 anos, visto que pacificado no Superior Tribunal de Justiça que "o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula 593) - 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. Recurso conhecido e improvido, com o parecer."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0000342-06.2013.8.12.0047, Terenos, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 31/08/2018, p: 04/09/2018).

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 12 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Des. Geraldo de Almeida Santiago
Agravo de Execução Penal nº 0015389-51.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – APURAÇÃO EM DEVIDO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA DEFESA TÉCNICA – AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME – DESNECESSIDADE DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Após aprovação do Enunciado da Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da obrigatoriedade de procedimento administrativo disciplinar para imputação de falta grave, com observância do contraditório e defesa técnica ao executado, torna-se prescindível nova oitiva do acusado em audiência de justificação em juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Wellington Silva Magalhães interpôs o presente recurso de agravo em execução contra decisão judicial proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do Interior (f. 55-60) que indeferiu o pedido de designação de audiência de justificação e homologou a decisão proferida no Processo Disciplinar Administrativo nº 31/622.037/2018, que reconheceu o cometimento de falta grave em seu desfavor.

Sustenta o agravante que a decisão é nula, pois a imputação de falta grave não oportunizou sua defesa em audiência de justificação, ferindo assim, os princípios do contraditório e ampla defesa, com fulcro no art. 118, § 2º, da LEP.

Em contrarrazões (f. 66-72), o *Parquet* manifestou pelo improvimento do recurso e suscitou prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça em parecer (f. 83-86), opinou pelo conhecimento e não provimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Wellington Silva Magalhães interpôs o presente recurso de agravo em execução contra decisão judicial proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execução Penal do Interior (f. 55-60) que indeferiu o pedido de

designação de audiência de justificação e homologou a decisão proferida no Processo Disciplinar Administrativo nº 31/621.564/2018, que reconheceu o cometimento de falta grave em seu desfavor.

Sustenta o agravante que a decisão é nula, pois a imputação de falta grave não oportunizou sua defesa em audiência de justificação, ferindo assim, os princípios do contraditório e ampla defesa, com fulcro no art. 118, § 2º, da LEP.

Pois bem. Consta dos autos que o agravante praticou falta de natureza grave (aprendido com 1 tablete de maconha no interior do estabelecimento prisional), durante a execução da pena, em regime fechado, razão por que o magistrado de primeira instância alterou a data-base para a progressão de regime, tendo como termo inicial a data da falta disciplinar (24.07.2018).

Diante disso, procedeu-se à apuração do fato, uma vez que tal conduta configura falta grave, nos termos do art. 52, *caput*, da LEP, consoante o Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por ocasião do julgamento de questão de ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, firmou o entendimento no sentido de que o porte ilícito de entorpecentes configura falta disciplinar de natureza grave.

Assim, através da Portaria nº 014/2018/PDIB/AGEPEN/MS foi instaurado Processo Administrativo Disciplinar nº 31/612564/2018, na qual o acusado foi interrogado na presença de Defensora Pública (f. 32-33), apresentou alegações finais (f. 38-43), opinando o conselho disciplinar pela sua condenação (f. 44-49).

Diante disso, a Defensoria Pública, recorreu da decisão ratificando as alegações finais, além do que pugnou pela designação de audiência de justificação (f. 52-53).

Entretanto, o juiz da vara de execução penal (f. 55-60), ao fundamento que o executado foi assistido por defesa técnica durante todo o procedimento administrativo, indeferiu o pedido e homologou a decisão administrativa, reconhecendo inexistir ofensa ao princípio da ampla defesa, conforme trecho abaixo transcrito:

> *"(...) pelos fundamentos expostos, indefiro o pedido de designação de audiência de justificação e reconhecida a prática de falta disciplinar grave, homologo o PAD nº 31/622.037/2018 e determino a alteração da data base para a progressão de regime, tendo como termo inicial a data da falta disciplinar (24/07/2018), mantida, porém, a data base para efeito de livramento condicional e demais benefícios.*
>
> *Ainda, deixo de decretar a perda de 1/4 dos dias remidos, em razão de o sentenciado não possuir remição. (...)"*

É cediço que é obrigatória a prévia oitiva e oportunização de defesa do acusado para imposição de sanção, nos moldes do que estabelece o art. 59 da Lei de Execução Penal:

> *"Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa."*

Da mesma forma, preconiza o art. 118, § 2º, da Lei nº 7.210/1984 acerca da necessidade de oitiva do acusado, antes de impor-lhe a sanção de regressão de regime:

> *"Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*
>
> *I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado."*

E, embora a audiência de justificação não esteja expressamente prevista na Lei de Execução Penal, a doutrina e jurisprudência a reconhecem como forma de observância do contraditório e ampla defesa, em obediência ao previsto no § 2º do art. 118, da LEP, para fins de regressão de regime carcerário.

Entretanto, no presente caso em tela, não houve a regressão do regime prisional, pois o executado já cumpre pena no fechado. A sanção aplicada em razão da falta grave consistiu em alteração da data-base para a progressão de regime, tendo como termo inicial a data da falta disciplinar (24/04/2018, f. 22).

Certo é, entretanto, que houve restrição de direitos ao condenado, mormente quando se trata de ampliação do prazo para concessão de benefícios, devendo ser precedido de contraditório e ampla defesa.

Tais princípios foram regularmente observados no procedimento administrativo (f. 18-53), na qual o condenado foi ouvido na presença de Defensora Pública, sendo-lhe oportunizado o devido auxílio técnico (f. 18-53).

Se houve regular procedimento administrativo para apuração da falta grave, acompanhado de defesa técnica, a homologação da decisão foi regular e merece ser mantida.

Tal proceder atendeu aos ditames do Enunciado da Súmula 533, do STJ, aprovada em 10/06/15:

> *"(...) Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado."*

Nesse passo, observado o devido processo legal para imposição da sanção, dispensável a nova oitiva do executado perante o juízo da execução.

Tanto assim, que a partir da aprovação da referida Súmula, que estabeleceu a obrigatoriedade da instauração de PAD para reconhecimento de falta grave, as Turmas do Superior Tribunal de Justiça passaram a entender ser dispensável a realização de audiência de justificação pelo juízo da execução.

A par disso, os recentes julgados do STJ:

> *"PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – FALTAS GRAVES – NULIDADE DA DECISÃO QUE HOMOLOGOU AS INFRAÇÕES DISCIPLINARES – SUPOSTA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES – INOCORRÊNCIA – PACIENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PARA OITIVA DO REEDUCANDO ANTES DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DA FALTA GRAVE – DESNECESSIDADE – PRÉVIA OITIVA NA FASE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME – PRECEDENTES – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)*
>
> *II - No que tange à nulidade decorrente da suposta ausência de defesa técnica durante as sindicâncias instauradas para apurar as faltas graves cometidas em 16/4/2012 (PAD nº 118/2012) e 2/6/2012 (PAD nº 165/2012), verifica-se do v. Acórdão impugnado que o paciente foi assistido por defensor durante os procedimentos administrativos disciplinares em questão, não restando configurada a falta de defesa técnica.*
>
> *III - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é desnecessária nova oitiva do reeducando em juízo, antes da homologação da falta grave, se ele teve a oportunidade de se manifestar no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apurar a prática de infração disciplinar, acompanhado da defesa técnica, tal como ocorreu na espécie. Ademais, a audiência de justificação estabelecida no art. 118, § 2°, da Lei de Execução Penal somente é necessária para fins de regressão de regime, o que não ocorreu na espécie. Habeas Corpus não conhecido."* (STJ - HC 394392/SP, 2017/0072726-0, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 15/08/2017, DJe 21/08/2017)
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE – DESOBEDIÊNCIA (ART. 50, VI, C/C O ART. 39, II E V, AMBOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL) – PLEITO DE INOBSERVÂNCIA DO*

ART. 118, § 2º, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – APURAÇÃO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PRÉVIO – OPORTUNIDADE DO APENADO PRESTAR DECLARAÇÕES ACERCA DO FATO NA PRESENÇA DE DEFENSOR DA FUNAP – OBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – PRESCINDIBILIDADE – INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DEMONSTRADA – ABSOLVIÇÃO E/OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA OUTRA INFRAÇÃO DE FALTA MÉDIA – REEXAME DE PROVAS – INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. 1. Deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos a decisão monocrática que denegou a ordem. 2. Relativamente à nulidade decorrente da ausência de oitiva judicial, não houve constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto além de ter sido oportunizado ao sentenciado se justificar quanto à falta disciplinar que lhe fora imputada e prestar declarações antes da decisão que reconheceu a falta grave assistido por advogado da FUNAP, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o reconhecimento da falta disciplinar foi precedido de procedimento administrativo disciplinar, o que torna desnecessária a realização de nova oitiva do condenado. 3. O acórdão impugnado deixou estampada a individualização da conduta praticada pelo apenado, tida como falta disciplinar de natureza grave. Agravo regimental improvido." (STJ - AgRg no HC 361568/SP, 2016/0174838-9, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 08/08/2017, DJe 16/08/2017)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – FALTA DISCIPLINAR – APURAÇÃO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO – AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – PRESCINDIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão estadual, de que é prescindível nova oitiva do apenado antes da homologação judicial da falta grave se ele foi previamente ouvido em procedimento administrativo disciplinar, no qual foram observados os direitos à ampla defesa e ao contraditório. Agravo regimental não provido." (STJ - AgRg no HC 367421/SP, 2016/0216258-3, Relator Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

"EXECUÇÃO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – FALTA GRAVE – HOMOLOGAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – DESNECESSIDADE – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada a simples pretensão de reforma. 2. No caso, a falta disciplinar de natureza grave foi homologada após o devido processo administrativo disciplinar, no qual foi assegurado o contraditório e a ampla defesa, a atuação de defesa técnica, sendo desnecessária a designação de audiência de justificação 3. A desconstituição das conclusões do acórdão impugnado não é possível sem uma incursão aprofundada no conjunto fático-probatório dos autos, inviável em sede de habeas corpus. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ - AgRg no HC 380837/SP, 2016/0316794-6, Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 16/05/2017, DJe 24/05/2017)

Seguindo a nova linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido obedecido o contraditório e ampla defesa em procedimento administrativo, tenho por desnecessária a nova oitiva do executado em audiência de justificação.

Por fim, quanto ao prequestionamento aventado, tenho que a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao presente agravo, mantendo inalterada a decisão impugnada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Des. Geraldo de Almeida Santiago
Agravo de Execução Penal nº 0016293-71.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – NOVO CRIME NO CURSO DA EXECUÇÃO – MARCO INICIAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME – DATA DA PRISÃO – INTELIGÊNCIA DO NOVEL POSICIONAMENTO DO STJ FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO – RESP Nº 1.557.461/SC – RECURSO PROVIDO.

Conforme novo posicionamento do STJ,

"(...) *caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte Superior, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novas benesses, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto. Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante bis in idem." (*RESP nº 1.557.461/SC)

Assim, o dia da última prisão do sentenciado ou reingresso no regime fechado deve ser considerado como data-base para progressão de regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de agravo em execução interposto por Carlos Henrique da Silva contra a decisão do juízo da 1ª Vara de Execução Pena de Campo Grande que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena, para que fosse alterada a data-base para a progressão de regime para a data da última prisão e ingresso no regime fechado.

Sustenta a defesa que tal decisão contraria a nova posição do STJ, que no julgamento do RESP nº 1.557.461/SC e do HC nº 381.248/MG, deu nova interpretação aos dispositivos da LEP, no sentido de manutenção da data-base para fins de progressão de regime.

Contrarrazões ministeriais (f. 52-9), pelo improvimento do recurso.

Em sede de juízo de retratação (f. 60), o magistrado manteve a decisão por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do agravo interposto (f. 70-3).

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de agravo em execução interposto por Carlos Henrique da Silva contra a decisão do juízo da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena, para que fosse alterada a data-base para a progressão de regime para a data da última prisão e ingresso no regime fechado.

Para análise do tema, transcrevo os fundamentos da decisão do juiz da execução (f. 42-6):

> *"(...)*
>
> *Concordo que a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena.*
>
> *Reitero que parei de adotar tal entendimento temporariamente em decorrência da postura do STJ, agora revista em massa pelo STF.*
>
> *Assim, indefiro o pedido do sentenciado (f. 4887 e 4913-4916) e, por consequência, mantenho a data do trânsito em julgado da nova condenação, qual seja, 16/07/2015 (f. 4601), como termo inicial de contagem para concessão de progressão de regime, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas."*

De seu turno, sustenta o agravante que no caso de superveniência de nova condenação, se somadas as penas, não deve ser interrompido o prazo para a concessão do benefício da progressão de regime para a data do trânsito em julgado da nova condenação, devendo ser mantida a data em que o sentenciado foi preso.

Requer, por isso, a reforma da decisão guerreada para o fim de que seja alterada a data-base da progressão do regime do agravante, para a data de sua última prisão.

De fato, a Lei de Execução Penal não prevê expressamente a data-base para a concessão de benefícios, no caso de superveniência de condenação no curso da execução.

Com efeito, vejamos a redação do art. 111e do art. 118 da LEP:

> *"Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.*
>
> *Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime."*
>
> *"Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*
>
> *I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;*
>
> *II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).*
>
> *§ 1° O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.*
>
> *§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado."*

Nada obstante, a jurisprudência do STJ, à qual me perfilhava, inclinava-se no sentido de que, sobrevindo condenação no curso da execução penal, seja por fato anterior ou posterior, a unificação das penas acarretaria a interrupção dos prazos para concessão da progressão de regime, que deveria ter como novo marco inicial a data do trânsito em julgado da nova condenação.

Ocorre que, recentemente, a Corte Superior, a quem cabe uniformizar a interpretação da Lei Federal no país, de modo a evitar decisões díspares e conflitantes consolidou posicionamento diferente, firmando a seguinte tese:

> *"(...) A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal"* (STJ. 3ª Seção. REsp 1557461-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 22/02/2018).

Conclusão diversa importaria inequívoco excesso de execução, como aliás assentou o Ministro Schietti, relator do referido acórdão:

> *(...)*
>
> *"É imperioso consignar que a alteração da data-base, em razão da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, procedimento que não possui respaldo legal e é embasado apenas na regressão de regime, implica conjuntura incongruente, na qual o condenado que já havia progredido é forçado a cumprir lapso superior àquele em que permaneceu em regime mais gravoso para que novamente progrida.*
>
> *(...)*
>
> *Por fim, é preciso ressaltar que a unificação de nova condenação definitiva já possui o condão de recrudescer o quantum de pena restante a ser cumprido pelo reeducando; logo, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configura excesso de execução, com base apenas em argumentos extrajurídicos. O período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta grave."*

Assim, o posicionamento do i. Juiz da Execução que alterou a data-base para progressão de regime para a data do trânsito em julgado da condenação superveniente, não se coaduna com o novel entendimento do STJ, de modo que deve ser reformado.

Ora! Se conforme a jurisprudência sumulada do STJ, *"a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração"* (enunciado 534), independentemente do trânsito em julgado da condenação, afigurar-se-ia um contrassenso e uma injustiça admitir que este evento (o trânsito em julgado) seja considerado como a data-base do cálculo para progressão de regime.

Isto porque, conforme consignado no julgado paradigma, nesse caso,

> *"(...) o apenado seria punido novamente, em um verdadeiro bis in idem, visto que o mesmo evento, a saber, a prática de fato definido como crime doloso, proporcionaria, por duas vezes, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, de maneira a ocasionar flagrante constrangimento ilegal."*

Trilhando essa linha intelectiva, o período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta grave, sob pena de se configurar excesso de execução.

Além disso, na esteira do que preceitua o art. 118 da LEP, nem mesmo a regressão de regime é consequência inevitável da unificação das penas, ocorrendo somente quando a pena da nova execução, somada à reprimenda ainda não cumprida, torne incabível o regime atualmente imposto.

Logo, considerar o trânsito em julgado da nova condenação como data-base para a progressão do regime de pena do agravado representaria evidente afronta ao princípio da legalidade e ofensa à individualização da pena.

É importante consignar, nessa oportunidade, que embora o novel precedente acima colacionado não tenha eficácia vinculante, não se pode desconsiderar sua importante força persuasiva, uma vez que sintetiza o raciocínio da 5ª e da 6ª Turma Criminal do STJ, as quais compõem a Terceira Seção daquela E. Corte.

Deste modo, é de bom alvitre o acompanhamento pelos Tribunais de Justiça da orientação firmada pelo STJ, buscando a uniformização do entendimento sobre a matéria em âmbito nacional, em homenagem aos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

À vista deste panorama, adoto os congruentes e judiciosos argumentos pontuados no Resp 1557461-SC.

Finalmente, quanto ao prequestionamento suscitado, despicienda a análise pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que foram discutidas e decididas todas as matérias necessárias ao deslinde da questão.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para o fim de reformar a decisão agravada e retificar a data-base para fins de progressão de regime, a data correspondente ao efetivo reingresso do reeducando no regime fechado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Des. Geraldo de Almeida Santiago
Habeas Corpus Criminal nº 1408645-58.2019.8.12.0000 - Ponta Porã

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – RITO MAIS BENÉFICO AO RÉU – *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ACUSADO – DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO – *PERICULUM LIBERTATIS* CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA.

A eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes. No particular, o impetrante não se desincumbiu de demonstrar qualquer prejuízo sofrido pela defesa. Ao revés, oportunizou-se a apresentação de resposta à acusação prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, a fim de ampliar a defesa do réu e evitar alegação posterior de nulidades.

E, no embate entre o procedimento ordinário previsto no CPP e o procedimento especial da Lei de Drogas, sem sombra de dúvidas, aquele é vencedor no que toca à amplitude das garantias processuais destinadas à defesa, conclusão a que se chega com a simples leitura dos diplomas legais.

Diante deste panorama, com fulcro no art.563 do CPP, que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, afasta-se o pedido de declaração de nulidade do processo.

Do mesmo modo, não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a prisão preventiva.

O magistrado singular apontou a gravidade concreta da conduta, evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, que apontaram a prática pelo paciente de comércio habitual de entorpecentes em "boca de fumo" denominada "Casa da Santa", fato que caracteriza a probabilidade de reiteração criminosa e recomenda a prisão cautelar para a garantia da ordem pública.

Ainda, declinou o juiz acerca da necessidade do encarceramento do paciente para a garantia da aplicação da lei penal, pois este é estrangeiro, trabalha e reside no Paraguai, não havendo demonstração de vínculo com o Brasil.

Portanto, presente o *periculum libertatis*, tanto para a garantia da ordem pública, como para a aplicação da lei penal, mantém-se hígido o decreto prisional atacado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 5 de agosto de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Vinicius José Christyan Martins Gonçalves impetra o presente *habeas corpus*, almejando, em breve síntese, a concessão de liminar, para o fim de se determinar a colocação do paciente Jose Antônio Medina em liberdade. Aponta como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª vara Criminal da comarca de Ponta Porã/MS.

Alega o impetrante que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas, porque trazia consigo, com a finalidade de comercialização, 15g (quinze gramas) da substância entorpecente popularmente conhecida como *crack*.

Argumenta que o paciente vem sofrendo constrangimento ilegal, porquanto, a autoridade apontada como coatora deixou de observar o procedimento previsto na Lei 11.343/06, que prevê, antes do recebimento da denúncia, a notificação do denunciado para oferecer defesa prévia.

Sustenta que o ato coator prejudicou a defesa, pois na referida peça processual o paciente poderia arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretendia produzir e arrolar testemunhas até o número de 5 (cinco), o que não fora permitido.

Discorre que o paciente foi preso às 23 horas, sem mandado judicial, o que configura nulidade, a qual, no entanto, não pôde ser arguida, em razão do desrespeito das regras processuais pelo juiz singular.

Por fim, pondera que não está presente o *periculum libertatis* para a manutenção da prisão cautelar do paciente.

Requer, por isso, em sede de liminar, a nulidade do processo e a revogação do mandado de prisão expedido contra o paciente. No mérito, pede a manutenção dos efeitos da liminar.

A liminar foi indeferida.

Vieram as informações da autoridade apontada como coatora.

Parecer ministerial pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Infere-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas, porque trazia consigo, com a finalidade de comercialização, 15g (quinze gramas) da substância entorpecente popularmente conhecida como *crack*.

Conforme relatado alhures, alega-se nesse *writ* que o paciente vem sofrendo constrangimento ilegal, porquanto, a autoridade apontada como coatora deixou de observar o procedimento previsto na Lei 11.343/06, que prevê, antes do recebimento da denúncia, a notificação do denunciado para oferecer defesa prévia.

Além disso, sustenta o impetrante que não está presente o *periculum libertatis*, devendo ser revogada a prisão cautelar do paciente.

Em juízo prévio de cognição sumária, indeferi a liminar pleiteada.

No mérito, a ordem deve ser denegada.

Isto porque, o magistrado bem fundamentou a adoção do procedimento ordinário, cujo rito é mais benéfico ao réu, não se vislumbrando, por ora, constrangimento ilegal a ser sanado.

Ademais, é cediço que, no processo penal, a decretação de nulidades, tanto de natureza absoluta como relativa, é regida pelo princípio do *pas de nullité sans grief*. Vale dizer: exige-se, em qualquer caso, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, pois não se decreta nulidade por mera presunção.

Nesse sentido, colho aresto da Suprema Corte:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006 – PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO – RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, "a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas"* (HC *85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). IV – Recurso ordinário improvido.*(STF - RHC: 116713 DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 11/06/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-120 Divulg 21-06-2013 Public 24-06-2013)*"*

No particular, o impetrante não se desincumbiu de demonstrar qualquer prejuízo sofrido pela defesa, em razão da adoção do rito ordinário em detrimento do rito especial.

Ao contrário, o fato de não ter sido notificado para defesa prévia antes do recebimento da denúncia não lhe trouxe prejuízo, porquanto oportunizou-se a apresentação de resposta à acusação prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, a fim de ampliar a defesa do réu e evitar alegação posterior de nulidades.

A jurisprudência da Corte Superior segue no sentido de que, não demonstrado prejuízo ao réu, a adoção de procedimento diverso do previsto em lei específica não configura nulidade:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO ANTES DO OFERECIMENTO DE DEFESA PRÉVIA E DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADE QUE NÃO IMPEDIU O ATENDIMENTO DOS PRECEITOS PROCESSUAIS PENAIS PERTINENTES – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – MÁCULA NÃO CARACTERIZADA – DESPROVIMENTO DO RECLAMO.*
>
> *1. Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.*
>
> *2. Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes.*
>
> *3. Na espécie, no despacho por meio do qual se determinou a notificação dos réus para oferecerem a defesa prévia prevista no artigo 55 da Lei 11.343/2006, a magistrada singular designou data para audiência de instrução e julgamento, o que, a princípio, poderia caracterizar ofensa ao dispositivo citado, uma vez que o mencionado ato processual somente deveria ser agendado após o exame da resposta apresentada pelos acusados e o acolhimento da incoativa.*
>
> *4. Contudo, a mera designação da audiência de instrução e julgamento antes da análise da defesa prévia não impede que a defesa oferte a referida peça, muito menos que as teses veiculadas pelos recorrentes sejam averiguadas e ponderadas pelo Juízo, circunstância que obsta o reconhecimento da eiva suscitada na irresignação, já que se trata de descumprimento de formalidade que não compromete o regular trâmite do processo, tampouco acarreta violação ao devido processo legal.*

Precedentes.

5. Recurso desprovido. (RHC 99.230/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018)"

A propósito, é bom que se diga que o STF e o STJ já pacificaram o entendimento de que o interrogatório do acusado de tráfico de drogas deve seguir o que preconiza o CPP (último ato da instrução) e não a Lei 11.343/06, justamente por ser mais benéfico ao réu.

É pela mesma razão que, em observância aos princípios constitucionais que informam o processo penal, em especial o do contraditório e o da ampla defesa, no caso de concurso de crimes - conexos ou continentes - com procedimentos diversos, deve ser adotado o procedimento em que seja prevista a maior possibilidade de defesa.

E, no embate entre o procedimento ordinário previsto no CPP e o procedimento especial da Lei de Drogas, sem sombra de dúvidas, aquele é vencedor no que toca à amplitude das garantias processuais destinadas à defesa, conclusão a que se chega com a simples leitura dos diplomas legais.

Portanto, não procede, também, a alegação de que o paciente foi preso às 23 horas, sem mandado judicial, o que configura nulidade, que não pôde ser arguida, em razão do desrespeito das regras processuais pelo juiz singular. Ora! Tal argumento poderia ter sido ventilado até mesmo na oportunidade da audiência de custódia, em que a defesa foi ouvida.

Não bastasse, o paciente foi autuado em flagrante, praticando crime de natureza permanente, dispensando-se mandado judicial para a prisão nessas circunstâncias.

Diante deste panorama, não demonstrado prejuízo ao acusado, com fulcro no art.563 do CPP, que consagra o princípio *pas de nullité sans grief*, afasto o pedido de declaração de nulidade do processo.

Do mesmo modo, não vislumbro ilegalidade na decisão que decretou a prisão preventiva.

O magistrado singular apontou a gravidade concreta da conduta, evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, que apontaram a prática pelo paciente de comércio habitual de entorpecentes em "boca de fumo" denominada "Casa da Santa", fato que caracteriza a probabilidade de reiteração criminosa e recomenda a prisão cautelar para a garantia da ordem pública.

Ainda, declinou o juiz acerca da necessidade do encarceramento do paciente para a garantia da aplicação da lei penal, pois este é estrangeiro, trabalha e reside no Paraguai, não havendo demonstração de vínculo com o Brasil.

Em situações desta natureza, o STJ tem considerado idônea a prisão preventiva. Veja-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA JUSTIFICADA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE – APREENSÃO DE MAIS DE 4 KG DE COCAÍNA – PACIENTE DO FLAGRANTE SEM VÍNCULO COM O PAÍS – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – INTERNAÇÃO PROVISÓRIA – INSANIDADE MENTAL – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. A quantidade ou a variedade da droga apreendida (no caso, mais de 4 kg de cocaína), aliados às demais circunstâncias do flagrante, justificam a necessidade da custódia

antecipada para a garantida da ordem pública, ante a maior gravidade concreta do fato e a periculosidade social do agente.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, é válida a prisão preventiva para aplicação da lei penal, no caso de estrangeiro que não demonstre vínculo com o Brasil.

4. No que tange à tese defensiva de necessidade de internação provisória do recorrente por não possuir plena capacidade de autodeterminação e de entendimento, além de não ter sido objeto de confirmação pela Corte local, inexiste nos autos elementos aptos a aferir a sua efetiva ocorrência. No ponto, importa considerar que o rito do recurso ordinário em habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao recorrente, o que não ocorreu.

Precedentes 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido." (RHC 81.897/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

Deste modo, presente o *periculum libertatis*, tanto para a garantia da ordem pública, como para a aplicação da lei penal, mantém-se hígido o decreto prisional atacado.

Gize-se que condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, garantir o direito à liberdade, se estão presentes, como no caso, os requisitos legais da cautela, previstos no art.312 do CPP.

No que tange ao prequestionamento, torna-se despicienda a abordagem pormenorizada dos dispositivos legais aventados, uma vez que a matéria neles contemplada foi completamente examinada.

Pelas razões expendidas, com o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 05 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0004526-36.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FALSIFICAÇÃO DOCUMENTO PÚBLICO – ARTIGO 297 DO CÓDIGO PENAL – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE À CONDENAÇÃO – CONFIGURAÇÃO DO DOLO – PRESCINDIBILIDADE DE PREJUÍZO – OBJETO JURÍDICO – FÉ PUBLICA – REGIME FECHADO – RÉU REINCIDENTE – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Despontando dos autos conjunto probatório robusto e consistente, face à confissão do réu em ambas as fases, em perfeita harmonia aos depoimentos das testemunhas, submetidos ao crivo do contraditório, e vasta documentação colacionada aos autos, indene a materialidade e autoria imputadas ao acusado, concernente à falsificação do documento público.

Atua com dolo o agente que, visando ludibriar a ação policial, eis que possuía mandado de prisão em aberto, ciente da ilegalidade de sua conduta, concorre para que terceiro não identificado adulterasse carteira nacional de habilitação, substituindo dados, assinatura e fotografia.

Prescindível a existência de prejuízo, na medida em que o objeto jurídico tutelado é a fé pública, notadamente a autenticidade dos documentos públicos.

O réu reincidente deve iniciar o cumprimento de pena em regime fechado, muito embora não tenha sido a pena privativa de liberdade fixada acima do patamar de 08 anos.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade na ausência de preenchimento dos requisitos constantes do art. 44, e incisos do Código Penal.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer e dar provimento.

Campo Grande, 25 de julho de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal desta capital, que condenou Roger Jará Barbosa nas penas do artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06, fixando-lhe as penas de 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, em regime fechado,

mas absolveu-o da imputação relativa ao artigo 297, *caput*, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, III, do CPP.

Em seu arrazoado pede a condenação do recorrido pela prática do crime de falsificação de documento público, diante da devida comprovação da materialidade e autoria do delito.

Apresenta, ao final, o prequestionamento da matéria levantada.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso Ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu turno, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignação recursal manifestada pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de f. 143-149, que condenou Roger Jará Barbosa nas penas do artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06, fixando-lhe as penas de 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, em regime fechado, mas absolveu-o da imputação relativa ao artigo 297, *caput*, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, III, do CPP.

Pugna o *Parquet* Estadual pela condenação do recorrido nas penas do 297, *caput*, do Código Penal, já que teria concorrido para que terceiro não identificado falsificasse a Carteira Nacional de Habilitação nº 403550230, espelho nº 1013429928, em nome de Roger Augusto Euze da Silva, na qual teria sido inserida uma fotografia sua.

Na ocasião de seu flagrante admitiu que teria adquirido-a pela quantia de R$700,00, em razão de ser evadido do sistema prisional.

A pretensão recursal mercê guarida.

Inconteste a materialidade do crime, pois consubstanciada na no auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência de f. 39-41, termo de exibição e apreensão, exame documentoscópico de f. 99-104, além da prova oral colhida, tornando despiciendas considerações adicionais a respeito.

A autoria, igualmente, é certa e recaí sobre o réu, porquanto o cenário narrado na peça acusatória encontra-se corroborado pelas provas colhidas, farto à demonstrar que o réu, visando livrar-se da ação policial, já que evadido do sistema penitenciário, motivou terceiro não identificado à falsificar carteira nacional de habilitação, fornecendo, ainda, sua fotografia para que fosse inserida no documento público aludido, e, para tanto, pagou a quantia de R$ 700,00.

Neste sentido foram os depoimentos colhidos, sob o crivo do contraditório.

O Investigador da Polícia Civil Mário Sérgio da Silva, asseverou que o réu tinha mandado de prisão em aberto (“01’22”), razão pela qual foram cumpri-la, e, após apreenderem os entorpecentes com o réu, localizaram a CNH em nome de outra pessoa, mas com a foto mesmo aposta (01”57”).

E na mesma toada foi a versão apresentada pelo investigador de polícia Jefferson Xavier Fernandes de Souza, segundo qual, após receberem denúncia sobre a traficância que o réu desenvolvia, verificaram no sistema SIGO que o mesmo era evadido do sistema prisional, razão pela qual dirigiram-se à sua residência. Que naquela ocasião foi apreendida a CNH, e o réu acabou por admitir que utilizava a porque encontrava-se evadido e, então, apresentava-a a outros policiais (04’10”).

O réu, por sua feita, disse que a CHN apreendida foi comprada (04’46”), e que a utilizava na rua, acresceu que a mesma estava registrada com nome de Roger Augusto Euze da Silva, mas com a sua foto, e que já fazia uns 5 meses que a utilizava. Que não chegou a apresentar a CNH aos policiais.

Acerca da falsificação de documento pública, dispõe o art. 297 do Código Penal:

> *"Art. 297: falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:*
>
> *Pena – reclusão de 2 a 6 anos, e multa.*

Leciona-se que:

> *"(...) falsificar quer dizer reproduzir, imitando ou contrafazer", podendo a falsificação "produzir um documento inteiramente novo (construído pelo agente) ou apenas*[1] *alterar um documento verdadeiro, introduzindo-lhe pedaços não autênticos".*

E, ainda, no escólio de Bitencourt o dolo neste tipo de crime é representado pela vontade consciente de falsificar ou alterar documento particular, em qualquer das modalidades tipificadas.

Não exige qualquer elemento subjetivo especial do tipo, não havendo, por outro lado, previsão de modalidade culposa. Consuma-se com a efetiva falsificação, desde que capaz de gerar consequências jurídicas, independentemente da efetiva produção de prejuízo. **Consuma-se, portando, com a simples falsificação ou alteração do documento, sem levar em conta seu uso posterior.**[2] Grifei.

Extrai-se, assim, que o elemento subjetivo do crime é o dolo genérico, ou seja a vontade de falsificar ou alterar documento, ciente o agente de que o faz ilicitamente, sem, no entanto, que tenha necessariamente o intuito de prejudicar outrem. Em outras palavras, basta o perigo de dano, sem a necessária existência de prejuízo efetivo.

Revela-se, portanto, inequívoco o elemento subjetivo do tipo, restando demonstrado à saciedade que o réu, visando ludibriar a ação policial, eis que possuía mandado de prisão em aberto, ciente da ilegalidade de sua conduta, concorreu para que terceiro não identificado adulterasse carteira nacional de habilitação, substituindo dados, assinatura e fotografia, nos termos descritos no lado documentoscópico de f. 99-104.

Observa-se que o magistrando sentenciante absolveu o réu diante da falta de apresentação do documento aos agentes policiais, o que não se caracteriza a conduta descrita no artigo 304, tampouco do 297, ambos do Código Penal, este último em razão da ausência de provas da autoria da falsificação, aliando-se, ainda, a falsificação grosseira que emana de sua análise.

Ocorre, no entanto, tal qual destacado pelo recorrente, que no caso em testilha, o tipo a que subsume-se a conduta do recorrido não é a prevista no artigo 304 do Código Penal, havendo sido o mesmo denunciado nas penas do artigo 297, do mesmo Códex.

Neste eito, a apresentação espontânea do documento contrafeito é prescindível, aliando-se, ainda, que o crime ocorre independentemente da existência de prejuízo, na medida em que o objeto jurídico tutelado é a fé pública, notadamente a autenticidade dos documentos públicos.

Oportuno, neste eito, destacar que:

> *"(...) em torno do Estado existe a presunção da absoluta veracidade de todas as suas manifestações, documentais ou não, de modo tal que qualquer ato atentatório dessa presunção repercute desmesuradamente na confiança da coletividade, fazendo periclitar um dos fatores fundamentais da harmonia e da ordem nas relações com o cidadão com o Estado".*[3]

E, no tocante ao erro grosseiro mencionado em sentença, ainda que não tenha sido destacado no laudo pericial a existência ou não da capacidade de ludibriar o homem médio, fato é que os agentes policiais somente desconfiaram da falsidade do documento porquanto sabiam de antemão o nome correto do réu, que era diverso do constante na CNH.

1 NUCCI, Guilherme da Silva. Código Penal Comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *In* Código penal comentado. 9 ed. Saraiva: 2015, p. 1307-1308)
3 Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. ed. São Paulo: Forense, p. 1326)

Aliás, merece, ainda, destaque que o próprio réu admitiu que já utilizara de tal documento em outras situações, ocasião em que foi apta a enganar agente público acostumados e detentores de experiência na análise de documentos tais, à derribar a suspeita de tratar-se de falsificação grosseira.

A propósito:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO NÃO CABÍVEL ADULTERAÇÃO COMPROVADA APÓS EXAME PERICIAL RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a condenação pelo crime de uso de documento falso se a CNH apresentada tem semelhança com o padrão, sendo, pois, as irregularidades detectadas por meio de laudo pericial. Com o parecer, recurso não provido."* (TJMS. Apelação nº 0000541-16.2012.8.12.0030, Brasilândia, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 05/05/2016)

Revela-se de rigor, portanto, ante o farto acervo probatório que comprova a prática criminosa, a condenação pela conduta antijurídica concernente ao fato típico descrito no art. 297, *caput*, do Código Penal.

A respeito colaciono a jurisprudência deste Sodalício:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO – ART. 298 DO CP – RECURSO DA DEFESA – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – DELITO FORMAL – CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – IRRELEVÂNCIA – VÍTIMA FÉ PÚBLICA E EVENTUAL TERCEIRO LESADO – DOLO DE FALSIFICAR EVIDENCIADO – PENA-BASE MANTIDA – CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS PELO EXAURIMENTO DO DELITO – REDUÇÃO DA FRAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – PARCIAL PROVIMENTO. O crime previsto no art. 298 do CP é delito formal, ou seja, prescinde de resultado naturalístico, tendo como vítima a fé pública (Estado) e eventual terceiro lesado, sendo irrelevante o assentimento desse terceiro lesado para a configuração do crime. Assim, falsificar assinatura em documento particular sob vontade livre e consciente é figura típica, sendo a condenação medida de rigor"* (Apelação nº 0001459-55.2013.8.12.0007 - Cassilândia Rel. Des. Manoel Mendes Carl. 1ª Câmara Criminal. 8.11.2016)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 297, § 2º, DO CÓDIGO PENAL) – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS – REJEITADA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – DOLO COMPROVADO – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO ACOLHIDA – PENA DE MULTA REDUZIDA DE OFÍCIO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PRETENDIDA A FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PLEITO PREJUDICADO – PRETENDIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – NÃO ACOLHIDA – LAPSO TEMPORAL INFERIOR A 08 ANOS – RECURSO IMPROVIDO. I - A duplicata, por ser um título transmissível por endosso, é documento público por equiparação, nos termos do art. 297, § 2º, do Código Penal. Logo, a aposição do carimbo R.A. Gameiro – ME sobre o texto Gameiro & Cia Ltda. (empresa inexistente) na declaração de reconhecimento da duplicata, motivada pelo futuro ajuizamento de ação falimentar, caracteriza a conduta e o dolo tipificado no art. 297, § 2º, do Código Penal. Diante do exposto, comprovadas a autoria e materialidade delitiva, não há que se falar em absolvição dos apelantes do delito de falsificação de documento público narrado na exordial acusatória (...)".* (Apelação nº 0053998-60.2006.8.12.0001 - Campo Grande Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa. 3ª Câmara Criminal. 27.11.2014)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO DOLOSA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DO DOLO DA AGENTE E PEDIDO PARA DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPTAÇÃO CULPOSA E ESTELIONATO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A CULPABILIDADE DA AGENTE E LASTREAR O DECRETO*

CONDENATÓRIO – RECURSO DESPROVIDO. Não há falar em desclassificação para receptação culposa, quando as provas contidas nos autos são suficientes para demonstrar que a agente sabia da origem ilícita do automóvel, tanto que iria receber dinheiro para atravessá-lo de um Estado da Federação para outro. Tampouco se fala em desclassificação de falsificação de documento para estelionato, pois para a caracterização desse primeiro, não necessita da comprovação de prejuízo concreto a outrem bastando simplesmente a existência da falsificação do documento." (Apelação Criminal - Reclusão - nº 2009.033159-3/0000-00 - Miranda. Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. Primeira Turma Criminal. 29.6.2010

À vista do exposto e mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia, para o fim de condenar Roger Jará Barbosa, já qualificados nesses autos, às penas do art. 297, *caput*, do Código Penal.

Na primeira fase, analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade e os antecedentes não prejudicam o réu, eis que as informações nos autos acerca da sentença condenatória anterior com trânsito em julgado será utilizada para gerar a reincidência; sem elementos para se definir a conduta social e a personalidade do agente; os motivos, as circunstâncias e consequenciais da infração penal não desbordam da normalidade; o comportamento da vítima, por ser o Estado, não lhe prejudica, razão pela qual fixo a pena-base em seu mínimo de 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.=, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo então vigente.

Na segunda etapa, compenso a atenuantes da confissão com a agravante da reincidência, razão pela qual mantenho a pena no montante dantes fixado em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, a qual torno a pena definitiva à míngua de outros elementos a considerar.

E, finalmente, diante das somatórias das penas, eis que o recorrido restou condenado, nestes autos, pela prática da conduta prevista no artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06, à pena de 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, resulta sua reprimenda final fixada em 8 anos de reclusão e pagamento de 610 dias-multa, à razão unitária já mencionada.

Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena, visto que, muito embora não tenha sido a pena privativa de liberdade fixada acima do patamar de 08 anos, trata-se de réu reincidente.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (art.44, I e II, do CP), assim como a concessão de *sursis* (art.77, *caput* e inc.I, do mesmo codex*)*, porquanto não atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos.

Sobrevindo o trânsito em julgado, remeta-se o feito à origem para a adoção das providencias cabíveis, relativas à expedição de mandado de prisão, guia de recolhimento, mediante anotações.

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, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público e, com o parecer, dou-lhe provimento, para o fim de condenar o recorrido Roger Jará Barbosa, como incurso nas penas do artigo 297,

caput, do Código Penal, e fixo-lhe a pena de 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, totalizando, diante da somatórias das penas, dada a condenação pelo crime previsto no artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06, à pena de 6 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa, na reprimenda final fixada em 8 anos de reclusão e pagamento de 610 dias-multa, à razão unitária já mencionada, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e deram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 25 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Jairo Roberto de Quadros
Habeas Corpus Criminal nº 1409174-77.2019.8.12.0000 - Amambai

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUADRUPLAMENTE QUALIFICADO E ESTUPRO – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO – ANÁLISE À LUZ DE CRITÉRIO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – CIRCUNSTÂNCIAS E PARTICULARIDADES DOS CRIMES QUE REALÇAM A GRAVIDADE ACENTUADA E CONCRETA DA CONDUTA E INDICATIVOS DA PERICULOSIDADE DA PACIENTE – ORDEM PÚBLICA AFETADA – MEDIDA TAMBÉM NECESSÁRIA À INSTRUÇÃO E À APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ARTIGO 56, DA LEI Nº 6.001/73 – INAPLICABILIDADE – FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS INERENTES – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – CONTRA O PARECER, ORDEM DENEGADA**.**

A contagem dos prazos na instrução da ação penal não deve resultar de uma simples e mecânica soma temporal, e sim computados à luz do princípio da razoabilidade, levando-se em consideração a realidade do caso concreto, ponderando-se as particularidades de cada processo.

Vislumbrando-se dos elementos de convicção até o momento reunidos, particularidades e circunstâncias fáticas a delinearem a gravidade concreta da conduta supostamente perpetrada, inegáveis se afiguram indicativos sobre a extrema agressividade e periculosidade da conduta da paciente, nocivas à segurança e à incolumidade social, justificando-se a mantença do decreto prisional, máxime considerando a descrição de contexto fático extremamente preocupante e gravíssimo, alusivos aos crimes de tentativa de homicídio quadruplamente qualificado, estupro de vulnerável e homicídio triplamente qualificado, situação em que os agentes teriam levado uma das vítimas, desacordada, para o matagal, submetendo-a a violência sexual praticada por três pessoas, e, em seguida, submetida a golpes de faca pelo corpo, inclusive na região da garganta, face e região cervical.

Encontrando-se a ação penal em seu nascedouro, com previsão de oitiva de várias pessoas, emerge plausível a intimidação e o medo de represálias que a soltura almejada acarretaria, colocando em xeque a eficácia de atos processuais que ainda se realizarão, enfim, a própria instrução, mormente diante da periculosidade até o momento noticiada, sobretudo diante da noticiada intimidações endereçadas a familiares das vítimas.

O artigo 56, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), prevê a possibilidade de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime de semiliberdade em caso de condenação e não de prisão preventiva, não se aplicando, pois, neste momento processual.

O fato de possuir descendência indígena não se mostra suficiente, por si só, a propiciar-lhe o tratamento diferenciado, quando evidente que não mais pertence à categoria dos silvícolas, por conta de convívio com a sociedade atual, em todos os seus contornos. O tema, portanto, não pode ser apreciado isoladamente, sob a ótica fria da legislação, e sim em harmonia com as peculiaridades de cada região. Daí por que tais particularidades devem ser analisadas durante a instrução, e não na estreita via deste *habeas corpus*, que sequer comporta dilação probatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar.

Campo Grande, 8 de agosto de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, impetra *habeas corpus* em favor de Carmela Benites Ribeiro, apontando como autoridade impetrada o Juiz(a) de Direito da Vara Criminal da Comarca de Amambai, em razão de prisão preventiva decretada (Autos nº 0001198-94.2016.8.12.0004).

Informa que a paciente encontra-se sob custódia desde o dia 21/09/2018 pela suposta prática da conduta descrita no art. 121, § 2º, II, III, e IV, do Código Penal.

Sustenta o excesso de prazo, eis que a audiência de instrução encontra-se designada tão somente para o dia 19/09/2019, perfazendo o total de 306 dias de cárcere provisório.

Defende a possibilidade de aguardar o julgamento em regime de semiliberdade, eis que, caso eventualmente condenada, não experimentará regime mais gravoso dada a sua condição de indígena.

Discorre sobre o direito que reputa cabível ao caso presente e culmina por pleitear a concessão de liminar, com a consequente expedição de alvará de soltura, e, ao final, a concessão em definitivo da ordem.

A liminar foi indeferida (f. 257-258).

Informações prestadas pelo juízo *a quo* à f. 267, e, a seguir, posicionou-se, a Procuradoria-Geral de Justiça, pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Carmela Benites Ribeiro, em razão da prisão preventiva decretada pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Amambai.

A impetração lastreia-se, em síntese, no argumento de que a paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal pelo transcurso de prazo até o momento consumido, aliando-se, ainda, que, por ser indígena, pode desde já gozar do regime de semiliberdade.

A despeito dos argumentos expendidos, a ordem deve ser denegada.

A paciente foi denunciada pela suposta prática da conduta descrita no art. 121, § 2º, II, III, e IV, do Código Penal.

A denúncia foi recebida e a prisão preventiva decretada em 21/06/16, e, em 21.09.2018 o mandado de prisão foi devidamente cumprido.

Como cediço, os prazos previstos para encerramento da instrução criminal devem ser analisados à luz da razoabilidade, porquanto não são absolutos e, por isso, figuram como parâmetros gerais, variando de acordo com as peculiaridades de cada processo.

Inegável é que os acusados sob custódia do Estado, privados de suas liberdades, têm direito à observância dos prazos delimitados legalmente, não podendo ficar sujeitos aos retardamentos excessivos a que não deram

causa. Entrementes, é sabido também que nossa Carta Magna consagra entre seus princípios máximos a razoabilidade. Portanto, não obstante a previsão legal comentada, hodiernamente tem-se recomendado o afastamento do rigorismo hermenêutico, devendo os prazos, empiricamente examinados, ser interpretado com extremo cuidado.

Nessa toada o entendimento pretoriano, segundo o qual o excesso de prazo não pode ser estimado de modo meramente aritmético, devendo ser considerado em razão das peculiaridades de cada caso. (HC 340.606/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06/06/17)

Consoante, ainda, realçado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* nº 46.718, Relator Ministro Félix Fischer, o prazo para a conclusão da instrução criminal não é absoluto, fatal e improrrogável, e pode ser dilatado diante das peculiaridades do caso concreto.

Aliás, nesse diapasão o posicionamento vislumbrado neste Sodalício no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1402320-38.2017.8.12.0000, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – SUPOSTA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVANTE – EXCESSO DE PRAZO – EXPEDIÇÃO DE DIVERSAS CARTAS PRECATÓRIAS – REDESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DEVIDO A AUSÊNCIA DE TESTEMUNHA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – EXCESSO JUSTIFICADO – ORDEM DENEGADA.*
>
> *(...)*
>
> *O prazo para a conclusão da instrução processual não é absoluto, fatal e improrrogável, e pode ser dilatado ante a peculiaridade do caso concreto, o que torna razoável e justificada a demora no encerramento da instrução criminal, de modo a afastar o alegado constrangimento ilegal.*
>
> *No caso, o alegado excesso de prazo foi motivado pela necessidade de expedição de cartas precatórias para notificação/citação/interrogatório da paciente, presa nesta Capital, bem como para oitiva de algumas testemunhas residentes em outras Comarcas e, ainda, devido a ausência de uma testemunha na audiência de instrução, sendo necessário redesigná-la".*

E, no caso versando, impende destacar que se trata de ação deveras complexa, que envolve 4 acusados, atinente às práticas delitivas de estupro de vulnerável, homicídio triplamente qualificado e tentativa de homicídio quadruplamente qualificado.

Desta feita, a despeito da alegação de não pode haver penalização à paciente por conta de atos não realizados pelo Judiciário, certo é que a manutenção da custódia, afigura-se extremamente necessária, diante das particularidades e circunstâncias fáticas, além da própria dinâmica dos acontecimentos.

Aliás, da denúncia oferecida contra a paciente e demais, vislumbra-se descrição de contexto fático extremamente preocupante e gravíssimo, realçando seríssimos indicativos da periculosidade com que se nortearam os supostos autores dos crimes, posto que, além dos fatos referentes ao homicídio triplamente qualificado e à tentativa de homicídio quadruplamente qualificado, a vítima Siléia Martins teria sido levada, desacordada, para o matagal, onde foi despida e em tese estuprada por 3 dos denunciados. Consta, ainda, que, após a violência sexual, todos os envolvidos teriam decidido matá-la, para tanto desferindo-lhe facadas pelo corpo, inclusive na região da garganta, face e região cervical.

Diante desse panorama, evidentemente restrito aos elementos de convicção até o momento reunidos, inegável se afigura a necessidade da custódia, máxime considerando a gravidade concreta das condutas que teriam sido perpetradas, ensejando indicativos sobre a extrema agressividade e periculosidade da paciente, nocivas à segurança e à incolumidade social, notadamente a comunidade local.

A propósito:

> *"O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo modus operandi com que o crime fora praticado."* (RHC 69.889/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016).

Gize-se, em tal diapasão, o posicionamento adotado neste Sodalício no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1402336-89.2017.8.12.0000, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE INDICAM A GRAVIDADE ACENTUADA E CONCRETA DA CONDUTA DO PACIENTE – ORDEM PÚBLICA AFETADA – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS – INVIABILIDADE – ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. O decreto prisional preventivo está embasado nas circunstâncias do crime, que indicam elevada e concreta gravidade, elementos que são capazes de infligir riscos à garantia da ordem pública, pelo que se faz necessária a manutenção da custódia cautelar porque evidenciada a periculosidade do paciente.*
>
> *2. A gravidade acentuada e concreta do delito penal, pela sua natureza e dinâmica dos fatos, impede a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal."*

Neste sentido são os arestos deste Tribunal de Justiça Estadual:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA – PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA DECISÃO DE PRONÚNCIA – PACIENTES PRESOS DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL – REQUISITOS PREENCHIDOS – GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS E FILHO MENOR – IRRELEVÂNCIA – INSUFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DO CÁRCERE – ORDEM DENEGADA. I- À luz do artigo 313 do CPP, mostra-se necessária a manutenção da prisão preventiva quando verificados os pressupostos do art. 312 do mesmo diploma legal, quais sejam: fumus comissi delicti (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e periculum in libertatis (para garantir a ordem pública), considerando-se a gravidade em concreto dos delitos, em tese, praticados pelos pacientes, tentativa de homicídio qualificado contra duas vítimas. II- A prisão preventiva deve ser aplicada sempre que houver possibilidade de reiteração delitiva, demonstrada a real possibilidade de que o agente, em liberdade, volte a delinquir. Precedentes jurisprudenciais. III - O Superior Tribunal de Justiça possui abalizado entendimento no sentido da possibilidade de manter-se a custódia cautelar do imputado na decisão de pronúncia, quando este permaneceu preso durante toda a instrução criminal e inalterados os requisitos da prisão preventiva estampados nos artigos 312 e 313 do CPP"* (*Habeas Corpus* - Nº 1402072-04.2019.8.12.0000 - Paranaíba Relator em substituição legal – Juiz Waldir Marques. 2ª Câmara Criminal. 12.03.2019)
>
> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I E IV – ARTIGO 288, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGOS 12 E 14, DA LEI Nº 10.826/03 – ARTIGOS 29 E 69, CÓDIGO PENAL – HOMICÍDIO DOLOSO DUPLAMENTE QUALIFICADO (MOTIVO TORPE E RECURSO DE QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA) – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (FACÇÃO CRIMINOSA/PCC) – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE NEGOU AO PACIENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO PREVENTIVAMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL – SUSTENTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – PRESENÇA DOS*

REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DE PRESERVAR A ORDEM PÚBLICA DIANTE DA GRAVIDADE DOS DELITOS – EVENTUAIS PREDICADOS SUBJETIVOS DO PACIENTE QUE NÃO IMPEDEM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – CONSTRAGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. 1.Não há falar em ausência de fundamentação de sentença de pronúncia que nega ao paciente o direito de recorrer em liberdade quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva e se ele permaneceu recluso durante toda a fase do sumário da culpa e não se verificou modificação da situação de fato e de direito de maneira a impor a liberdade do agente." (*Habeas Corpus* nº 1400796-35.2019.8.12.0000 - Campo Grande Rel. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. 3ª Câmara Criminal. 14.02.2019)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA (ART. 121, § 2º, I E IV, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B, DA LEI Nº 8.069/90) – ALEGADO EXCESSO DE PRAZO – FINDA A INSTRUÇÃO CRIMINAL COM A SENTENÇA DE PRONÚNCIA – SÚMULA 21 DO STJ – EXCESSO DE PRAZO NÃO VERIFICADO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – REQUISITOS PARA SEGREGAÇÃO CAUTELAR PRESENTES – ORDEM DENEGADA. 1. Após a interposição do mandamus, sobreveio sentença de pronúncia. Logo, os presentes clamam pela incidência da Súmula 21, STJ 2. Ademais, configura-se o excesso de prazo somente quando o retardamento se dá por ineficiência da prestação jurisdicional, o que não se verifica, já que o feito recebeu o devido impulso processual. 3. No caso, não há situação nova, apta a descaracterizar a imprescindibilidade da prisão cautelar, a qual segue a cláusula rebus sic stantibus, de modo que deve ser mantida enquanto estiverem presentes os requisitos e pressupostos ensejadores de sua decretação. Com o parecer, ordem denegada." (*Habeas Corpus* nº 1414792-37.2018.8.12.0000 - Dourados Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago. 1ª Câmara Criminal. 22.01.2019)

Mas não é só. Desponta, ainda, dos autos que familiares de uma das vítimas passaram a receber ameaças dos réus, divulgando a vizinhos que a todos matarão, inclusive as crianças, afigurando-se despiciendo ressaltar a intimidação e o medo de represálias que, por motivos óbvios, a soltura dos acusados, e, assim, da suplicante, acarretaria, colocando em xeque a eficácia de atos processuais que se realizarão, enfim, a própria instrução, mormente diante da periculosidade até o momento noticiada.

A prisão preventiva, no caso em análise, não se revela desproporcional, tampouco excessiva, notadamente diante, repiso, da periculosidade social concreta que demonstra pela paciente.

Com relação à condição de silvícola da paciente, há de se destacar que o artigo 56, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), prevê a possibilidade de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime de semiliberdade em caso de condenação, não de prisão preventiva, não se aplicando, pois, neste momento processual.

Ademais, o Estatuto do Índio, em seu artigo 3º, define o índio como sendo o indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade social.

Conceitua, ainda, comunidade indígena como um conjunto de famílias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Diante disso já se extrai que a utilização de critério genérico e abstrato, dissociado das particularidades de cada caso concreto, nem se afina ao próprio Estatuto, que admite a existência de graus de integração do índio com a comunhão nacional.

Não há que ser considerado silvícola, portanto, aquele que apenas descende de determinada etnia ou região, os chamados autóctones, notadamente no presente caso, quando se verifica que a pleiteante possui absorvido e inserido em seu próprio cotidiano os hábitos, costumes e vícios da sociedade denominada civilizada.

O fato de possuir descendência indígena não se mostra suficiente, por si só, a propiciar-lhe o tratamento diferenciado, quando evidente que não mais pertence à categoria dos silvícolas, por conta de convívio com a sociedade atual, em todos os seus contornos.

Analisando o assunto, Clóvis Bevilacqua[1] já enfatizava há décadas, quando nem se imaginava a abrangência dos meios de comunicação atuais, e o elevado grau de acessibilidade e inclusão social do mundo moderno, que o *" Código usa a palavra silvícolas, para tornar claro que se refere aos habitantes da floresta e não aos que se acham confundidos na massa geral da população, aos quais se aplicam os preceitos de direito comum"*.

Inegável a importância desse acompanhamento e atenção às causas indígenas, tendo em vista a existência de aspectos reconhecidamente relevantes à mais adequada aplicação da lei, de maneira consentânea às circunstâncias de cada caso concreto. Entretanto, não se pode perder de vista que embora pertinentes a uma boa parte da população indígena, ainda em estado natural, as disposições e benefícios reclamados não devem incidir genérica e indistintamente, inobservando-se as peculiaridades e condições individuais dos acusados em geral, principalmente nas regiões do Estado de mato Grosso do Sul, onde as aldeias localizam-sem em perímetro urbano, como se fossem meros bairros, conforme público e notório.

O tema, portanto, não pode ser apreciado isoladamente, sob a ótica fria da legislação, e sim em harmonia com as peculiaridades de cada região. E, nesse cenário, o que se tem observado em nas regiões deste Estado é que muitos indígenas não fariam jus aos benefícios previstos no Estatuto do Índio, pois, em realidade, tratam-se de indivíduos perfeitamente integrados aos costumes e, sobretudo, às malícias e vícios da civilização atual.

Não seriam indígenas que vivem em estado natural, longe da civilização e dos valores que norteiam o convívio em sociedade. Apesar da origem indígena, não seriam considerados silvícolas desadaptados à cultura envolvente. Estariam a demonstrar estar adaptados ao meio social em que vivem, com conhecimento das normas legais e morais que regem a sociedade brasileira atualmente.

Daí por que tais particularidades devem ser analisadas durante a instrução, e não na estreita via deste *habeas corpus*, que sequer comporta dilação probatória.

Açodado, por outro prisma, concluir-se pela impossibilidade da fixação do regime inicial fechado na eventualidade de uma condenação, posto que as circunstâncias judiciais e moduladoras serão analisadas no momento oportuno, à luz de elementos de convicção que ainda serão colhidos. E, como cediço, a fixação de regime prisional não está atrelada única e exclusivamente ao *quantum* que porventura venha a ser especificado em caso de hipotética condenação, a tanto apresentando-se inafastáveis as diretrizes elencadas no artigo 59, do Código Penal, conforme artigo 33, § 3º, do referido diploma legal.

É certo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas esse princípio deve ser interpretado em sintonia com as demais disposições constitucionais, dentre as quais aquela estampada no art. 5º, inciso LXI, da CF/88, e não isoladamente.

Inconcebível, portanto, que, valendo-se desse princípio, extraia-se a conclusão de que não mais subsistem a prisão preventiva e outras formas de coerção processual, tanto mais que à esta alude o art. 5º, inciso LXI, acima citado.

Conforme já externou o Tribunal de Justiça de São Paulo, considerar culpado não equivale, seguramente, a não poder ser preso nas condições da lei. Diz respeito preferencialmente ao *status dignitatis* do cidadão, mas não à garantia da sociedade, em boa parte assegurada pelas diversas modalidades de custódias antecedentes de sentença definitiva.

Inegável, pois, a compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência, pois esta, embora se consubstancie em pilar do Estado Democrático de Direito, não impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo (STF – HC 106856, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012).

Ante o exposto, contra o parecer, conheço do presente *habeas corpus* e denego a ordem postulada.

1 Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Editora Rio. Edição Histórica. 2ª tiragem. p.194

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 08 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Jairo Roberto de Quadros
Habeas Corpus Criminal nº 1411216-02.2019.8.12.0000 - Itaquiraí

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – BUSCA E APREENSÃO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – MEDIDA EXCEPCIONAL – ARGUIÇÃO DE APOSIÇÃO DE ENDEREÇO EQUIVOCADO – ERRO MATERIAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – FALTA DE MATERIALIDADE – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.

Como cediço, a casa do indivíduo é seu asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do mesmo, segundo preceitua o art. 5º, inciso XI, da CF/1988, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Não se reconhece a nulidade da decisão que defere a representação policial pela busca e apreensão em endereço equivocamente transcrito, tratando-se de evidente erro meramente material. Precedentes do STJ.

Vislumbrando-se que a proemial descreve fatos típicos, reveladores, em tese, do cometimento de crime, coadunando-se perfeitamente às exigências estampadas no artigo 41 do Código de Processo Penal e acompanhada de lastro probatório mínimo, descabe a sua rejeição por suposta ausência de justa causa, máxime considerando que se o fato configura crime em tese, não há como deixar de ser apurado através de procedimento legal, não se afigurando plausível rejeitá-la a pretexto de não estar até agora provado aquilo que a acusação se propõe a demonstrar ao longo instrução.

O trancamento prematuro do processo-crime pela via estreita do *habeas corpus* é medida excepcional, admitida apenas nas hipóteses em que se evidenciar atipicidade da conduta, causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar.

Campo Grande, 19 de setembro de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Wilson Tavares de Lima impetra o presente *habeas corpus* em favor da paciente Moisés Lopes Ferreira, ambos devidamente qualificados, apontando como autoridade coatora Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí.

Argumenta, em síntese, que o paciente foi denunciado, juntamente com um terceiro, pela suposta prática dos crimes apenados nos artigos 33, *caput*, da Lei 11/343/06 e 12 da Lei 10.826/03, na forma do artigo 69, do Código Penal.

Sustenta que, em sede de defesa prévia, arguiu a inépcia da denúncia e a nulidade da busca e apreensão que culminou no flagrante, por ter sido o mandado cumprido em local diverso daquele que constava.

Aduz que, da leitura do mandado de busca e apreensão citado, foram indicados cinco endereços onde seriam cumpridas as diligências, dentre os quais dois na Zona Rural do município de Itaquiraí (MS), nos lotes 629 e 145 do Assentamento Indaia, mas o cumprimento se deu em local diverso, tratando-se, portanto, de provas ilícitas que devem ser desentranhadas dos autos.

Discorre sobre o posicionamento que reputa aplicável e pugna pelo trancamento da ação penal, diante da inexistência da materialidade dos delitos descritos na denúncia, fulcrado na ausência de pressuposto processual ou condição da ação.

Informações foram prestadas (f. 189-190) e, a seguir, posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 194-202) pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Suscita o impetrante nulidade da busca e apreensão que culminou em prisão em flagrante do paciente, pelo cumprimento do mandado em local diverso daquele que determinava, razão pela qual requer o trancamento da ação penal, diante da inexistência da materialidade dos delitos descritos na denúncia, fulcrado na ausência de pressuposto processual ou condição da ação.

Extrai-se dos Autos nº 0001031-28.2019.8.12.0051 que, entre data incerta até o momento e o dia 22 de junho de 2019, por volta das 06h00min, no lote 154 do Assentamento Indaiá, situado na zona rural daquele Município de Itaquiraí, o paciente e um codenunciado, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, mantiveram em depósito drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, ainda, que nas mesmas condições de tempo e local acima descritos, ambos cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, possuíam, de maneira compartilhada, arma de fogo e munições, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior da residência.

Estampa-se no procedimento investigativo que policiais civis, ao cumprirem com o Mandado de Busca e Apreensão nº 0005227-25.2019.8.12.0800, localizaram na residência dos denunciados 2,73kg de maconha, além de 01 arma de fogo tipo garrucha, calibre .32, de dois canos, cabo de borracha, além de 04 munições calibre do mesmo calibre, marca CBC.

Em defesa preliminar, arguiu o paciente a nulidade da busca e apreensão que ensejou a prisão, argumentando que o mandado dispunha o cumprimento da ordem judicial no lote 145 do Assentamento Indaiá, cujas diligências, contudo, ocorreram no lote 154 do mesmo assentamento, tornando ilícitas as provas obtidas através do mesmo, devendo para tanto ser desentranhados dos autos, com a consequente rejeição da denúncia com fulcro no art. 395, II ou III, do CPP.

Em *decisum* espelhado às f. 148-150, a autoridade impetrada destacou:

> *"O pedido da defesa técnica de nulidade da busca e apreensão domiciliar também não merece acolhimento, pois mero erro material na decisão proferida pelo juiz plantonista, ao constar lote 145, não é fundamento para nulidade das provas obtidas na fase investigativa, conforme bem pontuado pelo representante ministerial (f. 419) que: "compulsando os Autos de nº 0005227-25.2019.8.12.0800, pode constatar-se pela representação de f. 01-09 que a autoridade policial pugnou pela expedição do mandado no Lote 154 do Assentamento Indaiá, local onde efetivamente deu-se a busca e apreensão. Além disso, toda a investigação preliminar que fundamentou o pedido de busca e apreensão indica o lote 154 do Assentamento Indaiá como o lugar ligado à prática de condutas criminosas, como pode-se aferir no relatório de investigação policial de f. 116-119 dos autos supramencionados".*

Assim sendo, sem mais delongas, com o parecer ministerial retro, indefiro o pedido de nulidade das provas colhidas através do mandado de busca e apreensão domiciliar.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão deduzida pelo impetrante não comporta guarida.

Mister se faz salientar que a tese preliminar suscitada pela defesa não comporta juízo exauriente, justamente para se evitar o prejulgamento de matérias que devem ser objeto de cognição no momento oportuno, após a instrução do feito, possibilitando a formação de convicção segura do julgador, calcada em conjunto probatório robusto, apto a externar o decreto de absolvição ou condenação.

Sobre o tema, colhe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 3. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda. Precedentes.*
>
> *4. Na espécie, tendo a togada singular afirmado não estarem presentes quaisquer das hipóteses do artigo 397 do Código de Processo Penal, sendo necessária dilação probatória para a apreciação das teses defensivas, não há que se falar em falta de fundamentação da decisão impugnada, afastando-se, assim, a mácula suscitada na irresignação."* (RHC 81.345/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).
>
> *"'Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda. Precedentes' (RHC 54.595/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015)."*(RHC 56.882/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).
>
> *"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – DEFESA PRELIMINAR – APRECIAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA – POSSIBILIDADE – NULIDADE – INOCORRÊNCIA.*
>
> *1. A jurisprudência desta Corte firmou a orientação de que "a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da resposta escrita deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda."* (RHC 43.884/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015).
>
> *2. In casu, ao apreciar defesa preliminar, o magistrado singular fundamentou sua decisão de forma concisa, por não vislumbrar nenhuma das hipóteses de absolvição sumária do art. 397 do CPP, registrando que a tese defensiva demandaria dilação probatória.*
>
> *3. Recurso ordinário desprovido."* (RHC 49.114/RS, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 04/05/2015).

Assim, a teratologia, ilegalidade ou abuso de poder deve ser evidente para fins de encerramento prematuro da ação criminal[1], e, nesse eito, os elementos encartados no caderno processual não denotam tais situações. Para fins de instauração da ação penal, persiste, ainda que minimamente, lastro probatório a justificá-la, o que não se coaduna com adoção da medida excepcional de encerramento da ação por ausência de justa causa.

Oportuno esclarecer que isso não implica condenação do paciente, notadamente porque, como cediço, a cognição exauriente será realizada após instrução do feito, ocasião em que, aliás, poderá sobrevir inclusive sentença absolutória, se for o caso.

1 (STF - HC 138147 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 02/05/17).

Eventual insuficiência probatória é matéria a ser apurada no curso da instrução e, destarte, merecerá apreciação por ocasião da sentença, o que não configura situação concreta a ensejar o trancamento do processo-crime pela via estreita do *habeas corpus*.

Ademais, segundo posicionamento uníssono do Supremo Tribunal Federal,

> *"(...) o trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade"* (HC 140437 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/04/2017, Processo Eletrônico DJe-098 Divulg 10-05-2017 Public 11-05-2017).

Logo, existindo indícios mínimos da materialidade, a continuidade da ação penal mostra-se de rigor. A propósito, os precedentes da Excelsa Corte:

> *"O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas."* (RHC 140008, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, Processo Eletrônico DJe-086 Divulg 25-04-2017 Public 26-04-2017).

> *"PENAL – HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO – CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o trancamento da ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes. 2. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem. 3. Habeas Corpus indeferido, revogada a liminar."* (HC 124090, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, Processo Eletrônico DJe-096 Divulg 08-05-2017 Public 09-05-2017).

Como cediço, a casa do indivíduo é seu asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do mesmo, segundo preceitua o art. 5º, inciso XI, da CF/1988, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Portanto a inviolabilidade é regra, excepcionadas pelas hipóteses constitucionais, dentre elas a busca e apreensão precedida de mandado judicial.

Tratando-se de procedimento restritivo de direito constitucional, indispensável que tal ato seja dotado de regras, dentre eles, destaca-se o objetivo certo e contra pessoas determinadas.

Não é possível, assim, *"admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente ou autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos e vasculhados".*[2]

Ocorre que, a despeito dos requisitos exigidos para a expedição de mandados de busca e apreensão, da mesma lição doutrinária, extrai-se que excepcionalmente pode-se expedir um mandado

> *"(...) indeterminado, mas cujo objeto ou local é determinável. Exemplo disso seria a denúncia baseada em elementos previamente colhidos, de que provas do crime estão guardadas em uma casa situada na rua X, número Y, desconhecendo-se o morador. a polícia poderia seguir ao lugar, sem conhecer os habitantes, embora tendo por determinado o local. e vice-versa: conhece-se a pessoa, mas não exatamente onde fica o seu domicílio".*

E nem é esse o caso enfocado nestes autos, em que, consoante emerge do *decisum* de primeiro grau, concerne apenas a erro material, posto que constou-se número do loteamento equivocado, com possível

2 NUCCI, Guilherme. Código de Processo Penal Comentado. 16. ed. Forense, p.644)

inversão de números (lote 154, para constar no mandado 145), tanto que a autoridade policial pugnou, nos autos do Pedido de Prisão Temporária nº 0005227-25.2019.8.12.0800, expedição do mandado no Lote 154 do Assentamento Indaiá, local onde se efetivou o flagrante.

E, como pontuou a Procuradoria de Justiça, vedado é a expedição de mandados de busca e apreensão revestido de conteúdo genéricos ou coletivos, enfim, hipótese não vislumbrada no caso em pauta, porquanto evidente o erro meramente material na transcrição dos endereços, alvos das diligências encetadas.

A respeito colaciono:

> *"(...)*
>
> *SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – ILICITUDE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO – ERRO MATERIAL NO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO – IRRELEVÂNCIA – DILIGÊNCIA REALIZADA NO ENDEREÇO CORRETO DOS INVESTIGADOS – 1. A simples divergência em um número constante do mandado de busca e apreensão, que evidentemente constitui um erro material, não é suficiente para macular a diligência, já que foi realizada no endereço correto dos investigados, local em que foi encontrado o veículo que teria sido utilizado na prática do crime.(...) (*HC 252.156/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)
>
> *Não há que se reconhecer a nulidade da decisão que defere a representação por busca e apreensão na qual se transcreve apenas um dos dois endereços apontados pela autoridade policial, estando diante de mero erro material."* (STJ-RHC 32771/SC, 5ª T. Rel Jorge Mussi, 07.08.2012)

Destaco, por derradeiro que, dentro do limite de cognição sumária admitida no *writ*, chega-se à conclusão que a inicial acusatória descreve suficientemente a conduta do paciente nos fatos típicos imputados e, portanto, afigura-se imprópria a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, já que evidenciado, nos autos, a presença de indícios das práticas delituosas, bem como a participação, em tese, do paciente nos fatos.

A prefacial descreve fatos típicos, reveladores, em tese, do cometimento de crime, coadunando-se perfeitamente às exigências estampadas no artigo 41 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não comporta rejeição, e sim recebimento, de forma a possibilitar que o caso seja apurado em toda a sua plenitude, para que, então, ao final da prestação jurisdicional seja emitido o provimento cabível.

Consabido que se o fato configura crime em tese, não há como deixar de ser apurado através de procedimento legal, ainda que ao final, hipoteticamente, se conclua por desfecho diverso daquele almejado pela acusação. Se a denúncia descreve fato que constitui crime, não seria plausível rejeitá-la a pretexto de não estar até agora provado aquilo que a acusação se propõe a demonstrar ao longo instrução.

O recebimento da denúncia traduz apenas juízo de admissibilidade, e como o processo encerra uma série de atos formais, coordenados progressivamente, levando-se em conta a finalidade a que se destina, não se concebe nesta fase estancar a investigação e a apuração necessárias, reduzindo imotivadamente a atuação do titular da ação penal, que se propõe a demonstrar o alegado durante a instrução.

É óbvio que a denúncia deve mostrar-se acompanhada de um mínimo de provas que demonstrem a sua viabilidade. Inconcebível o recebimento de mera exposição de considerações ou suposições, desacompanhadas de qualquer elemento capaz de estabelecer a sua viabilidade fática. Mas, à evidência, disso aqui não se trata.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS – FURTO QUALIFICADO – INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA – NÃO OCORRÊNCIA – ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA CONTIDA NA DENÚNCIA ANTES DA SENTENÇA – REFLEXOS JURÍDICOS IMEDIATOS – POSSIBILIDADE –*

NULIDADE DA DECISÃO QUE RATIFICOU A DENÚNCIA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não é inepta a denúncia que contém a descrição fática do fato delituoso e suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime imputado, com os requisitos mínimos para o início da persecução penal, oportunizando o exercício do contraditório e da ampla defesa. 2. Somente é cabível o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade. 3. Descrito na denúncia, e confirmado pelo Tribunal de origem, que o paciente participava do esquema criminoso apurado, em que se valendo de sua condição de funcionário de instituição bancária, era responsável por autorizar - sem prévia consulta a qualquer documentação - o saque de benefícios previdenciários a terceiros não autorizados, inviável o acolhimento das teses de inépcia da denúncia e falta de justa causa. 4. Possível, desde logo, em hipóteses excepcionais, a antecipação do juízo desclassificatório pelo magistrado processante, sempre que da qualificação jurídica do fato atribuído depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir. (RHC 72.016/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 2/3/2017). 5. Na espécie, a modificação do enquadramento da conduta prevista no art. 171 do Código Penal, para o tipo descrito no art. 155, § 4º, II e IV, do mesmo Código, obsta a suspensão condicional do processo, antes possível, trazendo reflexos imediatos ao deslinde do processo. 6. Não havendo manifestação da Corte a quo quanto à suscitada nulidade da decisão de ratificação do recebimento da denúncia, descabe a este Tribunal promover a análise inaugural da questão, sob pena de incursão em indevida supressão de instância. 7. Agravo regimental improvido." (AgRg no RHC 100.845/PA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 13/03/2019)

"PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – ART. 168, § 1º, III, DO CP – TRANCAMENTO – MEDIDA EXCEPCIONAL – INVIABILIDADE – REPARAÇÃO A POSTERIORI DO DANO – IRRELEVÂNCIA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1 - De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o trancamento da ação penal, por meio de habeas corpus ou recurso em habeas corpus, é medida de exceção, sendo cabível, tão somente, quando inequívoca a ausência de justa causa, v.g., a atipicidade do fato, o que não ocorre in casu. 2 - Na linha dos precedentes desta Corte, "no crime de apropriação indébita, a restituição do bem ou o ressarcimento do dano não são hábeis a excluir a tipicidade do crime ou afastar a punibilidade do agente" (AgRg no AREsp nº 828.271/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/4/2016, Je 3/5/2016). 3 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgInt no HC 477.498/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019)

Nesse sentido, julgados deste Sodalício:

"EMENTA – HABEAS CORPUS – FRAUDE PROCESSUAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL INVIÁVEL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA – ALEGA AUSÊNCIA DE DOLO NÃO CONSTATÁVEL DE PLANO – ORDEM DENEGADA Da leitura da exordial acusatória e dos documentos que a acompanham, nota-se que há lastro probatório mínimo para a acusação, com provas da materialidade dos delitos imputados à paciente, assim também de indícios de autoria, o que, a propósito, já foi verificado pela autoridade apontada como coatora na oportunidade do recebimento da denúncia. Os argumentos de atipicidade da conduta e ausência de dolo guardam intrínseca relação com o próprio mérito da imputação feita pela acusação, de modo que deverá ser analisado após a devida instrução probatória, descabendo seu enfrentamento prematuro no atual estágio processual, mormente na via angusta do writ." (TJMS. *Habeas Corpus* nº 1401343-75.2019.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 27/02/2019, p: 28/02/2019)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – ART. 1º, III, DA LEI Nº 8.137/90 – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE – REQUISITOS MÍNIMOS PARA O PROCESSAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, cabível apenas quando

demonstrado, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, falta de provas de materialidade ou autoria delitivas ou a existência de uma causa extintiva de punibilidade, sendo vedado o exame aprofundado do contexto fático-probatório." (TJMS. *Habeas Corpus* nº 1400226-49.2019.8.12.0000, Itaporã, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Ale Ahmad Netto, j: 26/02/2019, p: 27/02/2019)

Ante o exposto, com o parecer, conheço do *habeas corpus* em tela, mas denego a ordem almejada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 19 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0019843-45.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – USO DE DOCUMENTO PÚBLICO ADULTERADO (ARTIGO 304 DO CP) – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – REDUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – INCABÍVEL – SÚMULA 231 DO STJ E RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 1.117.073/PR – RECURSO IMPROVIDO.

Não é possível o acolhimento da pretensão absolutória, pois, no caso, a condenação está fundada em conjunto probatório robusto, inclusive pela confissão, o qual demonstra a materialidade delitiva e a autoria do réu no crime de uso de documento público alterado descrito na inicial acusatória.

Conforme entendimento do STJ através da Súmula 231 e reafirmado por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.117.073/PR, *"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 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do Relator. Com ressalvas do vogal.

Campo Grande, 30 de julho de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Rodrigo Cherri interpôs apelação contra a sentença que o condenou à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso no art. 304 do CP.

Requereu a absolvição por insuficiência de prova ou, subsidiariamente, a fixação da pena abaixo do mínimo legal ante o reconhecimento da confissão espontânea (f. 130-136).

O MP apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 140-144).

A PGJ opinou pelo desprovimento do apelo e elaborou prequestionamento (f. 153-159).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Rodrigo Cherri interpôs apelação contra a sentença que o condenou à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso no art. 304 do CP.

Requereu a absolvição por insuficiência de prova ou, subsidiariamente, a fixação da pena abaixo do mínimo legal ante o reconhecimento da confissão espontânea (f. 130-136).

Sem razão à defesa.

O apelante nas duas oportunidades em que foi interrogado confessou a autoria delitiva, asseverando em juízo que, em razão de dificuldade financeira, alterou a data de validade do alvará sanitário de p. 15 para 10/02/2017 a fim de realizar contrato com a Associação Alphaville Campo Grande/MS, encaminhando tal documento alterado, via email, a esta empresa (f. 31-32 e 116).

A confissão do apelante não se encontra isolada, achando-se harmônica com os demais elementos de prova.

A testemunha Jader Aigner de Souza, gerente geral da Associação, na fase policial, relatou que:

> *"(...) acerca do caso investigado, o Depoente procurou a empresa pois esta já havia realizado esse tipo de serviço no ano de 2015, sendo que além da empresa Rodrigo Cherri – ME foram solicitadas mais dois orçamentos de outras empresas, todavia a empresa de Rodrigo Cherri – ME teve o melhor preço; que na época da contratação ao solicitar os documentos, o Depoente notou que haviam divergências no documento relativo ao Alvará Sanitário, sendo então que entrou em contato com a SESAU oportunidade em que constatada que o Alvará apresentada pela empresa Rodrigo Cherri – ME apresentava indícios de falsificação". (f. 60-61).*

Em juízo, Jader Aigner de Souza, ratificou as declarações feitas na fase investigatória (f. 113-115).

A testemunha Antônio João de Almeida, fiscal municipal de vigilância sanitária, em seu depoimento judicial, disse que era supervisor da Secretaria Municipal de Saúde Pública; que uma fiscal do mesmo setor recebeu uma ligação da Associação Alphaville Campo Grande/MS solicitando informações da empresa Rodrigo Cherri – ME, ocasião onde tal empresa encaminhou, via email, os documentos e foi constatado que houve uma modificação no campo de restrição e na data de validade da licença. Por fim, disse que o documento tal como adulterado era tecnicamente possível de ser usado para outros tipos de atividades da empresa caso não confrontado pelo órgão de vigilância sanitária (f. 113-115).

Com efeito, vislumbra-se que, ao contrário do que sustenta a defesa, o acervo probatório (documentos de f. 12-24, prova testemunhal e confissão) demonstra, estreme de dúvidas, a materialidade e autoria dos fatos descritos na inicial.

Ressalta-se que a ausência de laudo pericial no documento em questão, por si só, não leva à absolvição como quer a defesa nas razões recursais, eis que o acervo probatório, como dito, se mostrou hábil a provar a adulteração de documento público e o seu uso pelo apelante.

Destarte, revela-se incabível o pleito absolutório.

O apelante, subsidiariamente, objetiva a redução da pena provisória aquém do mínimo legal, em razão da incidência da atenuante da confissão espontânea.

A pretensão, no entanto, encontra óbice na Súmula 231 do STJ, a qual foi reafirmada por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.117.073/PR, no sentido de que *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

A propósito, em caso semelhante, já decidiu esse E. TJMS, *in verbis*:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – USO DE DOCUMENTO FALSO (ARTIGO 304, DO CP) – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – NÃO POSSÍVEL – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – FALSIFICAÇÃO QUE NÃO SE REVELA GROSSEIRA – REDUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – INCABÍVEL – SÚMULA 231, DO STJ – RESPEITO AO SISTEMA TRIFÁSICO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – RECURSO IMPROVIDO 1. Infrutífera a pretensão*

absolutória, pois, no caso, a condenação está fundada em conjunto probatório robusto, o qual demonstra a materialidade delitiva e a autoria do réu no crime de uso de documento falso descrito na inicial acusatória. Além disso, não há falar em falsificação grosseira, haja vista que os policiais somente desconfiaram da inautenticidade do documento quando, em consulta ao sistema INFOSEG, verificaram que inexistia CNH cadastrada no CPF do apelante, fato que, posteriormente, foi confirmado pela perícia técnica, através de instrumentos ópticos de ampliação. 2. É cediço nas Cortes Superiores que a imposição da pena-base no mínimo legal, como se afigura no presente caso, impede a aplicação de atenuantes para reduzir a sanção abaixo desse piso, consoante entendimento expresso na Súmula 231 do STJ. Ou seja, não pode o magistrado, na segunda etapa, ultrapassar as balizas mínima e máxima previstas no tipo penal, sob pena de violação ao princípio da reserva legal e ao sistema trifásico de individualização da pena, que só permite tal operação na terceira fase da dosimetria, onde são consideradas as causas de aumento e diminuição de pena. 3. Recurso improvido." (TJMS. Apelação n. 0001472-19.2012.8.12.0030, Brasilândia, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 06/09/2018, p: 11/09/2018)

Por fim, no tocante ao prequestionamento, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (vogal)

Acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso defensivo.

Ressalvo apenas 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 proporcional e suficiente para reprovação e prevenção do delito previsto no art. 24-A da Lei n. 11.340/06, 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.

Superada a ressalva, acompanho o voto condutor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator. Com ressalvas do vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 30 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0019664-77.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FEMINICÍDIO – ART. 121, § 2º, I, III E VI, E § 7º, III, DO CP – PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS QUANTO À CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO III DO § 7º DO ART. 121 DO CP – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA A INDICAR MINIMAMENTE A TESE ACUSATÓRIA – JULGAMENTO ANULADO – RECURSO PROVIDO.

Considerando que a versão acusatória de que o feminicídio teria sido cometido na presença da filha menor do casal não encontra amparo em qualquer elemento concreto de prova nos autos, o reconhecimento pelos jurados quanto à causa de aumento de pena prevista no inciso III do § 7º do art. 121 do CP implica em decisão manifestamente contraria às provas dos autos, soando, como única saída jurídica neste momento, a anulação dessa decisão, a fim de que o réu seja submetido a novo julgamento em plenário.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de agosto de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

D. A. S. da S. interpôs apelação contra a sentença que o condenou à pena de 22 anos e 8 meses de reclusão pela prática do crime de feminicídio tipificado no art. 121, § 2º, I, III e VI, e § 7º, III, com a redução do art. 65, III, "d", do CP.

Requereu a anulação do julgamento sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos no tocante à causa de aumento de pena prevista no inciso III do § 7º do art. 121 do CP. Subsidiariamente, requereu a readequação da pena-base, bem como o aumento da fração usada no tocante ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Ao final, lançou prequestionamento (f. 517-534).

O MP apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso e elaborou prequestionamento (f. 538-558).

A PGJ opinou pelo desprovimento do apelo e suscitou prequestionamento (f. 567-584).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

D. A. S. da S. foi denunciado pela prática do crime de feminicídio, nos seguintes termos:

"No dia 18 de maio de 2018, por volta das 12h na residência localizada na Rua Açaí, nº 121, Bairro Jardim Itamaracá, em Campo Grande-MS, D. A. S. da S., agindo dolosamente e utilizando uma faca, matou sua convivente J. dos S. S. M., por motivo fútil e meio cruel, na presença da filha do casal A. S. dos S., de um ano de idade, e por razões da condição de sexo feminino, com violência doméstica na forma da lei específica.

O denunciado e a vítima conviviam em união estável há cerca de dois anos e tinham uma filha de um ano de idade. O relacionamento era conturbado em virtude da postura e conduta possessiva, agressiva e violenta de D., e a vítima vivia a situação de violência doméstica.

Em razão disso, em fevereiro do corrente ano, J. registrou boletim de ocorrência pela prática de crime de ameaça pelo denunciado, no qual requereu medidas protetivas de urgência, que foram deferidas judicialmente, tendo D. saído da residência do casal. No mês de março, a vítima, através da Defensoria Pública de Defesa da Mulher, ajuizou ação cível de reconhecimento e dissolução de união estável (f. 24-26 e documentos em anexo).

Após esses fatos, o genitor do denunciado faleceu, tendo este e a vítima reatado o relacionamento.

No dia do crime, após o almoço, J. saiu da residência para retirar o lixo e o denunciado, enciumado, seguiu-a.

Ao retornarem para a residência, na presença da filha menor do casal e movido pelo ciúmes injustificado, ou seja, por motivo fútil, D. desferiu reiterados socos na face, olhos, boca e cabeça da vítima, causando nela traumatismo facial e cranioencefálico. Ato contínuo, com a vítima já caída ao solo, de forma cruel, o denunciado desferiu ao menos nove golpes de faca na região direita do pescoço, tórax e face da ofendida, levando-a a óbito por choque hipovolêmico traumático (laudo pericial de corpo de delito e necroscópico da vítima às f. 84-98 e fotos da vítima no local do crime às f. 30 e 55-59).

D. praticou o crime mediante violência contra a mulher, matando a vítima, com quem mantinha união estável há dois anos, aproveitando-se de sua fragilidade e com menosprezo à sua condição feminina.

Em razão dos socos desferidos contra o rosto de J., D. sofreu escoriações nas mãos. Após matar a vítima, o denunciado sentou-se em uma cadeira na sala e autolesionou-se, cortando-se superficialmente e produzindo quatro feridas incisas de formato linear pararelas umas às outras na lateral do pescoço (laudo pericial de corpo de delito realizado no denunciado às f. 99-102 e fotografia de f. 58).

Em seguida, D. saiu da residência levando a filha, bateu à porta de uma vizinha, entregando a criança e pedindo socorro médico para si, nada falando acerca da vítima.

O socorro médico foi acionado pelos vizinhos, assim como a Polícia Militar, que encontrou o corpo da vítima no local em que foi morta, bem como a arma do crime (apreensão da faca: f. 20 e fotos do local do crime às f. 30 e 55-59).

O denunciado foi preso em flagrante delito e teve sua prisão preventiva decretada por decisão judicial proferida em audiência de custódia realizada nos autos nº 0003569-97.2018.8.12.0800.

Diante do exposto, o Ministério Público denuncia D. A. S. da S. pela prática do delito previsto no 121, § 2º, incisos I, III e VI, e § 7º, inciso III, do Código Penal, observando-se as disposições da Lei nº 11.340/2006 (..)"

Findo o sumário da culpa, D. A. S. da S. foi pronunciado pela prática do crime descrito no art. 121, § 2°, incisos I, III e VI, e § 7º, III, do CP (f. 396-405).

Submetido ao Tribunal do Júri, sobreveio sentença condenando o acusado à pena de 22 anos e 8 meses de reclusão pela prática do crime de feminicídio, tipificado no art. 121, § 2º, I, III e VI, e § 7º, III, com a redução do art. 65, III, "d", do CP, como descrito no relatório.

Em suas razões de apelação, o acusado requereu a anulação do julgamento sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos no tocante à causa de aumento de pena prevista no inciso III do § 7º do art. 121 do CP. Subsidiariamente, a readequação da pena-base, bem como o aumento da fração usada no tocante ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Impende destacar que a decisão do Tribunal do Júri, em face do princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto na alínea "c" do inciso XXXVIII do art. 5º da CF, só é possível ser modificada em situação excepcional, quando o julgamento se mostrar manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, completamente dissociado das provas, escandaloso e arbitrário.

No entanto, se a decisão proferida pelo conselho de sentença acolheu uma das teses trazidas pelas partes e esta tiver consonância na prova produzida, torna-se incabível a anulação do julgamento em respeito à soberania do veredito.

No caso, a defesa sustentou perante o corpo de jurados que deveria ser afastada a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 7º, III, do CP.

Entretanto, o corpo de jurados decidiu por rejeitar tal tese defensiva e acolher a tese acusatória de que o acusado teria praticado o crime na presença da filha menor do casal de um ano de idade, consoante se infere da resposta quisto nº 7 de f. 455.

A testemunha F. G. de S., que é vizinha do apelante, narrou em juízo, que o apelante logo após o crime bateu em sua porta dizendo "salva minha nene", tendo a testemunha encontrado a mesma do lado de fora da casa do apelante. Em juízo, destacou que encontrou a filha do apelante do lado de fora da casa deste e que a criança estava limpa e "sentadinha brincando" (f. 306).

O apelante, interrogado na fase policial, relatou que;

> *"(...) J. trocou de roupa e saiu de casa, sendo que A. foi atrás da mãe, quando J. bateu o porta e A. começou a chorar; que, então o interrogado deitou com A. e cochilou no quarto do casal; que, alguns minutos depois, J. chegou na residência nervosa, e gritou para que o interrogado saísse de casa, sendo que ele alega que concordou; que, quando o interrogado entrou no outro quarto para se trocar, J., estava serrando a faca em seu pescoço, ao seu lado, quase já de frente e que segurava a faca com a mão esquerda, mas acredita que ela era destra, pois escrevia com a mão direita; que, então o interrogado alega que se virou e segurou pelo ombros e, alega que depois só se recorda de que estava com as mãos cheias de sangue (....)" (f. 79-81).*

As demais testemunhas ouvidos nos autos em nada esclareceram quanto ter a filha do apelante presenciado ou não o cometimento do feminicídio, posto que não estavam na cena dos fatos nos momentos em que estes aconteceram.

Nas duas oportunidades em que foi interrogado em juízo, o apelante confessou a autoria, no entanto, negou veementemente que o feminicídio teria ocorrida na presença da filha do casal, salientando que A. (filha do casal) não presenciou os fatos, pois encontrava-se dormindo no quarto do casal (quarto principal), enquanto o crime ocorreu em outro quarto da casa (segundo quarto da casa *"que seria dedicado às crianças"*) (f. 337 e 452-454).

Não foi realizada a reprodução simulada dos fatos e as imagens de fotografias carreadas aos autos (f. 21-23, 34-35 e 61-73) não indicam minimamente que o crime teria ocorrido na presença da filha do casal.

Outrossim, o laudo de exame de corpo de delito em local de morte violenta juntado às f. 357-388 corrobora com a versão dada pelo réu de que o crime teria ocorrido no quarto secundário da residência do casal.

A propósito, cita-se as razões defensivas bem laçadas quando consigna que:

> *"(...) Ora nota-se no Laudo Pericial de Exame de Corpo de Delito em Local de Morte Violenta (f. 357-388), que o palco dos acontecimentos narrado nos autos ficou completamente*

marcado pelo sangue da vítima, notadamente o chão da residência, sendo certo que se a infante tivesse presenciado o delito, a mesma estaria com marcas de sangue pelo corpo ou em suas vestes, todavia, pelo depoimento acima referido, percebe-se que a criança encontrava-se limpa, sem qualquer sujidade, caindo por terra a assertiva indevidamente acolhida pelos jurados" (f. 521).

Embora seja possível no mundo teórico que o crime tenha ocorrido na presença da filha do casal, certo é que nos autos, e é o que importa juridicamente, não há elemento concreto a indicar tal suposição.

Logo, não é possível se extrair concretamente dos elementos de prova constantes dos autos que o crime de feminicídio tenha ocorrido na presença da filha do apelante com a vítima, passando a tese acusatória tão somente por ilações.

Nessa hipótese, consoante ensina Nucci (*In* Código de Processo Penal Comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1237): *"O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos"*.

Consequentemente, tendo os jurados acolhido a versão acusatória de que o crime teria sido cometido na presença da filha menor do casal, pode-se afirmar que a conclusão daqueles quanto ao quesito nº 7 é manifestamente contraria às provas dos autos, soando, como única saída jurídica neste momento, a anulação dessa decisão, a fim de que o réu seja submetido a novo julgamento em plenário.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – PRELIMINARES DE NULIDADE: INÉPCIA DA DENÚNCIA, IMPARCIALIDADE DOS JURADOS E AUSÊNCIA DA TESTEMUNHA PROTEGIDA EM PLENÁRIO – PRECLUSÃO – NULIDADES NÃO ARGUIDAS NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO –* ***DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS QUANTO A UMA CAUSA DE AUMENTO DE PENA – ANULAÇÃO DA DECISÃO EM CONSEQUÊNCIA O APELANTE DEVERÁ SE SUBMETER A NOVO JULGAMENTO PELO EGRÉGIO TRIBUNAL DO JÚRI."*** (TJSP; Apelação Criminal 0004580-75.2008.8.26.0040; Relator (a): Osni Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Américo Brasiliense - 1ª Vara; Data do Julgamento: 06/12/2016; Data de Registro: 07/12/2016)

No tocante ao prequestionamento, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao apelo defensivo para anular o julgamento do Tribunal do Júri e determinar que D. A. S. da S. seja submetido a novo julgamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 13 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. Jonas Hass Silva Júnior
Agravo de Execução Penal nº 0009829-28.2019.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DEFENSIVO – PLEITO PELA ELABORAÇÃO DE NOVO CÁLCULO – PRELIMINAR DA PGJ DE NÃO CONHECIMENTO – ACOLHIDA – FALTA DE INTERESSE – CÁLCULO QUE OBSERVOU AS REFORMAS OCORRIDAS – PEDIDO DE DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 2.252/54 – IMPOSSIBILIDADE – CONTINUIDADE TÍPICO NORMATIVA – ART. 244-B DO ECA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.

Considerando que o cálculo de pena está em conformidade com as decisões reformadas e com os pedidos do agravante, o recurso não deve ser conhecido nessa parte por falta de interesse.

A Lei nº 12.015/09 não descriminalizou a conduta antes prevista no art. 1º da Lei nº 2.252/54, mas apenas a deslocou para o art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando-se da hipótese de continuidade normativa típica, não havendo que se falar em *abolitio criminis* e nem tampouco em extinção da punibilidade em decorrência da revogação da Lei nº 2.252/54.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar provimento, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Jean Carlo Miller Hollandini interpôs agravo em execução penal contra a decisão proferida pelo juiz da execução penal que indeferiu seu pedido de extinção da pena com relação ao delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.254/54 e que determinou a elaboração de novo cálculo de pena.

Requereu a reforma da decisão para o fim de: reconhecer a revogação da Lei nº 2.254/54 e, consequentemente, extinguir a punibilidade no que se refere à transgressão do art. 1º da referida lei (Guia nº 0000075-08.2009.8.12.0004); alterar o cálculo de pena diante da absolvição do delito de associação ao tráfico e do afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico de drogas (Guia nº 0000075-08.2009.8.12.0004); e, alterar o cálculo de pena diante da absolvição ocorrida no Processo nº 0012553-78. 2014.8.12.0002 (f. 1-7).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo improvimento do recurso e prequestionou dispositivo (f. 57-66).

O magistrado da instância singela manteve a decisão agravada (f. 53).

A PGJ opinou pelo parcial conhecimento do agravo e, na parte conhecida, seu improvimento. Prequestionou a matéria (f. 76-81).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Jean Carlo Miller Hollandini interpôs agravo em execução penal contra a decisão proferida pelo juiz da execução penal que indeferiu seu pedido de extinção da pena com relação ao delito previsto no art. 1º da Lei nº 2.254/54 e que determinou a elaboração de novo cálculo de pena.

Requereu a reforma da decisão para o fim de: reconhecer a revogação da Lei nº 2.254/54 e, consequentemente, extinguir a punibilidade no que se refere à transgressão do art. 1º da referida lei (Guia nº 0000075-08.2009.8.12.0004); alterar o cálculo de pena diante da absolvição do delito de associação ao tráfico e do afastamento do caráter hediondo do delito de tráfico de drogas (Guia nº 0000075-08.2009.8.12.0004); e, alterar o cálculo de pena diante da absolvição ocorrida no Processo nº 0012553-78. 2014.8.12.0002.

A PGJ arguiu preliminar de não conhecimento do agravo quanto aos pedidos de reconhecimento da absolvição do delito previsto no art. 35, *caput*, da Lei de Drogas e o afastamento da hediondez referente ao crime de tráfico de drogas, ambos objeto da GR nº 0000075-08.2009.8.12.0004, bem como seja observada a absolvição referente ao delito do art. 35, *caput*, da Lei de Drogas, objeto da GR nº 0008966-14.2015.8.12.0002.

Sustentou que não há interesse recursal, pois, observando o cálculo de pena trazido aos autos, verifica-se que as penas registradas encontram-se em conformidade total aos acórdãos prolatados, não havendo reformas a serem feitas.

A preliminar deve ser acolhida, pois o cálculo de pena observou as reformas indicadas pelo agravante, conforme bem explanado no parecer da PGJ, o qual transcrevo, a fim de evitar tautologia:

> *"Conforme a GR nº 0008966-14.2015.8.12.0002, referente à Ação Penal nº 0012553-75.2014.8.12.0002, verifica-se que o Acórdão juntado às f. 27-39 absolveu o Agravante pelo delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, restando apenas a pena do artigo 33, da mesma Lei.*
>
> *Em outro norte, conforme a GR nº 0000075-08.2009.8.12.0004, corrigida após a Revisão Criminal nº 2009.024517-5/000-00, houve a condenação pelo crime do artigo 33, caput, e §4º, da Lei nº 11.343/2006 (pena de 05 – cinco - anos e 04 – quatro - meses, afastada hediondez), pelo crime do artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/2006 (pena de 03 -três- anos e 05 -cinco- meses) e artigo 244-B do ECA (pena de 01 -um- ano e 09 -nove- meses), conforme acórdão de f. 08-18."*

Ressalte-se que, embora o agravante tenha sustentado que a revisão criminal o absolveu do delito de associação ao tráfico, verifica-se que tal assertiva não é verdadeira, pois a revisão não afastou a condenação pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, mas tão somente reduziu-lhe a pena.

Assim, considerando que o cálculo de pena está em conformidade com as decisões reformadas, falta interesse recursal ao agravante, motivo pelo qual o recurso não deve ser conhecido nessa parte.

Quanto ao mais, o agravante requereu o reconhecimento da revogação da Lei nº 2.252/54 e, consequentemente, a extinção de sua punibilidade quanto à transgressão do art. 1º da referida lei.

Razão não lhe assiste.

O art. 1º da Lei nº 2.252/54 tipificava como crime a seguinte conduta:

> *"Art 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la.*"

Com a edição da Lei nº 12.015/2009, houve revogação expressa da Lei nº 2.252/54 e alteração do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual passou a vigorar com a seguinte redação:

> *"Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:*
>
> *Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.*
>
> *§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.*
>
> *§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990."*

Da leitura dos dispositivos acima extrai-se que a Lei nº 12.015/09 não descriminalizou a conduta antes prevista no art. 1º da Lei nº 2.252/54, mas apenas a deslocou para o art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando-se da hipótese de continuidade normativa típica, não havendo que se falar em *abolitio criminis*.

Assim, considerando que a nova norma possui a mesma essência da tipificação criminal da lei anterior revogada, não há que se falar em revogação e, consequentemente, de extinção da punibilidade.

Ante o exposto, com o parecer, conheço em parte do recurso e, na parte conhecido, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Conheceram parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. José Ale Ahmad Netto
Carta Testemunhável nº 0009614-55.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – CARTA TESTEMUNHÁVEL – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO AFASTADAS – MÉRITO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA A INVESTIGADO MEDIANTE PAGAMENTO DE FIANÇA – ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO – ATUAÇÃO APENAS A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – ILEGITIMIDADE DO INTERESSADO PARA, NESSA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE, PUGNAR PELO RESTABELECIMENTO DA PRISÃO AINDA NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL – RECURSO DESPROVIDO.

No que toca à alegada ilegitimidade do recorrente para interpor a carta testemunhável na qualidade de assistente de acusação, deve ser afastada a preliminar na medida em que é exatamente essa a questão trazida nas razões como causa de pedir, de modo que acolher a tese de ilegitimidade neste caso implicaria em negar ao recorrente o próprio direito de ter uma resposta jurisdicional acerca de sua legitimidade para recorrer, o que não se deve admitir sob pena de violação à garantia de acesso à jurisdição.

Quanto à alegada falta de documentos indispensáveis à interposição do recurso, embora de fato as razões recursais não estejam acompanhadas das peças processuais às quais o órgão ministerial fez alusão nas contrarrazões, as cópias de decisões apresentadas aos autos pelo investigado permitem compreender em que consiste a irresignação motivadora do recurso. Disso decorre que a deficiência de instrução do pedido de reforma, no presente caso, não impede o conhecimento da matéria, razão pela qual deve ser observada a primazia pela solução do mérito.

Com relação à tese de insubsistência do interesse recursal pela perda do objeto, o pedido envolve mais que a simples admissão do interessado como assistente de acusação; abarca também o intento de ver recebido o recurso em sentido estrito. Assim, resta preservada a necessidade da prestação jurisdicional no caso proposto. Preliminares afastadas.

O assistente de acusação, nos termos do art. 268 do Código de Processo Penal, atua no processo de conhecimento a partir do recebimento da denúncia, motivo pelo qual não possui qualquer atuação no inquérito policial.

Disso decorre que, como não existe legalmente a figura do assistente de acusação a atuar durante as investigações, não é admissível a interposição de recurso em sentido estrito pelo recorrente, antes do oferecimento da denúncia, exatamente por não estar legitimado a fazê-lo.

Os pressupostos processuais de admissibilidade recursal, dentre eles a legitimidade para interpor o recurso em sentido estrito, devem estar atendidos no momento da interposição, não havendo possibilidade de convalescimento ou sanatória.

Consequentemente, se no momento da interposição o recorrente não reunia as condições jurídico-processuais para interpor o recurso, resulta correta a postura do juízo ao negar seguimento ao pedido por falta de pressupostos de admissibilidade.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de julho de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de carta testemunhável interposta por Gustavo Albuquerque Figueiredo, representado por Douglas Barros de Figueiredo, em face de decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande que negou admissão a recurso em sentido estrito.

Alega, em síntese, que o assistente de acusação está legitimado a discutir, por essa via recursal, questões relacionadas a medidas cautelares no processo penal.

Pede o provimento do recurso para que, admitido o processamento do recurso em sentido estrito, seja intimado o assistente de acusação para apresentar suas razões no prazo legal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, suscita preliminar de não-conhecimento pela falta de documentos imprescindíveis ao conhecimento do pedido. No mérito, pugna pelo não provimento do recurso (f. 11-18).

João Pedro Silva Miranda Jorge, também em resposta ao recurso, sustenta a tese preliminar de ilegitimidade do testemunhante para interpor recurso na qualidade de assistente de acusação. No mérito, manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 22-29).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo não conhecimento do recurso ante a perda do objeto, isso porque o juízo *a quo* teria acolhido em favor do recorrente o pedido de reconhecimento da assistência de acusação (f. 48-51).

Intimado a manifestar-se a respeito das considerações da PGJ, o recorrente requereu o julgamento da matéria por entender que, a despeito da admissão como assistente, o mérito discutido neste recurso é o recebimento ou não do recurso em sentido estrito (f. 55-56).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de carta testemunhável interposta por Gustavo Albuquerque Figueiredo, representado por Douglas Barros de Figueiredo, em face de decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande que negou admissão a recurso em sentido estrito.

Alega, em síntese, que o assistente de acusação está legitimado a discutir, por essa via recursal, questões relacionadas a medidas cautelares no processo penal.

Pede o provimento do recurso para que, admitido o processamento do recurso em sentido estrito, seja intimado o assistente de acusação para apresentar suas razões no prazo legal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, suscita preliminar de não-conhecimento pela falta de documentos imprescindíveis ao conhecimento do pedido. No mérito, pugna pelo não provimento do recurso (f. 11-18).

João Pedro Silva Miranda Jorge, também em resposta ao recurso, sustenta a tese preliminar de ilegitimidade do testemunhante para interpor recurso na qualidade de assistente de acusação. No mérito, manifesta-se pelo desprovimento do recurso (f. 22-29).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo não conhecimento do recurso ante a perda do objeto, isso porque o juízo *a quo* teria acolhido em favor do recorrente o pedido de reconhecimento da assistência de acusação (f. 48-51).

Intimado a manifestar-se a respeito das considerações da PGJ, o recorrente requereu o julgamento da matéria por entender que, a despeito da admissão como assistente, o mérito discutido neste recurso é o recebimento ou não do recurso em sentido estrito (f. 55-56).

É o relatório. Passo a decidir.

De início, analiso as preliminares aduzidas nas contrarrazões.

Quanto à alegada ilegitimidade para interpor recurso na qualidade de assistente de acusação, entendo que não merece acolhida na medida em que é exatamente essa a questão trazida na carta testemunhável como causa de pedir e que constituiu o fundamento do juízo para não admitir o recurso em sentido estrito.

Desse modo, acolher a tese de ilegitimidade neste caso implicaria em negar ao recorrente o próprio direito de ter uma resposta jurisdicional acerca de sua legitimidade para recorrer, o que não se deve admitir sob pena de violação à garantia de acesso à jurisdição.

Afasto a preliminar de ilegitimidade, portanto.

Quanto à tese de falta de documentos imprescindíveis ao julgamento da matéria, tenho que igualmente não merece acolhida na medida.

Embora a peça de interposição do recurso não esteja acompanhada dos documentos a que o órgão ministerial fez alusão nas contrarrazões, as cópias de decisões apresentadas por João Pedro Silva Miranda Jorge (f. 30-38) permitem compreender em que consiste a irresignação motivadora do recurso.

Disso decorre que a deficiência de instrução do recurso, no presente caso, não impede o conhecimento da matéria, razão pela qual deve ser observada a primazia pela solução do mérito.

Rejeito a preliminar.

Por fim, quanto à alegação de insubsistência do interesse recursal pela perda do objeto, tal como o recorrente entendo que o pedido envolve mais que a simples admissão do interessado como assistente de acusação; abarca também o intento de ver recebido o recurso em sentido estrito.

Por essas razões, não acolho a preliminar.

Passo ao exame do mérito.

Houve por parte do recorrente a interposição de recurso em sentido estrito contra decisão que revogou a prisão preventiva do então investigado João Pedro da Silva Miranda Jorge (Autos nº 000267-55.2017.8.12.0800), com aplicação de medida cautelar alternativa de fiança.

O juízo não admitiu o recurso sob o fundamento de que, por ausência de previsão legal, na fase investigatória não deveria haver intervenção recursal de familiares da vítima, além do que somente seria cabível recurso do assistente de acusação quando já existisse ação penal, na forma do disposto no art. 268 do CPP.

O recorrente, em suas razões, trouxe abalizada doutrina no sentido de que se o assistente de acusação passou ater legitimidade para requerer a prisão preventiva durante o andamento do processo, também a teria para impugnar eventual decisão negativa da prisão ou mesmo concessiva de liberdade provisória.

Ocorre que não é esse precisamente o ponto nodal da questão conflitada.

Ao fundamentar a negativa de seguimento, o juízo limitou-se em dizer que durante a fase de inquérito policial não há atuação do assistente de acusação que, nos termos do art. 268 do CPP, poderá intervir em todos os termos da ação pública, ou seja, a partir do recebimento da denúncia.

Disso decorre que, como não existe legalmente a figura do assistente de acusação a atuar durante as investigações, não seria admissível a interposição por ele de recurso em sentido estrito no caso concreto, exatamente por não estar legitimado a fazê-lo.

Saliento que os pressupostos processuais de admissibilidade recursal, dentre eles a legitimidade para interpor o recurso em sentido estrito, devem estar atendidos no momento da interposição, não havendo possibilidade de convalescimento ou sanatória.

Consequentemente, se no momento da interposição o recorrente não reunia as condições jurídico-processuais para interpor o recurso, resulta correta a postura do juízo ao negar seguimento ao pedido por falta de pressupostos de admissibilidade.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Gustavo Albuquerque Figueiredo, representado por Douglas Barros de Figueiredo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 09 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0007150-34.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS E RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSOS DEFENSIVOS E MINISTERIAL – ESTELIONATO – RESE DE F.S.S. – CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO ANTERIORMENTE INTERPOSTO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA RÉ NO DESEJO DE RECORRER NO ATO INTIMATÓRIO – INTEMPESTIVIDADE CONSTATADA – RECURSO DESPROVIDO – APELAÇÃO MINISTERIAL – PLEITO CONDENATÓRIO – VENDA DE AUTOMÓVEIS COM FALSAS PROMESSAS DE QUITAÇÃO DOS GRAVAMES EXISTENTES – ESTELIONATO NA FORMA SIMPLES – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS AO MENOS POR UM FATO – SENTENÇA REFORMADA PARA CONDENAR A RÉ – CONFISSÃO PARCIAL OU QUALIFICADA CONTRAPOSTA – UTILIZADA PARA CONVENCIMENTO DO JULGADOR – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545 DO STJ – RECONHECIMENTO DOS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – APELAÇÃO DEFENSIVA DE G.S.S – PLEITO PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ABSTRATA OU RETROATIVA – NÃO CONFIGURADA – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO – IMPROCEDENTE – ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADO – PROVA ROBUSTA DA PRÁTICA DELITIVA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CONTINUITADADE DELITIVA A TODOS OS CRIMES – INOCORRÊNCIA – HABITUALIDADE CRIMINOSA – REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES COMETIDAS EM CONCURSO MATERIAL – RECURSO DESPROVIDO.

Torna intempestivo o recurso de apelação criminal interposto extemporaneamente sem observância do quinquídio previsto no art. 593, do CPP;

Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas, em que não faz necessário que todos aqueles pratiquem o verbo descrito no tipo, bastando que as condutas, individualizadas, sejam essenciais para a realização do fato típico, respondendo assim de igual forma, conforme art. 29, *caput*, do CP;

A "confissão qualificada", em que o agente, apesar de admitir a prática do delito, o faz com escusas, se utilizada pelo magistrado como fundamento para embasar a conclusão condenatória, mister o reconhecimento como atenuante de pena, na esteira da súmula 545, do STJ;

A condenação definitiva por fato anterior ao imputado na denúncia, com trânsito em julgado posterior, embora não se preste para configurar reincidência (art. 61, I, do CP), é fundamento idôneo para juízo negativo acerca dos antecedentes, propiciando o recrudescimento da pena basilar sem qualquer ofensa à súmula 444 do STJ;

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva nas modalidades abstrata ou retroativa, demanda o necessário transcurso de tempo, seja entre a época dos fatos e o recebimento da denúncia, ou entre esta e a publicação da sentença, o que na hipótese, não se verifica, pois não exauridos os prazos a que alude os art. 109, III e V, do CP;

Os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual mostram-se suficientes a confirmar a materialidade e autoria do delito, afastando qualquer tese defensiva de ausência de dolo;

Não há falar em continuidade delitiva quando o acusado praticou diversas infrações de forma totalmente autônoma e aleatória, restando configurada a mera reiteração criminosa;

Recursos defensivos desprovidos e Recurso ministerial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos: negar provimento aos recursos de Fábia Siqueira da Silva e Gernival Siqueira da Silva, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, e dar parcial provimento ao recurso ministerial, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 30 de julho de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tratam-se de recurso em sentido estrito e apelações criminais, interpostos concomitantemente, o primeiro por Fábia Siqueira da Silva, em face da decisão de f. 961-962, que deixou de receber seu apelo por intempestividade, e os demais recursos, interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Gernival Siqueira da Silva, em objeção à r. sentença de f. 905-919, que condenou os réus em destaque pelo crime de estelionato na forma do art. 171, *caput*, c/c art. 71, c/c art 69 (quatro vezes) do Código Penal, e absolveu os demais acusados deste crime, bem como todos do delito de associação criminosa.

A ré Fábia Siqueira da Silva apresentou razões de f. 965, pugnando pelo recebimento do recurso de apelação criminal anteriormente interposto, que não foi conhecido pelo juízo singular em razão de intempestividade.

O Ministério Público Estadual ofertou razões de f. 969-984 pleiteando: a condenação da ré Flávia Siqueira da Silva pelo crime de estelionato; o afastamento da atenuante de confissão espontânea concedida à acusada Fábia Siqueira da Silva; o reconhecimento da circunstância negativa de maus antecedentes a todos os réus; a imposição de penas privativas de liberdade, no lugar das restritivas de direito, aduzindo a presença da reincidência dos apelados Gernival e Fábia.

O réu Gernival Siqueira da Silva, pleiteou nas razões de f. 1049-1057: a extinção de sua punibilidade, por suposta ocorrência de prescrição; alternativamente, a absolvição, por alegada ausência de dolo; e, de forma subsidiária e o afastamento do concurso material de crimes.

O MPE e a Defesa de todos os réus, manifestaram respectivamente, em contrarrazões de f. 1066-1080 e f. 1022-1029, pugnando pelo desprovimento do recurso alheio.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou a f. 1085-1101, pelos desprovimentos dos recursos defensivos, e o parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para que Flávia Siqueira da Silva seja também condenada pela prática de estelionato quanto ao fato 4.

Não houve prequestionamento nas manifestações.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Tratam-se de recurso de recurso em sentido estrito e apelações criminais, interpostos concomitantemente, o primeiro por Fábia Siqueira da Silva, em face da decisão de f. 961-962, que deixou de receber seu apelo por

intempestividade, e os demais recursos, interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Gernival Siqueira da Silva, em objeção à r. sentença de f. 905-919, que condenou os réus em destaque pelo crime de estelionato na forma do art. 171, *caput*, c/c art. 71, c/c art 69 (quatro vezes) do Código Penal, e absolveu os demais acusados deste crime, bem como todos do delito de associação criminosa.

A ré Fábia Siqueira da Silva apresentou razões de f. 965, pugnando pelo recebimento do recurso de apelação criminal anteriormente interposto, que não foi conhecido pelo juízo singular em razão de intempestividade.

O Ministério Público Estadual ofertou razões de f. 969-984 pleiteando: a condenação da ré Flávia Siqueira da Silva pelo crime de estelionato; o afastamento da atenuante de confissão espontânea concedida à acusada Fábia Siqueira da Silva; o reconhecimento da circunstância negativa de maus antecedentes a todos os réus; a imposição de penas privativas de liberdade, no lugar das restritivas de direito, aduzindo a presença da reincidência dos apelados Gernival e Fábia.

O réu Gernival Siqueira da Silva, pleiteou nas razões de f. 1049-1057: a extinção de sua punibilidade, por suposta ocorrência de prescrição; alternativamente, a absolvição, por alegada ausência de dolo; e, de forma subsidiária, o afastamento do concurso material de crimes.

O MPE e a Defesa de todos os réus, manifestaram respectivamente, em contrarrazões de f. 1066-1080 e f. 1022-1029, pugnando pelo desprovimento do recurso alheio.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou a f. 1085-1101, pelos desprovimentos dos recursos defensivos, e o parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para que Flávia Siqueira da Silva seja também condenada pela prática de estelionato quanto ao fato 4.

Não houve prequestionamento nas manifestações.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do recurso em sentido estrito:

Do recurso de Fábia Siqueira da Silva.

Inicialmente, a recorrente Fábia pretende por meio do RESE em questão, o recebimento da apelação criminal anteriormente interposta, que foi reputada intempestiva pelo juízo primevo.

A teor do art. 593, *caput*, do CPP, a apelação criminal poderá ser interposta no prazo de 05 dias, contados a partir do primeiro dia útil subsequente à intimação, excluindo-se o dia da efetiva intimação para o início da contagem do prazo processual.

Ab initio, verifico que, de fato, referida apelação é intempestiva, tendo em vista que, a sentença condenatória foi registrada em 06/11/2017 (f. 920), dando-se por intimada a recorrente pessoalmente em cartório, na data de 15/03/2018 (f. 958), quando foi cientificada que poderia apelar em até cinco dias, findando o prazo em 20/03/2018, e o recurso interposto apenas em 22/03/2018 (f. 960).

Com efeito, malgrado insista a defesa no sentido de que a ré exprimiu o desejo de apelar quando da intimação em cartório, não é o que se vê da aludida certidão de f. 958, por inexistência de qualquer manifestação da parte nesse sentido, trazendo o documento apenas sua assinatura de ciência da intimação, diferentemente da intimação do corréu Gernival, que tal como aquela, também compareceu em cartório, foi intimado, mas exarou seu interesse em recorrer, conforme certidão de f. 959.

Aliás, constatada tal situação, o magistrado singular retratou-se a f. 1010-1011 quanto a decisão anterior (f. 961-962), recebendo apenas o recurso de apelação de Gernival, sem extensão dos efeitos ao recurso de Fábia, levando em conta que foram interpostos em conjunto, mas apenas o primeiro seria tempestivo.

Portanto, ante a manifesta a intempestividade da apelação criminal interposta por Fábia, nego provimento ao pedido.

Das apelações criminais

Primeiramente, para melhor compreensão do caso posto em debate, oportuno delinear em digressão processual que, os réus Gernival Siqueira da Silva, Fábia Siqueira da Silva e Flávia Siqueira da Silva, foram denunciados por duas vezes em processos distintos, relacionados a delitos de estelionatos praticados contra diversas vítimas no estabelecimento comercial "Siqueira Automóveis", ocorridos entre os anos de 2006 e 2008.

No primeiro Processo (0060024-69.2009.8.12.0001), discutiram-se 25 casos análogos praticados em mesmo contexto, concluindo o juízo singular pela absolvição dos acusados em destaque. Contudo, após recurso ministerial, a sentença acabou reformada perante este Tribunal de Justiça (f. 985-1009), advindo em decisão condenatória dos referidos réus, pelo crime de estelionato, relativos a 10 dos fatos narrados na primeira denúncia, com penas igualmente estabelecidas a eles, transitando em julgado a ação em 19/06/2013.

No segundo processo, aqui em discussão, novamente os réus respondem pela mesma conduta delitiva, mas por 4 episódios e vítimas diferentes, cuja a decisão de primeira instância foi parcialmente procedente, para condenar apenas os acusados Gernival e Fábia, do crime de estelionato, e de outro lado, absolver a ré Flávia e outras corrés dos quatro fatos, além de absolver também, todos réus do delito de associação criminosa, decisão contra a qual, agora insurgem os recorrentes.

Do recurso ministerial

Da condenação de Flávia Siqueira da Silva.

Pugna o Órgão Ministerial a reforma da sentença para ver condenada a ré Flávia Siqueira da Silva no crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), em relação aos 4 fatos aduzidos na denúncia, alegando para tanto que, a acusada teria participado efetivamente da prática delitiva como um todo (art. 29 do CP), a despeito da sentença primeva ter entendido diversamente, no sentido de que a versão da acusada não seria infirmada por qualquer elemento de prova dos autos.

Segundo constou da denúncia:

> *"(...) entre os anos de 2006 e 2008, por repetidas vezes e sob as mesmas condições de lugar e maneira de execução, os denunciados, por meio da sociedade empresária denominada Siqueira Automóveis Ltda., localizada na Avenida Bandeirantes n. 3270, Bairro Nova Bandeirantes, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, obtiveram, para si, vantagem ilícita, em prejuízo de diversos consumidores, induzindo-os em erro, mediante ardil, porquanto ao fornecerem serviço de mediação de venda de veículos dos consumidores, não repassavam o valor obtido com a venda aos reais proprietários dos bens, por diversas vezes, emitindo cheques sem fundo, bem como realizavam a venda de veículos financiados, comprometendo-se a arcar com os financiamentos, mas deixavam de fazê-lo, consoante, será individualizado a seguir.*
>
> *1º Fato: em 03 de junho de 2008, os denunciados induziram a vítima, Sr. Francisco Antonio dos Santos, em erro mediante ardil, na medida em que este adquiriu um veículo dos réus (GM/Ômega-1994), alegadamente isento de gravames (f. 72), mas que efetivamente possuía um débito de R$ 29.000,00, referente a alienação fiduciária, bem como uma dívida de R$ 1.169,96 perante o Detran/MS (f. 19). No ato da compra, a vítima ofereceu seu próprio carro como parte do pagamento aos réus (GM/Chevette 1988), além de uma entrada de R$ 7.000,00 (à vista), acrescido do pagamento de 10 parcelas de R$ 550,00, via notas promissórias. Em que pesem os débitos intrínsecos ao veículo, a vítima arcou com todo o prejuízo;*
>
> *2º Fato: em 25 de abril de 2008, os réus induziram a vítima, Sra. Rosimeire da Silva Melo, em erro mediante ardil, uma vez que esta deixou de receber o pagamento correspondente a venda do seu veículo (Ford Ka, placa HRM-5725) aos réus, acordado no*

valor de R$ 5.913,45, tendo o negócio sido garantido por cheque caução no referido valor. Todavia, a vítima ao procurar as rés, no afã de efetuar a troca do cheque pelo valor do débito, era informada pela Sra. Flávia que não seria realizada a troca e, tampouco, a devolução do veículo (o mesmo já havia sido vendido a terceiro). A referida negociação foi alegadamente feita pelas rés Flávia Siqueira da Silva e Fábia Siqueira da Silva (f. 31-32);

3º Fato: em 04 de setembro de 2008, os denunciados induziram a vítima, Sr. Pedro Nascimento Leite, em erro mediante ardil, ao passo que este adquiriu um veículo dos réus (VW Gol), por intermédio de Gernival Siqueira da Silva, pela quantia de R$ 21.158,00, tendo sido afirmado quando da venda que o veículo se encontrava devidamente quitado. Todavia, após a compra, veio ao conhecimento da vítima que o veículo possuía débitos em face de instituição financeira (BV Financeira), contando inclusive com um mandado de busca e apreensão sobre o bem;

4º Fato: em 16 de novembro de 2006, os réus induziram a vítima, Sra. Neusa Castro Brito, em erro mediante ardil, uma vez que esta efetuado a troca de seu veículo (S10, placa GSO-600), por um outro carro (VW Gol, 2006, placa HSG1644) - que era financiado -, ao passo que o réu Gernival Siqueira da Silva deixou de cumprir o acordado entre as partes (f. 43), uma vez que não procedeu a quitação das parcelas restante do contrato de financiamento do veículo. Tal fato apenas veio ao conhecimento da vítima posteriormente, oportunidade em que procurou os réus, mas sem obter nenhuma providência concreta da parte desses. Assim sendo, a vítima acabou arcando com os débitos do veículo, à luz dos documentos de f. 376-403, a fim de não ser privada do carro em razão do não adimplemento do financiamento."

Com se verifica, o cerne do debate envolve em saber se existem nos autos provas de que a ré Flávia teria de fato participado das condutas que lhe foram imputadas, ainda que em contrapartida, a prova oral colhida seja uníssona em indicar que a acusada já não mais trabalhava na empresa no final do ano de 2007.

Nesse sentido, ao ser interrogada em juízo (f. 816), a ré Flávia Siqueira da Silva asseverou que no final de 2007, de fato já não trabalhava mais na loja de seu pai (Gernival), quando os problemas se desencadearam, negando a participação em qualquer das negociatas que alude a denúncia. Instada pelo MPE sobre o cheque em seu nome que foi oferecido a vítima do fato 2, a ré disse que realmente emprestou ao seu pai para saldar a dívida até então existente, mas que já trabalhava em outra empresa de sua propriedade.

O réu Gernival Siqueira da Silva confirmou perante juízo (f. 815), parte os fatos narrados na denúncia, não se eximindo de qualquer responsabilidade ou culpa referente a todas as fraudes operadas. Disse que todas as decisões tomadas nas negociações, partiam diretamente dele, mas ressaltando que não houve envolvimento dos demais réus. Também confirmou que a ré Flávia já não trabalhava mais na loja quando desencadearam os fatos, afirmando também que, mesmo ciente de que passava por dificuldades financeiras e que não honraria os compromissos assumidos na empresa, manteve as vítimas em erro, realizando as negociações de tais veículos, os quais eram pagos com cheques pré-datados sem provisão de fundos.

Em mesmo sentido, a ré Fábia Siqueira da Silva, que esclareceu em juízo (f. 819) que trabalhava no comércio de seu genitor, procedendo com as negociações das compras e vendas, e que tinha ciência das dificuldades que teriam em honrar os compromissos assumidos, notadamente a compra dos carros com cheques sem fundos. Conforme dito por ela, tudo era feito com a perspectiva de que "*a loja não iria quebrar*", bem como que haviam esperanças de melhoras, mas que sabia que os negócios eram realizados sem a devida certeza, e que poderiam causar prejuízos às vítimas. A ré relembrou que sua irmã (Flávia), já não trabalhava mais na empresa do pai desde o final do ano 2007, assim não sendo possível que tivesse atendido as vítimas dos fatos ocorrido após essa data.

A ré Aparecida Siqueira da Silva, que foi absolvida, não soube dizer maiores detalhes acerca das transações, salvo raras ocasiões em que ofertava recibos de pagamento, tendo em vista que exercia a apenas a função de secretária, e que as rés Flávia e Fábia apenas recebiam ordens de Gernival, que era a pessoa que detinha todo o poder de decisão.

Corroborando com o apresentado, temos ainda as declarações prestadas pelas vítimas Francisco Antônio dos Santos (fatos 1) e Pedro Nascimento Leite (fato 3), as quais narraram em juízo (f. 786), no sentido de que toda a negociação de compra e venda foi intermediada diretamente pelo réu Gernival, salvo mínima participação de algum outro funcionário.

No contexto esboçado, acertada a sentença primeva quando deixou de imputar contra a ré, as condutas delitivas a que se referem os fatos 1, 2 e 3, pois como verificado, inexistem provas robustas a infirmar toda a prova oral delineada, a despeito da existência de documento assinado pela acusada (f. 26) datado de 25/04/2008.

Aliás, a vítima a que se refere esse delito, Rosimeire da Silva Melo, nem sequer foi ouvida em juízo, ante sua ausência de comparecimento (f. 787), tendo informado em sede policial (f. 31-32) apenas o fato de que a ré Flávia teria mesmo emitido a folha de cheque a título de caução pela negociação, fato esse que é incontroverso, mas não o suficiente para imputar-lhe a prática delitiva do referido fato.

Diferentemente é o que verifica-se do fato 04, em que as provas coligidas permitem concluir com clareza meridiana que a ré Flávia, efetivamente concorreu para o crime, devendo incidir nas mesmas penas a esta cominada, tal como preceitua o art. 29, do CP.

A propósito, as declarações prestadas em juízo por Neusa Castro Brito (f. 710), vítima deste fato, foram nesse sentido, em que a negociação do veículo ocorreu diretamente com o réu Gernival e as outras duas corrés Flávia e Fábia. Conforme narrado, a ofendida pretendendo adquirir um veículo mais novo, ofereceu sua camionete na troca e em mesmo valor do bem visado (Gol), sendo que este automóvel possuía financiamento pendente, mas conforme proposto, seria devidamente quitado em até seis meses pelo réu Gernival, prazo este suficiente para vender-se o veículo dado em troca, usando o valor com ele adquirido para pagar o remanescente do financiamento em questão, finalizando assim, a negociação entre as partes.

Segundo Neusa, esse compromisso de quitação de veículo foi firmado com a própria filha mais velha de Gernival, o que pode ser constatado dos documentos de f. 50-55, dentre os quais verifica-se declaração firmada pela ré Flávia, bem como documentos firmados em cartório pelo réu Gernival.

Após vencido os seis meses e sem o devido pagamento, Neusa disse que voltou a loja e falou com a filha mais nova (Flávia), a qual lhe pediu mais tempo para resolver a pendência, dizendo ainda que as parcelas do financiamento estavam regulares.

Nesse tempo, a vítima asseverou que até então, não tinha contato com a terceira pessoa que o financiamento vinculava-se e que ainda seria detentora de fato do bem. Neusa discorreu que apenas ficou sabendo que o financiamento não estava sendo pago, quando referida pessoa (Rosângela) entrou em contato com ela, dizendo que deixou o veículo na loja para que fosse vendido e retirado o financiamento de seu nome, passando pela mesma situação que a vítima. Em razão de tal dissenso, a Neusa relatou que passou a buscar insistentemente a solução da questão na empresa, onde era atendida pelos réus Gernival, Fábia e Flávia, que chegaram a pagar três prestações, cessando os pagamentos em seguida.

Neusa lembrou que, logo em seguida a empresa mudou de endereço, e fecharam, tendo a ofendida que arcar com o prejuízo da transação frustrada, quitando todas as parcelas pendentes, das quais não fora ressarcida. Expôs que nesse tempo, tomou conhecimento de muitos outros clientes como ela, que também estavam arcando com prejuízos em mesmo sentido, e igualmente não conseguindo contato com os réus para esclarecimentos e solução do litígio.

A par do que foi delineado, o *modus operandi* da conduta dos réus decorria do induzimento das vítimas em falsas garantias da segurança jurídica do negócio, pois eram acreditadas que o gravame por financiamento contido no veículo adquirido na troca, seria devidamente quitado no transcurso de prazo determinado, assim garantido por documentos e na ilusão da aparente estabilidade da empresa à época dos fatos, mas que diversamente, se encontrava com sérias dificuldades financeiras, das quais apenas os acusados detinham conhecimento.

De fato, os acusados agiam cada qual com sua função, com certa divisão de tarefas na venda dos veículos, tendo a ré Flávia contribuído de forma essencial para concretização do delito, amoldando-se na forma do art. 29, *caput*, do CP. Situações como tais, já decidiu o STJ:

> *"Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas. Não é necessário que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo; basta que a sua conduta, atípica, se isoladamente observada, seja essencial para a realização do fato típico. Dessa forma, em se tratando de coautoria, todos os agentes respondem pela prática do mesmo delito praticado."* (STJ, AgRg no AREsp n. 465499, Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 28.04.2015)

Logo, a toda evidência apresentada, entre elas a própria prova oral colhida dos réus, está claro que a ré Flávia teve participação significativa, ao menos nesse último fato 4, em que detinha o conhecimento prévio de a vítima amargaria prejuízos com a negociação, sendo a empresa a única beneficiada.

Assim, reformo a sentença para condenar a ré Flávia Siqueira da Silva, apenas em relação ao 4º fato, nas penas do art. 171, *caput*, do CP, sendo que a reprimenda necessária será dimensionada ao fim da análise dos recursos.

Da confissão espontânea de Fábia Siqueira da Silva.

No tópico, não assiste razão ao MPE quanto ao pedido de afastamento da atenuante da confissão, ainda que a ré tenha ofertado versão no sentido de descaracterizar o tipo legal, sobretudo, quando de outro lado, deu sustento a sentença para emitir juízo condenatório.

Trata-se da chamada "confissão qualificada", em que o agente, apesar de admitir a prática do delito, o faz com escusas, e se assim utilizada pelo magistrado como fundamento para embasar a conclusão condenatória, mister o reconhecimento como atenuante de pena, na esteira da súmula 545, do STJ.

Dessa forma, rejeito o pedido.

Do reconhecimento dos maus antecedentes.

Pretende também o MPE, que as condenações dos réus Gernival, Fábia, e agora a então condenada Flávia, tenham implicação dos maus antecedentes nas penas da primeira fase da dosimetria.

É cediço que os antecedentes tratam-se de circunstância judicial que permite a exasperação da pena, com base nos envolvimentos judiciais anteriores do acusado, desde que referentes a fatos pretéritos ao delito em julgamento, ainda que a condenação advenha de decisão transitada ao tempo da nova ação penal, e não utilizadas concomitantemente como agravante da reincidência. Nesse sentido, Celso Delmanto:

> *"Condenação por fato anterior, transitada em julgado após o novo fato: Embora não gere reincidência, sendo o acusado, como se costuma dizer de forma imprópria, 'tecnicamente primário', pode ser considerada como maus antecedentes".* (Código Penal Comentado, legislação complementar. 7. ed. rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 187)

No caso, verifica-se da condenação proferida nos Autos nº 0060024-69.2009.8.12.0001 (f. 985-1009), transitada em julgado em 19/06/2013, que aos três réus foram imputados 10 de 25 delitos, que ocorreram nas seguintes datas entre os anos de 2007 e 2008: fato 2 (19/11/2007), fato 3 (19/02/2008), fato 5 (05/05/2008), fato 9 (14/05/2008), fato 11 (16/05/2008), fato 12 (19/05/2008), fato 16 (16/06/2008), fato 20 (15/07/2008), fato 21 (21/07/2008) e fato 22 (24/07/2008).

No caso dos autos, os fatos (1, 2 e 3) foram praticados, respectivamente, em 03/06/2008, 25/04/2008 e 04/09/2008, ou seja, todos ao menos, depois de ao menos uma das dez situações indicadas no parágrafo anterior, permitindo-se concluir pela possibilidade de reconhecimento dos antecedentes aos réus Gernival e Fábia, mas não em relação a ré Flávia, já que comprovada sua participação somente no fato 4. Por conseguinte, nesse último delito ocorrido em 16/11/2006, não há como incidir a moduladora para qualquer réu, por tratar-se de conduta anterior a todos os crimes.

Assim sendo, em razão do reconhecimento da modulante em relação aos réus Gernival e Fábia, as penas serão revistas no momento oportuno.

Da imposição de penas privativas de liberdade.

Sustenta o MPE que, os réus Gernival e Fábia não fariam jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, aduzindo que a eles seria reconhecida a reincidência em razão da condenação oriunda dos Autos nº 0060024-69.2009.8.12.0001.

O pedido não prospera.

Consoante o disposto no artigo 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença, que o tenha condenado por crime anterior. De outro lado, a luz do art. 44, da mesma lei, se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Em análise do mencionado processo, já verificou-se que a condenação anterior transitou em julgado na data de 19/06/2013, ou seja, após os delitos apurados que foram praticados entre os anos de 2006 e 2008, o que, por óbvio, não configura a agravante da reincidência, afastando assim o estabelecimento de cumprimento mais rigoroso de pena.

Logo, a ausência da referida circunstância legal, não tem o condão de influir na substituição da modalidade de cumprimento da pena.

Do recurso de Gernival Siqueira da Silva.

Do reconhecimento da prescrição.

Pretende o apelante, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em duas formas, seja entre a época dos fatos e o recebimento da denúncia (abstrata), ou entre esta e a publicação da sentença (retroativa), arguindo que a aplicação da benesse deve corresponder as penas individualizadas, e não a totalidade da sanção, conforme súmula 497, do STF.

O Código de Processo Penal, por força de seu art. 61, estabelece que a prescrição analisada como causa extintiva da punibilidade, é matéria de ordem pública, a qual poderá ser declarada a qualquer tempo, como preliminares das partes, de ofício sobre o crivo do juízo, ou mesmo antepondo em qualquer caso às questões de mérito, inclusive quando da possibilidade de absolvição.

Por prescrição entende-se como perda do direito estatal de sua pretensão punitiva, em razão do decurso de tempo, da qual se extraí em suas espécies, a prescrição em abstrato e em concreto, que pode ser retroativa, intercorrente e executória, sendo esta última, analisada pelo juízo das execuções.

Sobre a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, bem se sabe que leva em consideração a pena máxima cominada no preceito secundário do tipo penal, que ocorre em regra, entre a data da consumação do fato criminoso e a publicação do édito condenatório, podendo ser interrompida pelo rol taxativo elencado nos incisos I a VI, do art. 117 do CP, (publicação do despacho que recebe a denúncia, publicação da sentença de pronúncia, data da sessão de julgamento da decisão confirmatória da pronúncia, publicação da sentença condenatória ou data da sessão de julgamento do acórdão condenatório recorrível, início ou continuação do cumprimento da pena, reincidência), ou suspenso diante das causas estabelecidas pelo artigo 116, I e II, do CP.

No caso dos autos, a teor do art. 171, *caput*, do CP, a pena máxima prevista é de 05 anos de detenção. E nesse contexto, nos termos do art. 109, III, da mesma lei, o prazo prescricional aplicável à espécie é de 12 anos.

Relembrando as datas em que os 4 delitos foram praticados (16/11/2006, 25/04/2008, 03/06/2008 e 04/09/2008), e a data de recebimento da denúncia e sua publicação em 23/04/2014 (f. 568-569-600), não se verifica o transcurso de tempo necessário para reconhecimento da prescrição em abstrato.

Quanto a prescrição da pretensão punitiva retroativa, é a espécie que tem por base a pena concreta aplicada pela sentença, que ocorre, atualmente, após o advento da Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010, apenas entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença ou do acórdão condenatório recorríveis.

Além disso, tratando-se de decisão condenatória por diversos delitos, dispõe o artigo 119, do CP, que no concurso de crimes, a extinção da punibilidade será aferida sobre as penas de cada um deles, consideradas isoladamente, de forma que, em se tratando de crime continuado ou concurso formal, por idêntico motivo, não será levado em conta o acréscimo de pena deles decorrente, para fins de extinção da punibilidade.

A esse respeito, elucida a doutrina que:

> *"Para o cálculo da prescrição, o juiz deve considerar somente a pena inicial, isto é, a pena derivada de um dos crimes, sem o aumento decorrente do concurso formal próprio ou da continuidade delitiva. (...) Nessa linha de entendimento é o teor da súmula 497 do Supremo Tribunal Tribunal Federal: Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação". A orientação da súmula incide também ao concurso próprio ou perfeito, por identidade de fundamentos: para as duas modalidades de concurso de crimes o legislador recepcionou, para fins de aplicação da pena, sistema da exasperação." (Masson, Cleber Rogério. Direito Penal esquematizado - Parte Geral - vol. 1, 3ª ed. - Rio*

De acordo com os autos, os delitos foram praticados entre os anos de 2006 e 2008, ou seja, antes das modificações trazidas pela Lei nº 12.234/10, que entrou em vigor a partir de 6/10/2010 e que, entre outras alterações, passou a prever um lapso maior de tempo para a ocorrência da prescrição, devendo-se dessa forma, aplicação da lei penal vigente ao tempo da prática do fato criminoso, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*.

In casu, ao réu foram aplicadas as penas pelos 4 fatos no seguinte:

> *"Em decorrência das regras do crime continuado, aplico somente uma das penas dos delitos cometidos no ano de 2008 (três), majorada em 1/4 (um quatro), unificando-as em 01 (um) ano, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.*
>
> *Ainda, faço incidir as regras do concurso material de crimes, notadamente entre o delito de estelionato cometido no ano de 2006 e os delitos cometidos no ano de 2008, tornando as reprimendas definitivas em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa."*

Individualmente, aos delitos de 2008 aplicou-se a pena de 01 (um) ano, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, em razão do crime continuado com majoração de 1/4, a qual, uma vez extirpada chega-se ao *quantum* de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses, 27 (vinte e sete) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa. E ao delito praticado em 2006 – 1 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão.

Assim, levando em conta o recebimento da denúncia (12/11/2013) até a publicação da sentença condenatória recorrível (06/11/2017 – f. 920) decorreram precisamente, 03 (três) anos e 07 (sete) meses, enquadrando-se na hipótese do art. 109, V, do CP, que manteve-se inalterado com vigência da Lei nº 12.234/10, prevendo igualmente o prazo de prescrição de "*quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois*".

Portanto, não que se falar em qualquer hipótese de prescrição.

Da absolvição, por alegada ausência de dolo.

Alternativamente, pleiteia a absolvição dos delitos, aduzindo a ausência de dolo do réu na obtenção de vantagem indevida, e que os fatos seria apenas ilícitos civis.

Inconsistente o pedido, considerando a prova oral já delineada de início, onde se viu inclusive, não só das vítimas que afirmaram como a conduta foi praticada, mas também, da própria confissão do réu, confirmando o induzimento a erro dos clientes, em negócios que em período de tempo considerável, trouxe prejuízos indevidos apenas aos consumidores.

Nesse sentido, vale o destaque do disse ré e vítima, nos fatos 1 a 4, na seguinte ordem:

> *Fato 1: "(...) O réu confirma a prática delitiva, acreditou que poderia quitar o veículo GM/Ômega, entretanto não conseguiu, ficando a vítima com o prejuízo. Não tem como afirmar se a vítima sabia que o veículo se encontrava alienado, entretanto afirmou que os clientes nem sempre sabiam da alienação; que isso era uma prática comum e sempre acontecia. Não se recorda quem foi que intermediou a negociação, entretanto, afirma que autorizou a realização do negócio (...)." (Gernival Siqueira da Silva - f. 815)*
>
> *"(...) que trocou seu GM/Chevette em um veículo GM/Omega, dando o veículo chevette e o restante do valor do omega em dinheiro. Entretanto o veículo omega era financiado e possuía vários débitos, inclusive uma dívida de 29 mil reais; que teve que arcar com um prejuízo no valor de R$ 24.500,00; que negociou o carro diretamente com o réu Gernival Siqueira. E que tentou por várias vezes diretamente com o réu Gernival Siqueira solucionar seu problema; que quando efetuou a compra, pagou pelo veículo e o réu informou que depois daria o documento do carro, entretanto este só enrolou. Além do valor pago pelo veículo teve vários problemas mecânicos os quais foram pagos pela vítima. (...)." (Francisco Antônio dos Santos – f. 787)*
>
> *Fato 2: "(...) Disse que com certeza o fato ocorreu e a pratica delitiva foi efetivada em sua empresa e que tem o conhecimento que a vítima ficou com o prejuízo do valor do cheque caução. (...)." (Gernival Siqueira da Silva - f. 815)*
>
> *Fato 3: "(...) Confessou que toda a negociação e os fatos são verídicos e foram realizados com a sua autorização; que nas negociações era comum "ganhar tempo" passado cheque de um cliente para o outro, o que era feito com frequência e com a sua autorização. (...)." (Gernival Siqueira da Silva - f. 815)*
>
> *"(...) que comprou um veículo VW/GOL na empresa dos réus, deu uma entrada R$ 20.000,00, dando outro veículo no valor de 12 mil reais e mais 8 mil reais em dinheiro e o resto dividido em promissória, pagou mais três parcelas de R$ 386,00, depois disto pegaram o veículo da vítima, alegando que o mesmo era financiado e que no outro dia iriam fazer a devolução do dinheiro; que voltou na empresa no outro dia e não houve a devolução do carro nem do dinheiro, estando com o prejuízo desde o ano de 2008; que no momento da negociação ninguém avisou a vítima que este gol era financiado e que tinham pendências sobre ele (...)." (Pedro Nascimento Leite – f. 787)*
>
> *Fato 4: "O réu confirma os fatos descritos na inicial." (Gernival Siqueira da Silva - f. 815)*
>
> *"(...) que possuía uma camionete S10, avaliada no valor de 37 mil reais e se dirigiu até a garagem Siqueira Automóveis para vendê-la e pegar um carro mais novo; que a negociação se deu com o réu Gernival Siqueira e suas duas filhas, Flávia e Fábia, os quais aceitaram comprar a camionete da vítima e entregar um veículo VW/GOL do ano 2006 pelo mesmo valor. Não conhece a ré Ione; que entregou sua camionete quitada e pegou o gol com alienação, sendo que os réus prometeram quitar o veículo dentro do prazo de 6 (seis) meses; que entregou o recibo da camionete assinado para o réu poder vender e efetuou contrato com os réus com relação a quitação do veículo gol, sendo que não se recorda se Flávia ou Fabia foi com a vítima até o cartório para poder registrar o contrato; que após os 6 (seis) meses se dirigiu até a empresa, onde foi atendida pela ré Flavia, a qual afirmou que a quitação não havia dado certo e se a vítima não poderia esperar mais um pouco, pois o pagamento das parcelas do veículo estavam em dia. Entretanto, após a antiga dona do VW/GOL entrar em contato com a vítima, esta veio a descobrir que o veículo já estava com quase 6 (seis) prestações atrasadas; que após tentou por várias vezes solucionar a situação com os réus;*

> *que eles iam prolatando pagando de vezes em quando uma parcela até que o estabelecimento veio a fechar, ficando a vítima com um prejuízo, tendo que pagar pelo período de 2 (dois) anos uma prestação mensal no valor aproximado de R$ 700,00 (setecentos reais); que nunca foi ressarcida dos valores referentes ao pagamento das parcelas; que a vítima tem conhecimento que mesmo após aplicarem o golpe nela os réus continuaram com as práticas delitivas com outros consumidores. (...)".* (Neusa de Castro Brito - f. 710)

Com efeito, malgrado argumente o réu que existia a esperança de serem honradas as promessas até então firmadas, não é elemento capaz de eximir da sanção penal, pois em contrapartida, verificou-se que as condutas foram perpetradas ocultando-se das vítimas a real situação financeira que a empresa se encontrava, e não só isso, levando aquelas a crer na garantia do negócio, mediante o reconhecimento de dívida em cartório pelo acusado e com o repasse de cheques sem provimento de fundo, não havendo ao fim, qualquer ressarcimento.

Dessa forma, as condenações são medidas imperativas.

Do afastamento do concurso material de crimes.

Por fim, pretende a defesa de Gernival, seja a causa de aumento pela continuidade delitiva reconhecida aos fatos praticados no ano de 2008, estendida também, à infração penal praticada em 2006, em vez de somar-se sua pena à dos demais delitos, por força do concurso material.

Conforme disposto no art. 71, do CP, o reconhecimento da continuidade delitiva demanda a presença dos seguintes requisitos:

> *"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."*

Na situação dos autos, inviável a aplicação do benefício entre os fatos praticados nos anos de 2008 com o de 2006, a despeito de identificados como crimes de mesma espécie e maneira de execução, pois inexistem correlação entre eles, sobretudo, pela equidistância diversa de tempo percorrido entre um e outro, o que configura apenas mera reiteração criminosa. Nesse sentido:

> *"RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO PENAL – ESTELIONATO – CONTINUIDADE DELITIVA – TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – REQUISITOS AUSENTES – HABITUALIDADE CRIMINOSA – RECURSO DESPROVIDO. 1. Consoante a teoria objetivo-subjetiva, adotada majoritariamente pelos Tribunais, o reconhecimento da continuidade delitiva, entre delitos da mesma espécie, demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e do requisito subjetivo (unidade de desígnios). 2. Não comprovada nos autos a unidade de desígnios, a fim de demonstrar que o recorrente tinha o propósito de praticar os crimes munido de um único objetivo, constituindo o segundo delito uma continuação do primeiro, em face do aproveitamento das mesmas relações de oportunidade nascidas da primeira situação, não há falar-se em crime continuado, ante a ausência do liame subjetivo entre os crimes, restando configurada a habitualidade criminosa. 3. A continuidade delitiva é uma ficção jurídica criada pelo legislador para beneficiar o criminoso eventual, de forma que, não obstante a pluralidade de crimes, considera-se a existência de um só delito, razão pela qual tal instituto de política criminal mostra-se incompatível com a figura da habitualidade criminosa, por denotar, esta, maior reprovabilidade. 4. Demonstrado nos autos que o recorrente ostenta quarenta e uma execuções penais pela prática de estelionato contra vítimas distintas, mostra-se incabível o reconhecimento do crime continuado, porquanto demonstrada a habitualidade criminosa. 5. Recurso conhecido e desprovido."* (TJDFT – Acórdão nº 1113744, 20180020048916RAG, Rel. Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, 3ª Turma Criminal, j. 02/08/2018)

Portanto, incabível a pretensão.

Ademais, quanto ao pedido ao fim das razões, pela unificação das penas aplicadas nestes autos, concomitante aquela já mencionada no primeiro Processo (0060024-69.2009.8.12.0001), também com força na alegada continuidade delitiva entre todos os fatos, entendo tal como a douta Procuradoria que, a pretensão seria inadequada no presente momento, cabendo oportunamente por análise do Juízo da Execução Penal, quando da unificação das penas.

Da aplicação das penas:

Considerando os fundamentos anteriores, passo a analisar a reprimenda adequada aos réus, Flávia, Fábia e Gernival, atentando-se as regras e princípios inerentes ao sistema trifásico de dosimetria da pena. Para tanto, respeitando a discricionariedade que detém o magistrado, levar-se-á em conta também, o aspecto da motivação utilizado como fundamento das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, que serão replicadas a todos os réus.

Da ré Flávia Siqueira da Silva – condenada pelo fato 4, na forma do art. 171, *caput*, do CP: Na 1ª fase, a "culpabilidade", ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta não extrapola ao esperado na espécie perpetrada; os "antecedentes" criminais não lhe prejudicam já que o fato apontado, precede os demais; os "motivos" são inerentes ao tipo, e em consequência, neutros; a "personalidade" e a "conduta social" não podem ser aferidas negativamente diante da ausência de elementos ou dados concretos nos autos a possibilitar a incidência; já as *circunstâncias* merecem negativação tal qual aplicado aos demais réus pela sentença, pois "*trata de crime cometido em concurso de agentes, com divisão de tarefas, situação que aumenta consideravelmente a probabilidade de consumação do crime*.", entendimento esse já sustentado nos Tribunais pátrios (TJDF, AP 2013.01.1.101503-4, j. 17/07/2014); as consequências se mostram relevantes, considerando o elevado valor de prejuízo que a vítima suportou, entendimento esse que encontra sustento em precedentes jurisprudenciais (STJ, HC 187.011, j. 12/03/2013 e TJMS, AP. 0012331-57.2007.8.12.0002, j. 30/07/2015); por último, quanto ao comportamento da vítima, em nada influenciou na prática do crime, sendo vetor neutro. Assim, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, fixada na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente a época dos fatos, penas estas, que torno em definitivo a míngua de outras modulantes nas 2ª e 3ª fases.

Da ré Fábia Siqueira da Silva – condenada pelos fatos 1 a 4, na forma do art. 171, caput, do CP: Na 1ª fase, considerados negativos antecedentes as circunstâncias do crime, elevo as penas-bases de cada crime, para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Ressalvo que deixo de sopesar as consequências do crime, ainda que encontre argumentos a possibilitar o contrário, pois, além da sentença mantê-la neutra, não houve irresignação ministerial no ponto. Na 2ª fase ausente qualquer agravante, mas presente a atenuante da confissão, reduzo as penas para 01 (um) ano, 04 (quatro) meses, 20 (vinte) dias de reclusão e 17 (dezessete dias-multa). Na 3ª fase, aplico somente uma das penas dos delitos cometidos em continuidade delitiva (art. 71, do CP) no ano de 2008 (três), o aumento de 1/4 (um quatro), unificando-as em 01 (um) ano, 08 (oito) meses, 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa. Incidindo também a regra do concurso material (art. 69, do CP) entre o delito de 2006 com os praticados em 2008, torno a pena em definitivo de 03 (três) anos, 01 (um) mês, 15 (quinze) dias de reclusão e 38 (trinta e oito) dias-multa, fixadas na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente a época dos fatos.

Do réu Gernival Siqueira da Silva – condenado pelos fatos 1 a 4, na forma do art. 171, caput, c/c art. 71, c/c art 69 (quatro vezes) do Código Penal: Na 1ª fase, considerados negativos antecedentes as circunstâncias do crime, elevo as penas-bases de cada crime, para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Ressalvo que deixo de sopesar as consequências do crime, ainda que encontre argumentos a possibilitar o contrário, pois, além da sentença mantê-la neutra, não houve irresignação ministerial no ponto. Na 2ª fase, compensadas a atenuante da confissão e a agravante do art. 62, I, do CP (dirigente da atividade criminosa), mantenho a pena intermediária no mesmo patamar anterior. Na 3ª fase, aplico somente uma das penas dos delitos cometidos em continuidade delitiva (art. 71, do CP) no ano de 2008 (três), o aumento de 1/4 (um quatro), unificando-as em 02 (dois) anos, 01 (um) mês, e 25 (vinte e cinco) dias-multa. Incidindo também a regra do concurso material (art. 69, do CP) entre o delito de 2006 com os praticados em 2008, torno a pena em definitivo de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, fixadas na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente a época dos fatos.

Do regime de pena:

Estabeleço aos réus, o regime prisional inicial no aberto, conforme a alínea c do § 2º do art. 33, do Código Penal. Contudo, em que pese o fato dos condenados possuírem antecedentes criminais, entendo possível reconhecer a aplicabilidade da substituição por duas restritivas de direito, conforme art. 44, do CP, pois referida circunstância refere-se apenas a uma condenação anterior, não configurando sequer reincidência, sendo que tais medidas diversas da segregação corpórea se mostram suficientes ao caso, e assim deverão ser fixadas pelo juízo da execução, conforme melhor convir.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer:

Nego provimento aos recursos defensivos de Fábia Siqueira da Silva e Gernival Siqueira da Silva.

Dou parcial provimento ao recurso ministerial para reformar a sentença em parte e: condenar a ré Flávia Siqueira da Silva, pelo fato 4, na forma do art. 171, *caput*, do CP, nas penas de 01 ano e 08 meses de reclusão no regime inicial aberto, e 20 dias-multa, fixada na fração de 1/30 do salário-mínimo vigente a época dos fatos; elevar a pena de Fábia Siqueira da Silva para 03 anos, 01 mês, 15 dias de reclusão e 38 dias-multa, fixadas na fração de 1/30 do salário-mínimo vigente a época dos fatos; elevar a pena de Gernival Siqueira da Silva para 03 anos e 09 meses de reclusão, e 45 dias-multa, fixadas na fração de 1/30 do salário-mínimo vigente a época dos fatos. Aos réus ficam mantidas a substituição das penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo juízo da execução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos recursos de Fábia Siqueira da Silva e Gernival Siqueira da Silva, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Deram parcial provimento ao recurso ministerial, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

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 Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 30 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0900379-73.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – OPERAÇÃO OIKETICUS – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA (ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 12.850/2013) – OBSTRUÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL DE INFRAÇÃO NO ÂMBITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ENTRE POLICIAIS MILITARES (ART. 2º, § 1º, DA LEI 12.850/2013) – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO CONFIGURADA – CRIME COMISSIVO E FORMAL – CONSUMAÇÃO ANTECIPADA QUE PRESCINDE A EFETIVA NEUTRALIZAÇÃO DOS ATOS INVESTIGATIVOS DA INFRAÇÃO PENAL QUE ENVOLVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – SITUAÇÃO QUE NÃO SE AMOLDA AO PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO – ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR NA APLICAÇÃO DA PENA DE EXCLUSÃO DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL – INOCORRÊNCIA – PRESCINDIBILIDADE DE PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PARA SER IMPOSTA – PENA ACESSÓRIA DE APLICAÇÃO AUTOMÁTICA – RECURSO DESPROVIDO.

O legislador ordinário, ao empregar nas condutas previstas no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, em um dos verbos núcleos do tipo - "embaraçar", introduziu na norma, espécie de crime formal, em que a consumação independe da efetiva cessação dos atos investigativos da infração penal que se visa apurar, assim recorrente nos crimes de organização criminosa, bastando que as condutas do sujeito ativo, entendido como qualquer pessoa, nesse tempo, sejam tendentes nessa obstrução da administração da justiça;

A luz da doutrina e jurisprudência, inexiste óbice para que, eventual membro de organização criminosa, também possa incorrer no delito autônomo de obstrução à justiça, previstos no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013. Isso não só por ausência de restrição legal nesse sentido, mas também, por serem as próprias pessoas envolvidas em organização criminosa as mais interessadas em embaraçar ou mesmo impedir a persecução das infrações penas por elas cometidas. Embora ao acusado deva ser assegurado o direito de não produzir provas que o incriminem, tal garantia não se estende para condutas comissivas visando a destruição de provas produzidas com o intuito de evitar-se a responsabilização criminal, sendo limitada ao espectro de atuação do denunciado no papel que lhe cabe no âmbito do processo penal, eminentemente defensivo – precedentes jurisprudenciais do STF (Inq. 4.270/DF e 4.506/DF);

A condenação da praça à pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos importa na exclusão das Forças Armadas, como efeito acessório e automático, o qual torna inexigível o pronunciamento de Tribunal, em processo específico, para que se tenha a perda do posto, quando assim já aplicada na Justiça Castrense – precedentes jurisprudenciais do STF (RE 447859-MS);

Recurso desprovido, de acordo com o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de agosto de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposta por Lisberto Sebastião de Lima, contra sentença de f. 269-282 que, o condenou à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, além de ser aplicada a pena de exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo as razões de f. 305-320, pretende: preliminarmente, a distribuição do presente por prevenção aos autos nº 0900332-02.2018.8.12.00001, nos termos do art. 158, do RITJM; no mérito, a absolvição por atipicidade da conduta, e, subsidiariamente, o afastamento da pena de exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Prequestionou a matéria elencada.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 342-382 e 392-404 pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo, com prequestionamento dos dispositivos por eles elencados.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposta por Lisberto Sebastião de Lima, contra sentença de f. 269-282 que, o condenou à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, além de ser aplicada a pena de exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo as razões de f. 305-320, pretende: preliminarmente, a distribuição do presente por prevenção aos Autos nº 0900332-02.2018.8.12.00001, nos termos do art. 158, do RITJM; no mérito, a absolvição por atipicidade da conduta, e, subsidiariamente, o afastamento da pena de exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Prequestionou a matéria elencada.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 342-382 e 392-404 pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo, com prequestionamento dos dispositivos por eles elencados.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar defensiva.

O pedido encontra-se prejudicado tendo em vista a redistribuição do Processo nº 0900332-02.2018.8.12.00001 a este Relator, que tornou-se prevento por ocasião dos julgamentos anteriores dos *habeas corpus* envolvendo as causas dessa operação policial, atendendo assim o art. 158 do RITJMS.

Do mérito.

Da absolvição por atipicidade da conduta.

O recorrente pretende a absolvição, alegando: atipicidade da conduta do crime previsto no art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013, seja porque estaria acobertado pelo princípio da não-autoincriminação entre outros princípios; ou porque se trataria de crime material, onde seria necessária a efetiva cessação da investigação criminal (página 20); e também, por tratar-se de infração penal que envolvia organização criminosa da qual

o réu também foi acusado e condenado (Autos nº 0021239-23.2018.8.12.0001), não podendo assim, ser ele considerado o sujeito ativo da conduta e nem condenado novamente.

Nada obstante o respeitável raciocínio defensivo no tópico, a melhor exegese do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 não comporta acolhimento da interpretação almejada nas teses ventiladas.

Em síntese do caso, trata-se de ação penal militar ajuizada pelo Ministério Público Estadual em desfavor do policial militar Lisberto Sebastião de Lima por infração ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 e ao art. 349 do CPM, sob a acusação de que, no dia 16/5/2018, no período matutino, ele teria embaraçado a investigação de infrações penais, conduzida pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), praticadas, em tese, por uma organização criminosa integrada por policiais militares deste Estado – haja vista que se recusou a fornecer a senha de acesso ao seu telefone celular apreendido por força de decisão judicial, e a fazer a apresentação do telefone celular IMEI 35876008127493, linha (67) 98474-1434, que usava no dia da operação.

Conforme pontuou a sentença dentre as provas dos autos que aclararam a materialidade e autoria do crime, pontos esses não controversos no recurso, verificou-se na situação que, durante o cumprimento dos mandados, no dia 16 de maio de 2018, em operação intitulada "Oiketicus", a equipe do GAECO dirigiu-se ao endereço residencial do acusado, verificando que ele não se encontrava presente, mas havia deixado um de seus celulares no imóvel, qual seja, o aparelho, marca Samsung, modelo SM J1, dual chip, IMEI I nº 352663/07/36617/0 e IMEI II nº 352664/07/336617/8, bloqueado com código de acesso, que foi apreendido. Ato contínuo, às 08h27, o acusado recebeu uma ligação no seu outro telefone celular que não foi apreendido – IMEI 358760008127493, linha (67) 98474-1434, do qual, com base no diálogo telefônico, os policiais do GAECO, em diligência pela cidade de Bela Vista, ainda naquela manhã, conseguiram encontrar o acusado, o qual, ao avistar a viatura, empreendeu fuga em alta velocidade e adentrando ao Paraguai. Após o ocorrido, e no mesmo dia, durante período vespertino, o réu apresentou-se ao Comandante de Bela Vista, Capitão QOPM Wellington Lopes Lafayette Julião, mas não entregou o telefone celular, IMEI 35876008127493, linha (67) 98474-1434, mesmo sabendo que havia uma ordem de apreensão de seu aparelho.

A conduta delitiva imputada ao réu, é estampada no art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 pela seguinte redação:

> *"Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:*
>
> *Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.*
>
> *§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa."*

Com efeito, ao passo que o delito de organização criminosa previsto no *caput* do dispositivo em comento, tutela a paz pública, assim entendido como crime de perigo abstrato, o seu § 1º direciona-se a tutela da administração da justiça, voltada na apuração dos crimes e, porventura, a responsabilização dos agentes que de forma dolosa, organizem-se para a prática de ilícitos criminais, sendo ambas condutas autônomas na proteção de bens jurídicos distintos.

Nessa dicção, em específico ao delito atribuído ao réu, o núcleo do tipo traz duas condutas específicas, "impedir" ou "embaraçar", que segundo escólio de Renato Brasileiro de Lima, podem ser definidas no seguinte:

> *"(...) impedir significa obstar, interromper, tolher, consumando-se com a efetiva cessação da investigação em virtude de determinada conduta praticada pelo agente (crime material); embaraçar consiste em complicar, perturbar, ou seja, o crime restará consumado com qualquer ação ou omissão que cause algum tipo de embaraço à investigação, ainda que não haja sua interrupção (crime formal)."* (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 6. ed. rev., atual. E ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 678)

Como se vê, o legislador ordinário, ao empregar em um dos verbos núcleos do tipo - "embaraçar", introduziu na norma, espécie de crime formal, e não material, pois a consumação daquele independe da efetiva cessação dos atos investigativos da infração penal que se visa apurar, no caso, a organização criminosa, bastando que as condutas do agente, nesse tempo, sejam tendentes nessa obstrução da administração da justiça. Nesse sentido, as lições de Cleber Masson e Vinícius Marçal:

> *"(...) A consumação do núcleo do tipo impedir se perfaz com a efetiva cessação da persecução penal, sendo, portanto, crime material; por seu turno, na modalidade de embaraçar, o delito é formal (de consumação antecipada ou de resultado cortado), porquanto restará consumado se, de qualquer modo, o sujeito atrapalhar ou perturbar o andamento normal da investigação ou do processo, ainda que não alcance a sua interrupção propriamente dita"* (Crime Organizado. 4ª ed. São Paulo: Método, 2018. p. 121)

De outro ponto, o delito de obstrução às investigações de infração penal que envolva organização criminosa, é considerado delito comum, admitindo sob essa perspectiva, a sua prática por qualquer pessoa como sujeito ativo, porquanto não exige qualquer condição, ou qualidade alguma específica do agente.

Nesse panorama, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *"(...) ART. 2º, § 1º, LEI 12.850/2013 – CRIME FORMAL – CONSUMAÇÃO – PRESCINDIBILIDADE DA EFETIVA NEUTRALIZAÇÃO DOS ATOS INVESTIGATIVOS DE INFRAÇÃO PENAL QUE ENVOLVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – ATIPICIDADE AFASTADA. (...) 7. Ao empregar o verbo "embaraçar" como um dos núcleos do tipo penal previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, o legislador ordinário introduziu no ordenamento jurídico um delito formal, cuja consumação independe da efetiva neutralização dos atos investigativos de infração penal que envolva organização criminosa, bastando que o agente pratique ações tendentes a tal desiderato. 8. A norma penal extraída do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 dispõe sobre delito comum, admitindo qualquer pessoa como seu sujeito ativo, já que não exige qualidade específica do agente."* (STF, Inq. 4720/DF, Rel. Min. Edson Fachin DJe-170 Divulg 20/08/2018 public 21/08/2018)

Assim, embora perdurada a investigação do delito principal de organização criminosa, até pela sua própria complexidade, nada impediria a aplicação da lei penal aos delitos menores correlatos, como no caso da obstrução da investigação, mesmo porque, como visto na hipótese dos autos, além desta última conduta ser autônoma a primeira, compreende-se por ação que pode ser praticado por uma única pessoa.

De outro lado, não se olvide da corrente doutrinária sustentada no recurso que, entende pela impossibilidade do investigado ser sujeito ativo deste crime, alegando que seus direitos de se defender e de não autoincriminar, impossibilitariam sua responsabilidade penal na conduta, muito mais por ele já responder pelo crime de organização criminosa no processo principal - (Autos nº 0021239-23.2018.8.12.0001).

Contudo, importante ressaltar que não há vedação legal para que um integrante de uma organização criminosa também possa ser responsabilizado pela prática do crime de "obstrução à justiça". Aliás, a doutrina já anteriormente citada, ao comentar sobre a Lei nº 12.850/13, assim afirma:

> *"Em nossa compreensão, não há óbice algum a que eventual membro de organização criminosa também possa incorrer no delito autônomo de 'obstrução à justiça' (LCO, art. 2º, § 1º), até porque o legislador não fez nenhuma restrição nesse sentido. Aliás, como é intuitivo, são as pessoas envolvidas em organização criminosa as mais interessadas em embaraçar ou mesmo impedir a persecução das infrações penas por elas cometidas.*
>
> *Ademais, os bens jurídicos tutelados pelos referidos tipos são diversos: paz pública, no artigo 2º, caput; administração da justiça, no art. 2º, § 1º. O momento consumativo também é diferente: o crime organizado por natureza é formal e pode se consumar de forma instantânea (constituir) ou permanente (integrar), sempre dependendo de uma certa estabilidade da affectio criminis societatis. Já o crime de obstrução à justiça pode ser material (impedir) ou formal (embaraçar), não reclama estabilidade alguma e, para a sua realização, faz-se*

necessária a prévia consumação do crime de organização criminosa (LCO, art. 2º, caput), razão pela qual é doutrinariamente classificado como crime acessório. Ainda, enquanto o crime do art. 2º, caput, é plurissubjetivo (de concurso necessário), o delito do art. 2º, § 1º, é monossubjetivo (de concurso eventual).

(...)

"O direito de não produzir prova contra si mesmo, corolário da ampla defesa e previsto expressamente no art. 8, item 2, g, do Pacto de San José de Costa Rica, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto 678/1992, não autoriza a prática da obstrução à justiça, isto é, não permite ao investigado ou acusado as ações de impedir ou embaraçar a persecução penal de infração penal que envolva organização criminosa. E não poderia ser de outro modo, haja vista que art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 apenas obedeceu ao mandado convencional de criminalização da obstrução à justiça previsto no art. 23 da Convenção de Palermo."

(...)

Não se autoincriminar é um direito do ser humano que não pode ser confundido, em hipótese alguma, com comportamentos atentatórios ao normal exercício da prestação jurisdicional. Desse modo, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de impedimento ou embaraçamento da persecução penal, seja ou não membro da organização criminosa." (in Crime organizado. op. cit., p. 95-97)

A questão dissidente, já teve a oportunidade de ser apreciada e assim aplicada, conforme a decisão acima referenciada, exarada no Inq. 4.270/DF, perante o STF, da lavra do e. Min. Edson Fachin, pelo qual concluiu pela possibilidade de ser considerado sujeito ativo do delito de obstrução de justiça, o próprio integrante de organização criminosa, principalmente em condutas comissivas, sem que isso influísse em ofensa ao princípio *nemo teneteur se detegere* A propósito, vale o destaque:

"11. Embora ao acusado deva ser assegurado o direito de não produzir provas que o incriminem, tal garantia não se estende para condutas comissivas visando a destruição de provas produzidas com o intuito de evitar-se a responsabilização criminal, sendo limitada ao espectro de atuação do denunciado no papel que lhe cabe no âmbito do processo penal, eminentemente defensivo. A garantia da não autoincriminação é destinada a assegurar a amplitude dos meios de defesa no processo penal adequado aos valores ínsitos de um Estado Democrático de Direito, não se prestando a atuar como causa supralegal excludente de ilicitude em relação a condutas comissivas que atentem contra a administração da justiça." (STF, Inq. 4720/DF, op. cit)

Reforçando esse posicionamento, por ocasião inclusive de apreciação da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, o STF, no Inquérito 4.506/DF, acabou recebendo a denúncia que imputava aos réus a conduta de embaraçar investigações que envolvessem organização criminosa.

In casu, as condutas comissivas deflagradas pelo acusado que, plenamente ciente da ordem de mandado de busca e apreensão expedido contra ele, não podem ser interpretadas equivocadamente como legítimo exercício do direito à não autoincriminação, diante da viabilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal sob discussão.

Isto porque, o próprio apelante Lisberto Sebastião de Lima, admitiu em seu interrogatório judicial de f. 71, o conhecimento a respeito do mandado em questão, desde o período da manhã, antes de se deslocar para o Paraguai. Vejamos:

"Juiz: no dia em que houve a diligência do GAECO para o cumprimento dos mandados, que momento o senhor tomou conhecimento de que eles estavam a sua procura?

Réu: a partir das 09:00hs da manhã, mais ou menos.

Juiz: o que levou ao senhor ir para o lado paraguaio?

Réu: porque no momento em que eu fui informado que alguém tinha ido atrás, até minha casa né, só tinham informado para mim que era um veículo preto e com algumas pessoas olhando por cima do muro da minha casa. O rapaz que mora em frente de casa que é um paraguaio, mandou essas mensagens para mim, e só. (...) Nesse momento eu fiquei tentando lembrar quem poderia ser, algum conhecido na minha casa... Nenhum momento falaram para mim, que era situação do GAECO, ou qualquer situação. Aí saí lá do lava-jato... inclusive eu tinha passado pela viatura de serviço, dei sinal para eles... Aí eu falei, "vou até lá em casa, mas vou com prudência né, vou pela última rua. (...) Quando eu dobrei a esquerda, eu vi que um veículo vinha atrás de mim... Eu não fui com a intenção de ir para o Paraguai, eu fui com a intenção de ir para o Batalhão. (...)

Juiz: Mas o senhor tomou conhecimento logo em seguida, de que era o GAECO, quando o senhor ligou lá para a Polícia Militar. Porque que o senhor não voltou imediatamente?

Réu: Eu não liguei para a Polícia Militar.

Juiz: o senhor não conversou com ninguém da Polícia Militar?

Réu: o Mendonça que tava de serviço, ele mandou mensagem para mim.

Juiz: avisando e, porque que o senhor não retornou? Só foi retornar posteriormente a noite na companhia de advogado?

Réu: porque eu entrei em contato com o advogado, Jorge Mareco, e falei para ele, e falei "que tomei conhecimento que pessoal foram na minha casa... eu já fiquei sabendo, pedi para minha irmã ir lá, que disse que já tinham entrado e feito tudo né, aí o outro meu vizinho do lado falou que era o GAECO que estava lá, e eu entrei em contato com ele (advogado), e falei "O que quê eu poderia fazer? Que procedimento poderia fazer?", eu não sabia que tinha mandado de prisão, e nada contra a minha pessoa. Eu só sabia que tinha ido em casa. (...)

Juiz: mas porque que o senhor estava com receio se não tinha nada a temer?

Réu: sim, mas a partir do momento que fiquei sabendo que o GAECO tinha ido lá em casa, que tinha mandado de busca e apreensão, tinha levado umas armas que eu tinha lá, irregular, então eu... imaginei assim, eles vão me dar um flagrante por causa das minhas armas – esse é o motivo.

Juiz: então o senhor a espera do advogado foi para evitar o flagrante?

Réu: sim senhor.

Juiz Militar: Lima, é.. o que quê aconteceu com o seu aparelho de celular, que não foi entregue para o GAECO?"

Réu: Meu celular está lá em Bela Vista, com a minha mulher.

(...)

Juiz Militar: Quando você se apresentou pro Capitão Lafayete, você tomou conhecimento do mandado de busca e apreensão do GAECO?

Réu: Sim senhor. Ele me informou.

(...)

Ministério Público: Então o senhor admite que em nenhum momento até o presente momento o senhor entregou o aparelho celular que estava em sua posse, quando o senhor empreendeu fuga la pro Paraguai?

Réu: Não havia entreg...(pausa). Não entreguei.

Ministério Público: Até agora não entregou?

Réu: Não senhor

Ministério Público: Mesmo sabendo que o senhor está respondendo por este fato como obstrução da justiça, dentre vários motivos um desse é o principal. E o senhor até o presente momento não se dispôs a entregar o aparelho?

Acusado: Eu sabia que a obstrução da justiça que eu tava respondendo, foi a partir do momento que o Capitão Schnaider lá no PME, ele foi lá pedir pra mim a senha de um celular que tinham apreendido em casa. Não esse celular.

Ministério Público: Esse é um dos motivos. E por que o senhor se recusou a fornecer a senha do celular se o senhor não teme nada?

Réu: Porque eu não me recordo. É um celular muito antigo que estava alí, inclusive minha esposa que estava utilizando. É um celular que faz muito tempo. Eu nem utilizava ele.

Ministério Público: Se a sua esposa tava utilizando o seu celular, como o senhor alega, por que você não perguntou a senha pra ela pra fornecer pra autoridade encarregada?

Réu: Ela não sabe dizer a senha Doutora.

Ministério Público: Ela utiliza o celular sem senha?

Réu: Não. Ela tem um outro aparelho. Esse celular ela não utiliza. Esse celular é um celular antigo que estava lá

Ministério Público: O senhor acabou de falar que ela tava usando o seu celular

Réu: Não. Ela tem um celular dela e eu tenho o meu. E esse daí é um telefone antigo. Não to dizendo que é o mesmo aparelho que ela utiliza. (...)"

Nesse contexto, apesar de evasiva e contraditória em muitos trechos, não se escusou o réu de confirmar o conhecimento prévio que detinha acerca da ordem judicial, mesmo antes da sua evasão para Ponta Porã, evitando o cumprimento integral do mandado. Além disso, admitiu não ter informado a senha do primeiro aparelho de celular e esquivado da entrega do segundo aparelho perante a autoridade policial no Batalhão da Polícia Militar, sendo que, tal entrega apenas realizou-se tardiamente, durante a instrução processual, após a audiência sublinhada, quando constatou-se mediante perícia, que o objeto encontrava-se corrompido por formatação de dados anterior (f. 104-108), ou seja, assim já consumada a obstrução às respectivas investigações.

Não bastasse essa exposição, as testemunhas ouvidas a f. 55 – Ariel Araújo, Clayton Macedo Oliveira e Wellington Lopes Lafayette Julião, policiais do GAECO, enfatizaram em mesmo sentido que, o réu empreendeu fuga para o Paraguai, quando avistou os veículos do GAECO que estavam devidamente caracterizados com a logo e giroflex (f. 131 – alegações finais do MPE), utilizados pela equipe que buscava dar cumprimento ao mandado e questão. Asseveram também que, da apresentação do acusado no Batalhão, ele foi cientificado do teor do mandado sobre o fornecimento das senhas do primeiro aparelho e entrega do segundo, quando as recusas ocorreram.

Vale frisar do depoimento da testemunha Wellington, que após o incidente, por volta das 12hs, chegaram a contatar o réu recomendando que ele se apresentasse perante o Batalhão para cumprimento da ordem do mandado de busca e apreensão, ocasião em que o acusado informou que aguardaria seu advogado para então se apresentar.

Por tal razão, inviável a conclusão apresentada pela defesa técnica no sentido de que eventual integrante de organização criminosa não poderia ser sujeito ativo do delito de obstrução às respectivas investigações, já que a garantia da não autoincriminação é destinada a assegurar a amplitude dos meios de defesa no processo penal, não permitindo-se sua descaracterização para causa supralegal excludente de ilicitude em relação a

condutas comissivas praticadas contra a administração da justiça, quando do cumprimento de ordens que os agentes tenham conhecimento.

Logo, não há falar em atipicidade dos fatos atribuídos ao réu, sendo plenamente possível sua condenação na forma aplicada na sentença.

Da pena de exclusão dos quadros da Polícia Militar.

Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da pena de exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a alegação de incompetência da Justiça Militar para aplicar os efeitos secundários da condenação.

Como analisado, o réu teve sentença condenatória como incurso no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, a pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, com a exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Constituição Federal, ao prever em seu art. 125, § 4º, a pena acessória da perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, tutela os arts. 98, 99 e 102 do Código Penal Militar, que especifica sobre referida pena de exclusão das forças armadas, como consequência automática da condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, não exigindo motivação expressa, bastando a sua aplicação na sentença condenatória. Sobre o tema leciona a doutrina:

> *"(...) Nos mesmos moldes do que ocorre na Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97, art. 1º, § 5º), em que este efeito extrapenal é considerado automático e obrigatório, prescindindo inclusive de fundamentação, não há necessidade de motivação do magistrado quanto à perda do cargo quando se tratar de condenação irrecorrível de funcionário público integrante de organização criminosa. (...)*
>
> *Diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo, emprego, ou função, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório. Do administrador não se pode esperar outra conduta, sob pena, inclusive, de eventual responsabilização criminal pelos delitos de prevaricação e/ou desobediência."*(LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada. Volume único. 5. ed, 2017, f. 680-681)

Em mesmo sentido, a jurisprudência das Cortes Superiores:

> *"EMENTA – DIREITO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – CRIME DE TORTURA – CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – SÚMULA 279/STF – PERDA DO CARGO – PENA ACESSÓRIA – APLICAÇÃO AUTOMÁTICA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. (...) 2. – A tortura, tipificada pela Lei 9.455/1997, é considerada crime comum, mesmo quando praticada por militar, tendo por efeito necessário e automático da condenação a perda do cargo, função ou emprego público a que o agente estiver investido". 3. A decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. 4. Agravo interno a que se nega provimento."* (STF, ARE 1105783 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 25/05/2018)
>
> *"A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação."* (STJ, AgRg no Ag 1388953/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 20/6/2013)

Em sendo pena acessória, por força do mandamento constitucional, somente poderá ser aplicada pelo Tribunal de Justiça Militar Estadual ou do Tribunal de Justiça, para os oficiais das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Isso quer dizer que, a aplicação dessa exclusão dos quadros da polícia militar estadual, independe de processo específico em tribunal diverso, quando já aplicada na Justiça Castrense, conforme restou expressamente na decisão impugnada, que reforçou o posicionamento do STF, externando no RE 447859-MS, decidindo que, "*Relativamente a praça, é inexigível pronunciamento de tribunal, em processo específico, para que se tenha a perda do posto*".

Por ocasião do referido julgamento, vale destacar o seguinte:

> *"(...) Pois bem, o artigo 102 do Código Penal Militar versa a exclusão das Forças Armadas quando a praça é condenada à pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos. Indaga-se: esse dispositivo é incompatível com o texto do § 4º do artigo 125 da Carta de 1988? Vale ter presente o que se contém no parágrafo:*
>
> *(...) § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças; (...)*
>
> *A referência à competência do Tribunal remete, consideradas as praças, à Justiça Militar. Descabe ver no preceito a necessidade de processo específico para ocorrer, imposta pena que se enquadre no artigo 102 do Código Penal Militar, a exclusão da praça. Para assim concluir, tem-se a interpretação sistemática.*
>
> *Quanto aos oficiais, a regência é diversa. Está no artigo 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal:*
>
> *(...) VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; [...]*
>
> *Ora, o cotejo das normas é conducente a concluir-se no sentido do tratamento diferenciado da matéria em caso de condenação de praça ou de oficial pela Justiça Militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos. Somente em relação aos oficiais, dá-se o desdobramento, exigido, conforme versado na Carta da República, pronunciamento em processo específico para chegar-se à perda do posto e da patente. Reconheço que, na qualidade de vogal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 358.961-0/MS perante a Primeira Turma, acompanhei, sem justificativa de voto, considerado entendimento diverso, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence. Já agora, depois de analisar o tema e de refletir sobre o alcance dos dois dispositivos constitucionais – dos artigos 125, § 4º, e 142, § 3º, inciso VII –, não posso deixar de evoluir no que emprestam tratamentos diversos a praça e oficial, não os colocando no mesmo patamar, ante a desigualdade existente.*
>
> *Em síntese, mostra-se harmônico com o Diploma Maior o disposto no artigo 102 do Código Penal Militar, a revelar que a condenação da praça à pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos importa na exclusão das Forças Armadas. Tal preceito é consentâneo com a concentração do exame da matéria, a prescindir, com apoio na Constituição Federal, da abertura de um novo processo. Essa óptica está em sintonia com a previsão constante do Código Penal quanto aos servidores civis, apenas variando a exigência*

> *de contar-se com certa pena que, no tocante aos militares, há de ser superior a dois anos e, relativamente aos civis, a quatro.*
>
> *Ressalto que episódios criminais envolvendo praças, especialmente da Polícia Militar, ocorrem em número considerável frente ao relativo a oficiais, sendo que não há o envolvimento de posto e patente, estes sim protegidos mediante a exigência constitucional de ter-se procedimento específico para serem afastados. Conheço do extraordinário e o desprovejo."* (STF, Recurso Extraordinário nº 447.859 Mato Grosso do Sul – Plenário do STF – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 21/05/2015)

Corroborando ao entendimento exposto, este Sodalício:

> *"(...) ESTABELECIDA PENA ACESSÓRIA DE EXCLUSÃO DA POLÍCIA MILITAR CONDENAÇÃO SUPERIOR A DOIS ANOS PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO PENAL APLICAÇÃO DO ART. 102 DO CPM A PENA ACESSÓRIA DE PERDA DE CARGO, APLICADA A PRAÇAS DA PM PRESCINDE DE PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PARA SER IMPOSTA* (...)" (TJMS – RVCR: 14059143120158120000 MS 1405914-31.2015.8.12.0000, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Seção Criminal, j. 25/11/2015)

Por conclusão, importante lembrar que os membros da Corporação Militar são detentores de uma imagem que sempre deve refletir o respeito às leis, hierarquia e disciplina, resguardadas conjuntamente dentro e fora da instituição, na nobre e difícil missão da preservação da ordem pública e defesa civil.

Logo, demonstrado na hipótese que o agente incorra no desrespeito aos princípios rígidos e sociais da Corporação, com a quebra incomensurável do seu dever de ofício, ferindo assim, com intensidade, a sua farda e lesando a instituição que representa e o próprio Estado, a declaração de que o se encontra incapaz de permanecer nas fileiras da Polícia Militar é medida impositiva.

Diante do exposto, a pretensão defensiva não encontra respaldo.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindi de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Conclusão.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso de Lisberto Sebastião de Lima, mantendo irretocável a sentença condenatória.

Por fim, deve ser aplicado ao caso o entendimento firmado pelo STF no julgamento de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, julgado em 10 de novembro de 2016, determinando-se o início imediato do cumprimento da pena, pois, conforme referido precedente:

> *"(...) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal."*

Assim, prevalecendo este voto, não havendo recursos especial ou extraordinário, baixem-se os autos à origem para o início da execução da pena. Por outro lado, esgotada a prestação jurisdicional nesta instância e havendo recursos aos Tribunais Superiores, oficie-se ao Juízo competente na origem para as providências legais ao início da execução provisória da pena, em conformidade com ARE 964.246- RG/SP, com as peças necessárias para esse fim.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

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 Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 06 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Recurso em Sentido Estrito nº 0000153-27.2014.8.12.0036 - Inocência

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA PELO *PARQUET* – AFASTADA–NULIDADE POR EXCESSO DE LINGUAGEM–INOCORRÊNCIA–IMPRONÚNCIA – ART. 414 DO CPP – JUÍZO DE PRELIBAÇÃO – PROVA DA MATERIALIDADE E PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA – DESPROVIMENTO.

Nos termos do § 4º do art. 370 do CPP, é devida a intimação pessoal do Defensor Público ou dativo, inexistindo a obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado. Sendo certo que a intimação do Defensor Dativo deve ser pessoal e havendo apenas informação na certidão acerca da publicação no Diário Oficial, deve ser privilegiada aquela mais favorável ao acusado, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa.

Não peca pelo excesso de linguagem a sentença de pronúncia que somente expõe os fundamentos que alicerçam a existência dos necessários indícios de autoria, conforme determina o § 1º do artigo 413 do CPP.

Na fase da pronúncia, que encerra a primeira parte do procedimento, o juiz togado realiza mero juízo de prelibação, no qual basta apontar a prova da materialidade e indícios da autoria e da participação do acusado. Presentes tais elementos torna-se impossível a impronúncia, nos termos do artigo 414 do Código de Processo Penal, impondo-se a submissão do acusado a julgamento pelo Conselho de Sentença.

Recurso conhecido e desprovido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar as preliminares de intempestividade e de excesso de linguagem e, no mérito, negar provimento.

Campo Grande, 8 de agosto de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Vanderson Félix Freitas da Silva contra a sentença de f. 317-320 que o pronunciou como incurso nas sanções dos artigos 121, § 2º, IV, do CP.

Segundo as razões expostas a f. 440-454, busca a defesa, em sede preliminar, a nulidade da decisão de pronúncia, em razão de excesso de linguagem. No mérito requer a impronúncia do acusado. Prequestiona dispositivos legais.

O Ministério Público, em contrarrazões a f. 461-469, suscita preliminar de intempestividade do recurso e, no mérito, pugna pelo seu desprovimento.

Em juízo de retratação a decisão restou mantida (f. 438).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 479-487, opinou pelo afastamento das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Vanderson Félix Freitas da Silva contra a sentença de f. 317-320 que o pronunciou como incurso nas sanções dos artigos 121, § 2º, IV, do CP.

Segundo as razões expostas a f. 440-454, busca a defesa, em sede preliminar, a nulidade da decisão de pronúncia, em razão de excesso de linguagem. No mérito requer a impronúncia do acusado. Prequestiona dispositivos legais.

O Ministério Público, em contrarrazões a f. 461-469, suscita preliminar de intempestividade do recurso e, no mérito, pugna pelo seu desprovimento.

Em juízo de retratação a decisão restou mantida (f. 438).

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 479-487, opinou pelo afastamento das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar de intempestividade suscitada pelo Ministério Público.

O Ministério Público, em contrarrazões a f. 461-469, suscita preliminar de intempestividade do recurso defensivo.

Alega que, apesar de não se ter observado a regra do art. 370, § 4º, do CPP, quando da intimação do defensor dativo acerca da sentença de pronúncia, que foi realizada pelo Diário da Justiça ao invés de pessoalmente, a ausência de dita formalidade seria causa de nulidade relativa, de modo que, uma vez que o acusado foi intimado pessoalmente da pronúncia em 07/11/2008, o recurso interposto mais de três meses estaria intempestivo, em razão da preclusão.

Razão não lhe socorre.

Infere-se dos autos (f. 121) que em razão de inexistir Defensor Público na Comarca de Inocência, foi nomeado como defensor dativo para representar os interesses do acusado o advogado Bruno Pereira Garcia, o qual, posteriormente, renunciou à nomeação (f. 191), sendo, então, nomeado à função o advogado Paulo Henrique Menezes Medeiros (f. 198), cuja atuação prosseguiu até ulterior ingresso da Defensoria Pública nos autos, que passou a atuar na Comarca.

Verifica-se que Vanderson Félix Freitas da Silva foi pronunciado como incurso nas sanções dos artigos 121, § 2º, IV, do CP (f. 317-320). O processo foi encaminhado para intimação pessoal do Ministério Público, via portal eletrônico, em data de 22/06/2017 (f. 324), decorrendo o prazo para eventual recurso em 14/07/2021 (f. 350). O advogado constituído foi intimado pelo Diário da Justiça nº 3835, de 07/07/2017 (f. 341). O acusado, por sua vez, foi intimado pessoalmente em data de 07/11/2018 (f. 427), sendo certificado o decurso do prazo para interposição de recurso em 12/11/2018 (f. 428).

Em razão do início da atuação da Defensoria Pública Estadual na Comarca de Inocência, determinou-se a sua intimação para o fim previsto no art. 422 do CPP, qual seja, a apresentação do rol das testemunhas a serem ouvidas em plenário (f. 429).

Intimada do despacho em data de 12/02/2019 (f. 43), a Defensoria Pública interpôs recurso em sentido estrito em 22/02/2019, justificando, para tanto que:

> *"(...) Na sentença de pronúncia constou de forma explícita que a defesa deveria ser intimada, a partir do quê começaria o prazo recursal. A defesa, que era patrocinada por advogado nomeado, foi intimada por diário oficial da pronúncia. Os arts. 420, I e 370, §4º, do CPP, são explícitos sobre a necessidade de intimação pessoal do defensor nomeado. Por tais razões, o acusado vem através do presente, de forma tempestiva, interpor recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia, requerendo desde já a concessão de prazo para as razões recursais.*

De fato, como ressabido, a intimação do defensor dativo, nos termos do art. 370, § 4º, do CPP, deve ser realizada pessoalmente, cuja ausência é causa de nulidade absoluta, e não relativa como aduzido pelo *Parquet.*

Nesse sentido:

> *"PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO – CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE ABSOLUTA – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". 2. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2/8/2010). 3. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). 4. "A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que"a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, gera, via de regra, a sua nulidade", uma vez que cerceado o direito de defesa da parte (HC nº 288.517/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/5/2014)." (RHC 79.148/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/5/2017). 5. No caso em exame, não atingida a finalidade do ato e existente evidente prejuízo à ampla defesa, configura-se o vício na intimação e, em consequência, impõe-se a sua nulidade e daqueles atos processuais a ele subsequentes, de modo a se refazer a intimação pessoal do advogado dativo para a sessão de julgamento do recurso de apelação. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o acórdão do recurso de apelação e os posteriores atos, determinando-se a intimação pessoal do defensor dativo, para novo julgamento do recurso defensivo, restando prejudicada a análise das demais questões"* (STJ - HC: 446168 SP 2018/0089579-4, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 02/08/2018, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 15/08/2018).

Diante do quadro apresentado, é óbvio que não tendo sido realizada a intimação pessoal do defensor dativo sobre a sentença de pronúncia, não há como se dizer que o prazo para eventual recurso havia fluido. O prazo de fato passou a correr com a intimação pessoal da Defensoria Pública em data de 12/02/19, que goza da prerrogativa do prazo em dobro, de modo que o recurso interposto em 22/02/2019 é tempestivo.

Logo, afasto a prefacial de intempestividade.

Da preliminar de excesso de linguagem suscitada pela Defensoria Pública.

Sobre o excesso de linguagem, ensina Nucci:

> *"(...) Quanto à pronúncia, tratando-se de juízo de admissibilidade da acusação, sem ingresso no mérito da causa, há limitação para expor os motivos que fundamentam a decisão. O magistrado deve abordar a materialidade e os indícios suficientes de autoria, bem como analisar as teses levantadas pelas partes nas alegações finais. Entretanto, não pode exceder-se na adjetivação (ex.: o terrível crime cometido; a autoria inconteste, o famigerado réu, etc), nem tampouco exagerar na avaliação das teses defensivas (ex.: é óbvio que não ocorreu legítima defesa; absurda é a alegação da defesa)."*

Em sendo assim, não vislumbro excesso de linguagem na pronúncia, pois a decisão, atendendo ao disposto no art. 413, *caput* e parágrafo primeiro, do CPP, fundamentadamente, explanou a presença da materialidade do fato e da existência dos indícios suficientes de autoria.

A mera transcrição dos depoimentos prestados na fase policial e judicial na sentença não implica em excesso de linguagem. Como bem opinou a Procuradoria Geral de Justiça a f. 481,

> *"(...) O d. magistrado não adentrou no mérito da acusação, nem tampouco se utilizou de linguagem excessiva capaz de influenciar no livre convencimento dos jurados. Pela simples leitura da decisão recorrida, constata-se que o Juiz sentenciante apenas se limitou a apontar os fundamentos de sua convicção, pautados na existência da prova da materialidade e dos indícios de autoria indicados pelo interrogatório do próprio acusado e testemunhas, capazes de autorizar a pronúncia".*

O próprio art. 413, *caput*, do Código de Processo Penal determina que o juiz, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação criminosa, deverá fundamentar as razões da pronúncia.

Na hipótese, a decisão nada mais fez do que expor os fundamentos que alicerçam a existência dos necessários indícios, tal como determina o § 1º do supracitado artigo:

> *"Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação."*
>
> *§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena."*

O excesso de linguagem, na pronúncia, consiste em emissão de juízo de valor, dando por indubitável determinada tese apresentada, o que certamente exerce influência sobre o corpo de jurados, pois composto por cidadãos leigos. Evidentemente, não é o caso dos autos.

Ademais, ao agir de forma diversa, a decisão violaria o texto do art. 93, inciso IX, da CF, o qual determina que as decisões emanadas pelos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas. Tal fato, sim, traria prejuízo ao recorrente, porquanto haveria transgressão seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, não há se falar em nulidade por excesso de linguagem.

Da impronúncia.

A hipótese de impronúncia é prevista pelo art. 414 do Código de Processo Penal, pelo qual, *"não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado"*.

Daí concluir-se que a pronúncia contenta-se com mero juízo de prelibação, ou seja, o juiz togado não se aprofunda na análise da prova, não apura a verdade real sobre os fatos deduzidos na acusação, pois esta competência recai sobre o Conselho de Sentença, na segunda fase do procedimento. Limita-se a apontar prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes da autoria. Nesse sentido:

> *"(...) O juiz, ao proferir a sentença de pronúncia, deve limitar-se única e exclusivamente a apontar indícios e provas do crime e sua autoria, deixando a cargo do Tribunal do Júri o exame aprofundado da matéria, pois, tratando-se de crimes dolosos contra a vida, a incursão sobre o mérito da causa importa em indevida invasão de competência que a Constituição Federal reservou ao julgador leigo (...)"* (RT 753/580).

A materialidade é a prova da ocorrência de um fato penalmente relevante. Nos crimes contra a vida, em regra, extrai-se do laudo de exame de corpo de delito, embora, a teor do artigo 167 do CPP, em certas situações, permita-se o emprego de outras espécies, como a testemunhal.

Para Guilherme de Souza Nucci, "Código de Processo Penal Comentado", 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 946,

> *"(...) o mínimo que se espera, para haver pronúncia, é a prova certa de que o fato aconteceu, devendo o magistrado indicar a fonte de seu convencimento nos elementos colhidos na instrução e presentes nos autos"*.

No que toca aos indícios, no sentido de prova indireta, o conceito encontra-se no artigo 239, do CPP: "*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias"*.

Mas os indícios também são tratados pelo Código como prova semiplena, ou seja, um elemento mais tênue e com menor valor persuasivo que a prova indireta. E conforme se extrai dos ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima, "Manual de Processo Penal", 3. ed. Editora Jus Podivm, 2015, p. 581, é essa espécie de indício que exige o artigo 413 do CPP. Confira-se:

> *"(...) Apesar de grande parte da doutrina referir-se aos indícios apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, a palavra indício também é usada no ordenamento processual penal pátrio com o significado de uma prova semiplena, ou seja, no sentido de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo. É com esse significado que a palavra indício é utilizada nos arts. 126, 312 e 413, caput, do CPP. Nessa acepção, a expressão ´indício` refere-se a uma cognição vertical (quanto à profundidade) não exauriente, ou seja, uma cognição sumária, não profunda, em sentido oposto à necessária completude da cognição, no plano vertical, para a prolação de uma sentença condenatória."*

Portanto, como a competência para dissecar, esmiuçar, aprofundar a análise de todos os elementos de prova é do Conselho de Sentença, ao juiz togado, por ocasião da sentença de pronúncia, no campo da autoria, cabe apenas apontar a presença de indícios, na concepção admitida pelo artigo 413 do CPP, ou seja, mesmo que rudimentares, tênues ou com baixo potencial para persuadir os jurados.

No caso destes autos, nos termos da doutrina acima transcrita, tenho como presentes indícios suficientes para concluir pela existência de probabilidade de autoria de Vanderson Félix Freitas da Silva nos fatos descritos pela denúncia, a justificar a pronúncia, para que seja submetido a julgamento pelo colendo Conselho de Sentença.

Destaca-se, nesse sentido, o depoimento prestado pela testemunha Walteir Rocha de Castro, que na fase policial (f. 13-15) narrou que na data dos fatos ouviu três disparos de arma de fogo e o acusado Vanderson, vulgo 'Baratão', saindo correndo em direção à rua:

> *"(...) que, na data dos fatos, estava em sua residência quando chegou a pessoa de Vanderson, vulgo 'baratão', sendo o mesmo se apossou do aparelho de telefone celular do declarante que estava na estante da residência e saiu; que Vanderson frequentava a casa do declarante; que, o declarante saiu a procura de Vanderson para pegar seu celular de volta, sendo que chamou Renner para acompanha-lo; que, não encontraram Vanderson; que, foram embora, depois Renner saiu para buscar cerveja e voltou acompanhado da pessoa de Luana, (filha de Cleginaldo (Pichita); que, por volta das 04:00 horas da manhã, o declarante estava na saída da residência quando ouviu três disparos de arma de fogo, então saiu e se deparou com Vanderson e Luana saindo correndo em direção a rua, e Maick, o qual irmão de Renner do lado do mesmo, o qual estava ferido e caído no chão (...)".*

A testemunha Júlio César Barbosa Cordeiro, policial militar, relatou que os irmãos Renner (vítima) e Maick sempre andavam juntos, eram usuários de drogas e conviviam com traficantes. Que houve um desentendimento na residência onde a vítima foi alvejada. Em atendimento na ocorrência, a vítima e seu irmão estavam no local e confirmaram que o autor dos disparos foi Vander, vulgo 'Barata' (f. 173).

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Luciano Costa Maia em juízo. Relatou que foram acionados para atender a ocorrência de disparos de arma de fogo e ao chegarem no local encontraram Maick desesperado, pois tinham matado seu irmão. A vítima ainda estava com vida. Segundo o irmão da vítima, o autor dos disparos foi o 'Baratão' (Vanderson). Quando chegaram no local, só havia a vítima e seu irmão, mas este relatou à guarnição que o Bizunga (Walteir) também estava no local. Que tinham conhecimento de que na residência funcionava um ponto de venda de entorpecentes (f. 155).

A testemunha Claudemiro Baltazar de Oliviera, policial militar, acrescentou que a vítima estava caída no quintal da casa de Bizunga (Walteir). Que no momento só havia a vítima e seu irmão Maick. Que uma vizinha disse que Vanderson esteve no local antes, mas não viu quem efetuou os disparos contra a vítima. Que ela não soube precisar o horário, mas foi no período da noite. Soube que havia desentendimento entre o réu e a vítima, decorrente de drogas (f. 155).

Por fim, Luana Ribeiro Tavares relatou que estava com a vítima em um baile e depois saíram para a residência da vítima. Que sentaram para conversar, quando ouviu um 'estralo'. Nesse momento, a vítima se levantou e pediu para ela correr. Assim, correu e voltou para o baile. Que Maick estava no local onde a vítima foi alvejada. Que não presenciou quem efetuou os disparos. Que a vítima e 'Baratão' tinham uma 'rixa'.

Tais elementos, embora não ilustrem certeza, atendem à exigência do artigo 413 do CPP, caracterizando indícios suficientes de autoria e/ou participação, suficientes para fundamentar, nesta etapa, juízo de admissibilidade da acusação. Nesse sentido:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TRIBUNAL DO JURI – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PRONÚNCIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. No procedimento dos delitos dolosos contra a vida, ao juízo de pronúncia basta o convencimento quanto à materialidade do fato e a constatação de indícios suficientes de autoria ou participação. Assim é porque se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, do que resulta dispensável o grau de certeza inerente às sentenças de mérito. No caso, o conjunto de indícios integrantes dos autos é convergente a apontar a viabilidade acusatória, afigurando-se impositiva a pronúncia do réu. Recurso desprovido".* (TJRS; RSE 0229255-24.2014.8.21.7000; Venâncio Aires; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes; Julg. 02/03/2016; DJERS 10/03/2016).

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO CULPOSO – PRONÚNCIA – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JURI – MANUTENÇÃO DA PRONUNCIA. I. A decisão de pronúncia encontra supedâneo na comprovação da*

materialidade do crime e na existência de indícios da autoria; II. No momento de pronúncia, não se exige o grau de certeza que inspira uma decisão definitiva sobre o mérito da persecução penal, até porque a responsabilidade criminal será aferida pelo Conselho de Sentença. III. Restando provada a materialidade e havendo indícios suficientes da autoria do recorrente mediante conjunto probatório, impõe-se a pronúncia como resultante de mero juízo de admissibilidade da acusação, sem o condão de exaurir as teses probatórias, o que deverá ser realizado soberanamente pelo tribunal do júri; IV. Recurso desprovido". (TJSE; RSE 201600303623; Ac. 5162/2016; Câmara Criminal; Rel. Des. Gilson Félix dos Santos; Julg. 05/04/2016; DJSE 12/04/2016).

Portanto, como a competência para dissecar, esmiuçar, aprofundar a análise de todos os elementos de prova é do Conselho de Sentença, ao juiz togado, por ocasião da sentença de pronúncia, no campo da autoria, cabe apenas apontar a presença de indícios, na concepção admitida pelo artigo 413 do CPP, ou seja, mesmo que rudimentares, tênues ou com baixo potencial para persuadir os jurados.

No caso destes autos não sobeja dúvidas acerca da materialidade, como acima anotado.

No que toca à autoria, nos termos da doutrina acima transcrita, bem como dos elementos e provas acima citados, tenho como presentes nos autos indícios suficientes para concluir pela existência de probabilidade de autoria de Vanderson Félix Freitas da Silva nos fatos descritos pela denúncia, a justificar a pronúncia para que seja submetido a julgamento pelo colendo Conselho de Sentença.

Logo, incabível a impronúncia buscada.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, afasto as preliminares suscitadas e, no mérito, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares de intempestividade e de excesso de linguagem e, no mérito, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 08 de agosto de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0024553-45.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTs. 5º, XLVI, E 93, IX, DA MAGNA CARTA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ART. 59 DO CP – ELEMENTOS CONCRETOS – READEQUAÇÃO – ABRANDAMENTO – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES GENÉRICAS – PATAMAR ELEITO PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA (UM SEXTO) – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E AO SISTEMA TRIFÁSICO DE INDIVIDUALIZAÇÃO – SÚMULA 231 DO STJ – IMPOSSIBILIDADE – PENA DE MULTA – READEQUAÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL – PRESCRIÇÃO DECLARADA DE OFÍCIO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

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.

Nos termos do princípio Constitucional da motivação na individualização da pena (artigos 5º, XLVI, e 93, IX, da Constituição Federal), na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz deve fundamentar com base em elementos concretos o juízo firmado sobre cada uma das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do CP.

A presença de circunstância negativa justifica o recrudescimento da pena basilar.

Reduz-se a pena em 1/6 por conta das atenuantes genéricas, por ser esse o percentual mais aceito pela doutrina e jurisprudência.

A pena não pode ser reduzida para aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria em razão da presença de atenuantes genéricas, pena de violação ao princípio da reserva legal e ao sistema trifásico de individualização.

O *quantum* fixado como sanção pecuniária deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade.

Sendo a prescrição matéria de ordem pública, sua análise, inclusive de ofício, é medida que se impõe. Se entre as datas do recebimento da denúncia e à da publicação da sentença transcorreu prazo superior ao previsto em lei para fins de prescrição, deve-se declarar extinta a punibilidade do agente.

Em parte com o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso e, de ofício, declara-se extinta a punibilidade do agente pela prescrição.

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 e, de ofício, declarar extinta a punibilidade em face dos acusados, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V e 115 todos do CP.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelações criminais interpostas por Rodnan Rossi da Silva Almeida e Theodoro Freitas Lopes, contra a sentença de f. 269-277 que os condenou às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, substituídas por duas restritivas de direitos, e 25 dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 300-316, o apelante Rodnan Rossi da Silva Almeida postula: pela redução da pena-base para o mínimo legal ou abaixo do *quantum* fixado; aplicação do patamar de 1/6 de redução para cada atenuante reconhecida; redução da pena de multa, ajustando-se de modo proporcional à pena principal. Prequestionamento a f. 315. A seu turno, Theodoro Freitas Lopes, pelas razões de f. 318-326, postula: pela absolvição por insuficiência de provas; redução da pena-base para o mínimo legal ou, alternativamente, pela aplicação de 1/6 para o recrudescimento da pena em face de cada circunstância judicial; aplicação da fração de 1/6 para redução em razão das atenuantes reconhecidas, ainda que a pena fique abaixo do mínimo legal; readequação da pena de multa, fixando-a no mínimo legal.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 330-350 e 361-371, opinando, ambos, pelo desprovimento de ambos os recursos. Prequestionamentos a f. 349 e 371.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelações criminais interpostas por Rodnan Rossi da Silva Almeida e Theodoro Freitas Lopes, contra a sentença de f. 269-277 que os condenou às penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, substituídas por duas restritivas de direitos, e 25 dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 300-316, o apelante Rodnan Rossi da Silva Almeida postula: pela redução da pena-base para o mínimo legal ou abaixo do *quantum* fixado; aplicação do patamar de 1/6 de redução para cada atenuante reconhecida; redução da pena de multa, ajustando-se de modo proporcional à pena principal. Prequestionamento a f. 315. A seu turno, Theodoro Freitas Lopes, pelas razões de f. 318-326, postula: pela absolvição por insuficiência de provas; redução da pena-base para o mínimo legal ou, alternativamente, pela aplicação de 1/6 para o recrudescimento da pena em face de cada circunstância judicial; aplicação da fração de 1/6 para redução em razão das atenuantes reconhecidas, ainda que a pena fique abaixo do mínimo legal; readequação da pena de multa, fixando-a no mínimo legal.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça apresentaram, respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 330-350 e 361-371, opinando, ambos, pelo desprovimento de ambos os recursos. Prequestionamentos a f. 349 e 371.

É o que basta para analisar a pretensão.

Pleito absolutório.

O apelante Theodoro Freitas Lopes postula pela absolvição alegando insuficiência de provas. Segundo ele, embora tenha confessado, tal postura não encontra-se em harmonia com as demais provas colhidas no decorrer da instrução.

Narra a denúncia (f. 01-03):

> *"(...) No dia 31/05/2016, no período vespertino, na Rua Vilma Andrade Costa, nº 751, Bairro Rita Vieira, nesta capital, os denunciados Rodnan Rossi da Silva Almeida, Theodoro Freitas e Vitor Hugo Gomes Fernandes, em coautoria e mediante rompimento de obstáculo, consistente no arrombamento de uma porta, subtraíram, para eles, um capacete, avaliado em R$ 50,00 (cinquenta reais), um notebook, avaliado em R$ 500,00 (quinhentos reais), um televisor, avaliado em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), treze frascos de perfumes, avaliados em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), pertencentes à vítima Américo Yule de Oliveira Neto. (...) Ato contínuo, o denunciado Rodnan permaneceu no veículo, vigiando o local, enquanto os denunciados Theodoro e Vitor Hugo desceram do automóvel, forçaram o portão de acesso à morada e arrombaram a porta da frente do imóvel com chutes (cf. laudo pericial de f. 47-53). Feito isso, ingressaram na casa e de lá subtraíram, para eles, os objetos mencionados, evadindo-se, em seguida, com a res furtiva. (...) Com base nessa informação, os castrenses encetaram diligências pelas ruas desta cidade, átimo em que encontraram os denunciados Rodnan e Theodoro no sobredito veículo e na posse de objetos subtraídos da vítima, razão pela qual foram presos em flagrantes e, encaminhados à Delegacia de Polícia, onde confessaram a prática delitiva. (...)."*

Inobstante o respeito que se deva ter ao princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade (artigo 5°, LVII da Constituição Federal), que é uma das bases do Estado Democrático de Direito, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (artigo 8°, 2), em que se sobreleva o princípio da prevalência do interesse do acusado, previsto pelo inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, no caso dos autos, além de terem sido observadas todas as garantias relativas ao direito de defesa, as provas produzidas excluem qualquer dúvida razoável, tornando impositiva a condenação.

O policial civil Frederico Telles Damasio da Costa relatou que ao abordarem os apelantes, eles confessaram a prática do delito descrito na denúncia, momento em que os bens ainda encontravam-se no interior do veículo que utilizavam (f. 13).

Interrogados, todos os acusados, incluindo Theodoro de Freitas, confessaram a prática delitiva (f. 17-18, 24-25 e 48-49).

Em juízo (mídia referente audiência de f. 249), os policiais civis Celso Eugênio de Carvalho Coelho e Leandro Nogueira da Silva ratificaram as afirmações prestadas na fase policial (f. 66-67) acerca do crime cometido pelo apelante, juntamente com os outros dois (Rodnan e Vítor).

E interrogado em Juízo, Theodoro Freitas Lopes confessou o crime (f. 250).

Como se vê, nenhuma dúvida paira sobre a prática delitiva descrita na denúncia. As provas são seguras e incontestes, indicando que o apelante, juntamente com os outros dois corréus, praticou o furto, conforme descrito na peça exordial, não se havendo falar em insuficiência de provas, muito menos que as provas colhidas no decorrer da instrução são incoerentes com a confissão.

Os documentos de f. 34-39 (autos de exibição e apreensão, de avaliação e de entrega), os depoimentos dos policiais, em ambas as fases, bem assim a própria confissão do apelante, apoiada nas confissões dos corréus, são elementos mais que suficientes para confirmar o édito condenatório, todos, aliás, harmônicos entre si.

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 o pleito absolutório é rejeitado.

Pena-base.

Os apelantes Rodnan e Theodoro postulam pela redução da pena-base para o mínimo legal ou, na impossibilidade, que seja reduzida para aquém do *quantum* estabelecido pela sentença. Em caráter subsidiário, Theodoro postula pela aplicação de 1/6 para o aumento da pena-base.

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 sentença, para ambos os apelantes, considerou negativas duas circunstâncias judiciais, e em razão disso fixou a pena-base em 03 anos de reclusão, acréscimo de 01 ano, o que corresponde a 06 meses para cada moduladora. Ademais, deslocou uma das qualificadoras (concurso de agentes) para esta fase.

Atento à dosimetria, verifica-se que a sentença foi omissa em relação à moduladora dos motivos do crime, nada esclarecendo a respeito, e quanto às circunstâncias do crime, os fundamentos lá identificados são inadequados, posto que o fato de adentrar à residência para o fim de praticar o crime de furto, é circunstância inerente ao próprio tipo penal.

Diante disso, mantenho negativa referida moduladora (circunstâncias do crime), contudo, por conta do deslocamento da referida qualificadora.

Quanto à pretensão de aplicar a fração de 1/6 para exasperar a pena nesta fase, é inviável.

Esta Câmara Criminal, seguindo o mesmo entendimento do STJ, passou a adotar o patamar de 1/8 ao exasperar a pena-base, em face de cada moduladora desfavorável, a fim de atender à devida proporcionalidade na fixação da sanção, a incidir sobre a diferença verificada entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito, critério que se coaduna com a discricionariedade conferida ao magistrado no exercício de estabelecer a reprimenda. Nesse sentido:

> *"APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – (...) – PENA-BASE DO CORRÉU DOSADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – FRAÇÃO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – PATAMAR IMAGINÁRIO DE 1/10 (UM DÉCIMO) – SOMA DAS 8 (OITO) CIRCUNSTÂNCIAS ELENCADAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS À NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA, PREVISTAS NO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. (...). O STJ perfilha o entendimento no sentido de que as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal possuem o mesmo grau de importância, utilizando, diante disso, um patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma delas valorada negativamente, a incidir sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo entre o mínimo e o máximo. Porém, em caso de crime previsto na Lei de Drogas, por força do art. 42 desta norma, há mais 2 (duas) circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, totalizando, dessa forma, 10 (dez) circunstâncias judiciais, haja vista a existência de 8 (oito) no art. 59 do Estatuto Repressivo, resultando daí que deve ser empregado um patamar imaginário de 1/10 (um décimo) para cada circunstância desfavorável, a recair sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo penal. (...)."* (TJMS; ACr 0003813-75.2017.8.12.0019; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 28/01/2019; Pág. 136).

Todavia, deixo de aplicar tal índice, a fim de evitar a *reformatio in pejus* pois, em aplicando, a pena resultaria fixada acima do patamar estabelecido pela sentença.

Diante disso, a pena-base é reduzida para 02 anos e 06 meses de reclusão.

Atenuantes.

Postulam pela aplicação da fração de 1/6 de redução para cada atenuante reconhecida, e no entendimento do apelante Theodoro, mesmo que a pena fique abaixo do mínimo legal.

De fato, a sentença reconheceu duas atenuantes (menoridade relativa e confissão espontânea), e ao que tudo indica, aplicou apenas uma, vez que a redução ficou no patamar de 1/6.

E em que pese inexistir um patamar fixo a ser aplicado em face das atenuantes genéricas, tem-se adotado essa fração (1/6), por ser eleita pela doutrina e jurisprudência como sendo a mais coerente e adequada.

Com efeito, a pena não pode ser reduzida para aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria em razão da presença de atenuantes genéricas, como é o caso das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, pena de violação ao princípio da reserva legal, pois o magistrado não pode ultrapassar as balizas mínima e máxima previstas no tipo penal. Além disso, o sistema trifásico de individualização só permite tal operação na terceira fase da dosimetria, onde são consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena.

No processo de fixação da pena observa-se o sistema trifásico, que vem delineado pelo art. 68 do Código Penal, ou seja, na primeira fase, através de análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), encontra-se a pena-base; na segunda fase considera-se as atenuantes e as agravantes; na terceira aplica-se as causas de aumento ou diminuição.

As agravantes e atenuantes, como são genéricas, não integram o tipo penal, e por tal razão não podem conduzir a pena basilar a patamar inferior ou superior aos limites previstos pela norma, o que não ocorre com as causas especiais de aumento ou redução da pena, as quais, por integrarem o tipo penal, podem elevar a sanção acima do máximo ou reduzi-la aquém do mínimo, sendo esta a razão pela qual devem ser consideradas após a aplicação das agravantes ou atenuantes.

Nesse sentido, André Estefam, na obra "Direito Penal Esquematizado", parte geral, ed. Saraiva, p. 437, menciona que:

> *"(...) Estas circunstâncias, que geram a redução da pena na segunda fase de fixação da reprimenda, estão descritas nos arts. 65 e 66 do Código Penal. Apesar de o art. 65 mencionar que as atenuantes sempre reduzem a pena, a verdade é que, se a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal, as atenuantes reconhecidas restarão prejudicadas, pois não poderão fazer com que a pena fique abaixo do mínimo previsto em abstrato, existindo até mesmo súmula do Superior Tribunal de Justiça neste sentido: "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"* (Súmula nº 231).

Oportuna, também, a lição de Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Código Penal Interpretado, 6. ed. p. 556, ed. ATLAS 2008, ao dizer que:

> *"(...) Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, segundo jurisprudência dominante, é a de que não podem elas servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente considerada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes a acima do máximo".*

Ademais, excluindo a possibilidade de redução aquém do mínimo, e pacificando a questão, o enunciado da Súmula 231 do STJ estipula que *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".*

Por tais fundamentos, embora reconhecidas referidas atenuantes, impossível fixar a pena abaixo do mínimo legal.

Pena de multa.

Por fim, postulam os apelantes pela redução da pena de multa, ajustando-se de modo proporcional à pena principal.

Na aplicação das penas deve-se obedecer ao mesmo critério em relação à dosagem, baseado em elementos concretos, nos termos dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal. Portanto, ambas as penas devem guardar a mesma proporção.

Ao discorrer sobre o tema, Ricardo Augusto Schmitt, na obra "Sentença Penal Condenatória", 8. ed., Editora JusPODIVM, p. 293, explica: "*A necessidade de termos a exata proporcionalidade entre as penas é evidente, pois se a quantidade de pena privativa de liberdade e de multa tem a mesma origem, sendo ambas resultantes da análise do sistema trifásico, o resultado não poderia ser diferente.*" Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO – PROVA SUFICIENTE – DOSIMETRIA DA PENA. (...). 2. Dosimetria pena pecuniária. No que toca à sanção pecuniária, que, segundo o método bifásico (STJ, RESP nº 897876/RS e RESP nº 671.195/RS), deve guardar proporção com a pena-base, considerando-se os vetores do art. 59 do CP, impõe-se sua redução para 10 (dez) dias-multa, mantida a razão unitária mínima. Apelo parcialmente provido. Corrigido, de ofício, erro material de cálculo da pena na sentença."* (TJRS; ACr 0044504-62.2015.8.21.7000; Novo Hamburgo; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira; Julg. 30/09/2015; DJERS 27/10/2015).

O art. 49 do Código Penal prevê o mínimo de 10 e máximo de 360 dias-multa. A partir desses elementos, a pena pecuniária deve ser fixada, sempre obedecendo ao mesmo critério estabelecido para a pena principal, dispensando, inclusive, qualquer análise acerca das condições financeiras do apelante, por se tratar de uma imposição legal.

Acolhe-se, portanto, a pretensão.

Redimensionamento da pena.

Na primeira fase, com a readequação da pena-base, esta é reduzida para 02 anos e 06 meses de reclusão e 12 dias-multa. Na fase intermediária, com a aplicação das reduções por conta das atenuantes da confissão e da menoridade relativa, a pena é fixada no mínimo legal, ou seja, em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, convertida em definitiva, ante a ausência de outras causas modificadoras.

O regime permanece o aberto, bem assim as penas substitutivas, tal como fixados pela sentença.

Contudo, reconheço, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, pois no presente caso o prazo prescricional regula-se pela pena aplicada *in concreto*, aqui fixada em 02 (dois) anos de reclusão, sendo, portanto, de 04 (quatro) anos, consoante o art. 109, V, do Código Penal, reduzido pela metade, nos termos do art. 115 do mesmo Diploma Legal, em razão da menoridade relativa dos acusados. E contados da data do recebimento da denúncia, que ocorreu em 28/06/16 (f. 90-94), à data da publicação da sentença, ocorrido em 20/02/19 (f. 278), transcorreu lapso temporal superior ao previsto no referido dispositivo legal.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento aos recursos para reduzir a pena-base e fixar as sanções em face de Rodnan Rossi da Silva Almeida e Theodoro Freitas Lopes em 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituídas por duas restritivas de direitos, e 10 (dez) dias-multa, para cada um, reconhecendo, contudo, de ofício, a extinção da punibilidade em face dos acusados, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V, e 115, todos do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos e, de ofício, declararam extinta a punibilidade em face dos acusados, nos termos dos arts. 107, IV, 109, V e 115 todos do CP.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

***

1ª Seção Criminal
Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Revisão Criminal nº 1408044-52.2019.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 217-A DO CP – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO – MATÉRIA JÁ EXAMINADA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL – CARÊNCIA DA AÇÃO QUANTO A ESTE PEDIDO – ACOLHIMENTO PARCIAL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 215-A DO CP – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA PARTE, JULGADA IMPROCEDENTE.

Carece da ação de revisão criminal quem a emprega como uma segunda apelação, sem atentar às hipóteses previstas pelo artigo 621, do CPP, visando mero reexame de fatos e provas, quando ausente hipótese de contrariedade ao texto expresso da Lei Penal ou à evidência dos autos, e sem apresentar prova que se caraterize como nova, descoberta após a sentença, posto que a segurança jurídica exige a estabilidade da coisa julgada e os casos não podem ser indefinidamente discutidos. De tal forma, acolhe-se, parcialmente, a preliminar suscitada pela PGJ para decretar a carência da ação quanto ao pedido de absolvição por contrariedade à prova dos autos.

Impossível a desclassificação do crime do artigo 217-A do Código Penal para o do artigo 215-A do mesmo Código porque este somente se configura quando a conduta corresponde a ato libidinoso praticado sem violência (física ou moral), efetiva ou presumida, o que não é o caso daquele praticado contra criança de 10 (dez) anos de idade.

Ação conhecida em parte e, nesta julgada improcedente.

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, conhecer em parte da revisão criminal, e na parte conhecida, julgaram-na improcedente.

Campo Grande, 18 de setembro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de revisão criminal interposta por Wilson de Souza Silva, condenado, pela prática do delito descrito no artigo 217-A do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Objetiva, em síntese, a absolvição por ausência de provas ou, subsidiariamente, pela desclassificação para o delito previsto no art. 215-A do CP.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 338-343, opina pelo não conhecimento do pedido.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de revisão criminal interposta por Wilson de Souza Silva, condenado, pela prática do delito descrito no artigo 217-A do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Objetiva, em síntese, a absolvição por ausência de provas ou, subsidiariamente, pela desclassificação para o delito previsto no art. 215-A do CP.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 338-343, opina pelo não conhecimento do pedido.

É o que basta para análise da pretensão.

Da preliminar de não-conhecimento do pedido de absolvição.

A Procuradoria-Geral de Justiça suscita, em sede de preliminar, o não-conhecimento do pedido, visto que tal já foi objeto de apelação criminal.

Extrai-se, da ação penal originária que o requerente foi denunciado, processado e condenado nos Autos de nº 0014290-19.2014.8.12.0002, que tramitou na 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, pela prática do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, à pena total de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, nos termos da sentença (f. 229-233 destes autos).

Em face da sentença condenatória, foi interposto recurso de apelação, onde o requerente alegou: *"(...) Diante desse contexto, a insuficiência de provas de autoria salta aos olhos, sendo de rigor a reforma da sentença para absolver o apelante. (...)"* (f. 251).

A Terceira Câmara Criminal desse Sodalício, de acordo com o parecer e por unanimidade, negou provimento ao apelo (acórdão de f. 293-301). Com efeito, da ementa do referido acórdão citado extrai-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL – ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – DEPOIMENTO DA VÍTIMA – CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – COM O PARECER.*
>
> *- Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a palavra da vítima possui relevante importância para a elucidação de crimes de natureza sexual, aliado ao farto conjunto probatório existente nos autos acerca da prática do estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do CP, em sua forma qualificada.*
>
> *- O crime previsto no art. 217-A do Código Penal se consuma com a perpetração de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do réu e ofensivo à dignidade sexual da vítima.*
>
> *- 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.*
>
> *- Recurso conhecido e improvido, com o parecer."* (f. 293).

Pela presente revisão criminal pretende-se, inicialmente, como visto, a absolvição do crime do art. 217-A do Código Penal.

A ação de revisão criminal, como excepcional que é por atacar a coisa julgada, tem aplicação restrita às hipóteses referidas pelo artigo 621, do CPP, 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".*

De tal forma, carece da ação de revisão criminal quem a emprega como uma segunda apelação visando mero reexame de fatos e provas, quando ausente hipótese de contrariedade ao texto expresso da Lei Penal ou à evidência dos autos, e sem apresentar prova que se caracterize como nova, descoberta após a sentença, posto que a segurança jurídica exige a estabilidade da coisa julgada e os casos não podem ser indefinidamente discutidos. Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO – REVISÃO CRIMINAL – ART. 621, INCISO I, DO CPP – PLEITO ABSOLUTÓRIO – FRAGILIDADE PROBATÓRIA – PRETENSÃO INVIÁVEL NO JUÍZO RESCISÓRIO – NECESSIDADE DE PATENTE CONTRARIEDADE ENTRE A CONDENAÇÃO E AS PROVAS DOS AUTOS – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO STJ – INSURGÊNCIA IMPROVIDA. 1. A revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois o acolhimento da pretensão revisional reveste-se de excepcionalidade, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, induvidosa, dispensando a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas. 2. Nessa senda, este "Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido do não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, com vistas ao mero reexame de fatos e provas, não se verificando hipótese de contrariedade ao texto expresso da Lei Penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do CPP. " (HC 206.847/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016). 3. O Tribunal a quo desacolheu o pedido revisional por entender que não se configurou a hipótese de condenação contrária à evidência dos autos, prevista no art. 621, inciso I, do CPP, não sendo cabível o pedido para a reapreciação do quadro fático probatório dos autos, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte. Incidência do Enunciado Nº 83/STJ. (...)."* (STJ; AgRg-AREsp 830.554; Proc. 2015/0324692-2; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 20/09/2018; DJE 28/09/2018; Pág. 1844).

> *"DIREITO PENAL – DIREITO PROCESSUAL PENAL – REVISÃO CRIMINAL – MOEDA FALSA – ART. 289, § 1º, DO CP – SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – CONTRARIEDADE A TEXTO EXPRESSO DE LEI E EVIDÊNCIA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA. A revisão criminal não serve para reavaliação ampla dos fatos, das provas e do Direito que levaram à condenação criminal. A segurança jurídica exige a estabilidade da coisa julgada e os casos não podem ser indefinidamente discutidos. As hipóteses estritas de cabimento da revisão previstas no art. 621 do Código de Processo Penal devem ser observadas; Hipótese em que a prova foi amplamente analisada pela sentença, não se verificando a existência de qualquer nulidade; Sendo taxativas as hipóteses de revisão criminal, incabível o reexame do julgado quando demonstrada mera intenção do postulante em obter nova apreciação das matérias decididas, eis que a revisão criminal não se presta como espécie de segunda apelação."* (TRF 4ª R.; RevCr 5038826-31.2018.4.04.0000; Quarta Seção; Relª Desª Fed. Cláudia Cristina Cristofani; Julg. 13/12/2018; DEJF 18/12/2018).

Portanto, como o pleito de absolvição por insuficiência de provas já foi cabalmente analisado pela Terceira Câmara Criminal deste sodalício, e sem que tenha surgido qualquer prova nova, o autor carece da ação revisional quanto a tal pedido, de maneira que acolho a preliminar suscitada para decretar a carência da ação de revisão criminal quanto ao pedido de absolvição por insuficiência de provas.

Do pedido de desclassificação.

O requerente pretende, ainda, a desclassificação para o delito previsto no art. 215-A do CPP, alegando a inexistência de gravidade para a subsunção do fato à norma penal do estupro de vulnerável.

A denúncia narra que, em meados de 2013, na Rua Clóvis Cerzósimo de Souza, nº 5.770, Jardim Monte Líbano, naquela comarca de Dourados, o recorrente praticou ato libidinoso, contra a vítima Kauan Ribeiro de Souza, à época com 10 anos de idade, consistente em passar as mãos em suas partes íntimas, bem como passar o pênis em seu corpo, inclusive em seu ânus.

Por várias razões, o pleito é improcedente.

Primeiro é de se destacar que o crime do artigo 215-A, do Código Penal ("*Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*"), destina-se à punição de quem pratica condutas menos graves, não se aplicando, portanto, a casos praticados mediante violência física ou moral, efetiva ou presumida.

É este o entendimento sedimentado no STJ, como se vê pelas seguintes ementas (reduzidas ao ponto e com destaques meus):

> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – CONDUTAS LIBIDINOSAS DIVERSAS DA CONJUNÇÃO CARNAL – CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (ART. 65 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/1941) – INADEQUAÇÃO – CONFORMAÇÃO DAS CONDUTAS PRATICADAS AO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Casa firmou-se na compreensão de que o crime de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso diverso, ofensivo à integridade sexual da vítima e que revele a intenção lasciva do agente. 2. Os atos libidinosos imputados ao agravante e considerados incontroversos pela Corte estadual, consistentes em dar tapinhas e apertar o pênis da vítima menor de 14 anos à época dos fatos, amoldam-se inequivocadamente ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do Código Penal), sendo inadequada a desclassificação de tais condutas para contravenção penal. Precedentes. 3. Outrossim, vejo que as condutas praticadas pelo agravante não se amoldam ao art. 215-A do Código Penal, pois o texto do normativo em referência ("Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro") evidencia que a conduta criminosa deve ser praticada sem violência ou grave ameaça. Todavia, é sedimentada nesta Corte "a presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos" (RESP n. 1.320.924/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2016, DJe de 29/8/2016, grifei). 4. A questão, inclusive, já foi objeto de análise por esta Corte Superior de Justiça, que decidiu pela impossibilidade de aplicação do mencionado artigo na hipótese de estupro de vulnerável, porquanto "a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configura o crime previsto no art. 217-A do Código Penal, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima" (AGRG no AREsp n. 1361865/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe 1º/3/2019). 5. Ademais, também já foi assentado neste Superior Tribunal que é [...] inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade"* (AGRG nos EDCL no AREsp n. 1225717/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019). *6. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ; AgRg-AREsp 1.168.566; Proc. 2017/0241779-4; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 23/04/2019; DJE 03/05/2019).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ATOS LIBIDINOSOS – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 13.718/2018 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NOVA LEI MAIS BENÉFICA – VÍTIMAS MENORES – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA. 1. A pretendida aplicação retroativa da Lei n. 13.718/2018 aos fatos imputados ao agravante e a alegada violação ao princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória não foram alvo de deliberação pelas instâncias de origem, o que impede qualquer manifestação deste Sodalício*

*sobre referidos temas, sob pena de se atuar em indevida supressão de instância. 2. Esta Corte de Justiça tem entendido pela inviabilidade da desclassificação da conduta de estupro de vulnerável para aquela prevista no art. 215-A do Código Penal, inserida por meio da Lei n. 13.718, de 24/9/2018, porquanto não há como se aplicar a nova Lei nas hipóteses em que se trata de vítimas menores, como no caso em análise, notadamente diante da presunção de violência. Precedentes. (...) 3. Agravo regimental desprovido." (STJ; AgRg-HC 500.544; Proc. 2019/0084658-6; SP; Qu*inta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 28/05/2019; DJE 06/06/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP) – PEDIDO DE RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A, CP - LEI Nº 13.718/2018) – PEDIDO QUE NÃO SE ENQUADRA NOS INCISOS DO ART. 621 DO CPP – APLICAÇÃO DE NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO – ART. 66 DA LEP – SÚM. 611/STF – INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA CONCEDER HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA REFORMAR DECISÃO DE SEUS PRÓPRIOS ÓRGÃO JULGADORES. 1. A aplicação de Lei Penal mais benigna a condenação já transitada em julgado não constitui uma das hipóteses de cabimento da revisão criminal prevista no art. 621 do CPP. 2. Compete ao juízo das execuções a aplicação de Lei Penal mais benigna quando transitada em julgado a sentença condenatória, nos termos da Súmula n. 611 do STF e do artigo 66, I, da Lei de Execuções Penais. (...) 5. De qualquer forma, sobre o tema meritório em tela, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas do STJ: AGRG no HC 491.481/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019; AGRG no AREsp 1.168.566/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/201; AGRG no RESP 1.761.248/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019 e AGRG no AREsp 1.361.865/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 01/03/2019. Ressalva, no ponto, do entendimento do Relator em sentido diverso. Questão pendente de decisão na Primeira Turma do colendo STF (HC 134.591/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Sessão de 18/12/2018, voto-vista pendente do Min. Luiz Fux - Informativo 928). 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ; AgRg-RevCr 4.969; Proc. 2019/0164791-8; DF; Terceira Seção; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 26/06/2019; DJE 01/07/2019).

Além disso, o caso sob análise não se enquadra no novel tipo penal de importunação sexual (artigo 215-A, do Código Penal), instituído pela Lei nº 13.718/2018, publicada em 25/09/2018, e que consiste em "*Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*", com pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se não constituir crime mais grave.

O novo crime não se confunde com o de estupro, pois este se configura pelo ato de "*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*", ou seja, exige a violência (real ou presumida) ou a grave ameaça, de forma que a conduta caracteriza o "crime mais grave", expressamente excluído pelo tipo do artigo 215-A.

De igual forma, como o crime do artigo 215-A do Código Penal foi inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual (Título VI, Capítulo I), não tem aplicação a condutas praticadas contra vítimas em estado de vulnerabilidade (Titulo VI, Capítulo II).

No caso dos autos, a vítima possuía 10 (dez) anos de idade na época dos fatos, de maneira que a violência é presumida e, como se sabe, tal critério não admite relativização:

> *"Súmula 593 do STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".*

Desta forma, a condenação pelo crime do art. 217-A do Código Penal deve ser mantida.

Conclusão.

Face ao exposto, em parte com o parecer, decreta-se a carência da ação quanto ao pedido de absolvição por insuficiência de provas e julga-se improcedente quanto ao pedido de desclassificação para o crime tipificado no artigo 215-A, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte da revisão criminal, e na parte conhecida, julgaram-na improcedente.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Zaloar Murat Martins de Souza e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 18 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Recurso em Sentido Estrito nº 0014112-34.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO, SEQUESTRO, CÁRCERE PRIVADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – RECURSOS DEFENSIVOS – PRETENDIDA IMPRONÚNCIA DO HOMICÍDIO QUALIFICADO, SEQUESTRO/CÁRCERE PRIVADO E INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E DA CONFIGURAÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS – INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE – PEDIDO DE EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – QUESTÕES A SEREM APRECIADAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSOS DESPROVIDOS.

Havendo indícios de que os recorrentes e os corréus, unidos, sequestraram, mantiveram a vítima em cárcere privado, depois a mataram e a decapitaram, deixando seu corpo em local ermo, por ser integrante de facção criminosa rival, deve ser mantida a pronúncia.

Verificado que as infrações previstas nos arts. 148 do Código Penal e 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13 ocorreram no mesmo contexto fático do homicídio, ou seja, nas mesmas circunstâncias de tempo, resta patente a conexão, prevalecendo a competência do Tribunal do Júri para julgá-los.

Na fase da pronúncia, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer arrimo nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio *in dubio pro societate.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento aos recursos defensivos, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de julho de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Leonardo Caio dos Santos Costa, Maycon Ferreira dos Santos, Gabriel Rondon da Silva, Tiago Rodrigues de Souza, Elionai Oliveira Emiliano, qualificados nos autos, foram pronunciados como incursos nos arts. 121, § 2º, I e IV; 148 e 211, do Código Penal, bem como art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13 (f. 1755-1766).

Leonardo e Maycon pedem o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima por não terem restado configuradas, já que não agiram por motivo desprezível ou repugnante e não tinham conhecimento do que ocorreria com a vítima, a qual era traficante, pessoa temida na região onde morava, acostumada a situações adversas (f. 1807-1821).

Tiago pede a impronúncia do homicídio sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria (art. 414, CPP), já que as testemunhas policiais caíram em contradição e nenhuma testemunha o viu praticando o crime.

Gabriel, Tiago e Elionai pedem a impronúncia do crime de sequestro, por ausência de provas da existência do fato, considerando que a vítima adentrou espontaneamente no veículo, e do crime de integrar organização criminosa, por ausência de configuração dos elementos essenciais do tipo penal, pois não basta o concurso de agentes, sendo indispensável a verificação concreta da associação estruturada e com divisão de tarefas, bem como a vantagem obtida, sendo que negaram serem envolvidos com a facção criminosa "PCC" (Primeiro Comando da Capital).

Por fim, todos pediram o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, por não terem restado configuradas, bem como porque o motivo foi pessoal, já que a vítima teve participação na morte de um parente de Gabriel (f. 1825-1836).

Em contrarrazões, o órgão ministerial requereu o improvimento dos recursos (f. 1848-1866).

Em juízo de retratação, o magistrado manteve a decisão (f. 1869).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 1902-1910).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia que:

> *"Entre os dias 13 e 14 de fevereiro de 2018, em um barraco situado na Rua Paco, 26, último barraco do lado direito ao final da travessa, com acesso pela Rua Betóia, Bairro Mário Covas, em Campo Grande-MS, os denunciados acima nominados, agindo em comunhão de desígnios e com um fim em comum, privaram da liberdade, mediante sequestro e posterior cárcere privado, a vítima John Hudson do Santos Marques, vulgo 'John John', concorrendo todos com a morte de aludida vítima, ocorrida no dia 14 de fevereiro de 2018, período noturno, em uma estrada vicinal próxima ao município de Terenos-MS, na BR-262, entrada Meurer Mudas, final da Rua próximo à quadra 04, lote 17, ocasião em que o denunciado Gabriel Rondon da Silva (vulgo 'Biel' ou 'BMW') e o denunciado Tiago Rodrigues de Souza (vulgo 'Sincero'), efetuaram disparos de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe a morte.*
>
> *(...)*
>
> *I - Do sequestro e cárcere privado*
>
> *Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 13 de fevereiro de 2018, por volta das 23h00min, na Rua José Barbosa Rodrigues, nº 284, Residencial Búzios, nesta Capital, os denunciados Gabriel Rondon da Silva (vulgo 'Biel' ou 'BMW'), Tiago Rodrigues de Souza (vulgo 'Sincero'), Wellington Felipe dos Santos Silva (vulgo 'Piranha') e Leonardo Caio dos Santos Costa (vulgo 'Apolo') sequestraram John Hudson do Santos Marques, vulgo 'John John', o conduzindo até o barraco localizado na Rua Paco, 26, último barraco do lado direito ao final da travessa, com acesso pela Rua Betóia, Bairro Mário Covas, em Campo Grande-MS.*
>
> *(...)*
>
> *II - Do 'julgamento' da vítima*
>
> *Apurou-se durante a investigação que a vítima John Hudson do Santos Marques, vulgo 'John John', foi acusada pelos denunciados de estar envolvida com a facção criminosa*

rival ao 'PCC', denominada 'Comando Vermelho - CV', motivo pelo qual foi mantida em cárcere no local apontado, oportunidade em que foi interrogada durante todo o período denominado no mundo do crime como 'condução', até que fosse 'julgada' e 'sentenciada' pelas lideranças da primeira organização criminosa, que realizavam 'conferências' telefônicas com os denunciados e a vítima, de dentro do sistema carcerário.

III - Da 'execução' da sentença de morte

Definida 'a pena' a ser aplicada contra a vítima John Hudson do Santos Marques, vulgo 'John John', na noite de 14 de fevereiro de 2018 os denunciados Gabriel Rondon da Silva (vulgo 'Biel' ou 'BMW'), Tiago Rodrigues de Souza (vulgo 'Sincero'), Wellington Felipe dos Santos Silva (vulgo 'Piranha'), Leonardo Caio dos Santos Costa (vulgo 'Apolo') e Elionai Oliveira Emiliano (vulgo 'Coringa') transportaram a vítima até a estrada vicinal próxima ao município de Terenos-MS, na BR-262, entrada Meurer Mudas, final da rua, próximo à quadra 04, lote 17.

(...)

IV - Da motivação do crime

Consta dos autos que a motivação do homicídio foi torpe, visto que a vítima John Hudson do Santos Marques foi executada porque estaria envolvida com o 'Comando Vermelho - CV', facção criminosa rival ao 'Primeiro Comando da Capital PCC .

V - Da redução da capacidade de defesa da vítima

O modus operandi adotado na execução da vítima também qualifica o homicídio, posto que John Hudson do Santos Marques foi morto enquanto estava completamente rendido e totalmente à mercê dos denunciados, sem que pudesse esboçar qualquer reação a impedir a prática delitiva, caracterizando a utilização de recurso que dificultou a defesa do ofendido.

VI - Da destruição do cadáver

Após a vítima sofrer os disparos de arma de fogo que foram a causa de sua morte, o denunciado Elionai Oliveira Emiliano (vulgo 'Coringa'), utilizando-se de uma faca fornecida pelo denunciado Maycon Ferreira dos Santos (vulgo 'De Menor'), bem como agindo em unidade de desígnios com os demais denunciados, decapitou o cadáver de vítima John Hudson do Santos Marques, separando assim por completo a cabeça do restante do corpo.

VI - Da organização criminosa

Consta também que os denunciados são integrantes da organização criminosa 'Primeiro Comando da Capital- PCC' e estavam associados com a finalidade específica de cometer crimes.

A investigação revela que no local que foi utilizado como 'cantoneira' a vítima foi interrogada pelos integrantes da organização criminosa, tanto presentes, como por integrantes que estavam dentro de presídios.

Necessário ressaltar que os denunciados, interagentes da organização criminosa Primeiro Comando da Capital PCC, tinham consciência de que a vítima foi sequestrada e mantida em cárcere para fins de interrogatório e 'julgamento', sendo de conhecimento de todos os envolvidos que a 'sentença' de John Hudson dos Santos Marques seria a morte, como de fato foi.

(...)."

Leonardo Caio dos Santos Costa, Maycon Ferreira dos Santos, Gabriel Rondon da Silva, Tiago Rodrigues de Souza, Elionai Oliveira Emiliano, qualificados nos autos, foram pronunciados como incursos nos arts. 121, § 2º, I e IV; 148 e 211, do Código Penal, bem como art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13 (f. 1755-1766).

Leonardo e Maycon pedem o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima por não terem restado configuradas, já que não agiram por motivo desprezível ou repugnante e não tinham conhecimento do que ocorreria com a vítima, a qual era traficante, pessoa temida na região onde morava, acostumada a situações adversas (f. 1807-1821).

Tiago pede a impronúncia do homicídio sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria (art. 414, CPP), já que as testemunhas policiais caíram em contradição e nenhuma testemunha o viu praticando o crime. Gabriel, Tiago e Elionai pedem a impronúncia do crime de sequestro, por ausência de provas da existência do fato, considerando que a vítima adentrou espontaneamente no veículo, e do crime de integrar organização criminosa, por ausência de configuração dos elementos essenciais do tipo penal, pois não basta o concurso de agentes, sendo indispensável a verificação concreta da associação estruturada e com divisão de tarefas, bem como a vantagem obtida, sendo que negaram serem envolvidos com a facção crimonsa "PCC" (Primeiro Comando da Capital). Por fim, todos pediram o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, por não terem restado configuradas, bem como porque o motivo foi pessoal, já que a vítima teve participação na morte de um parente de Gabriel (f. 1825-1836).

Dos pedidos de impronúncia

É assente que para a prolação da decisão de pronúncia basta a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação, nos termos do que dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal, não sendo necessário um juízo de convencimento definitivo, como na prolação de um decreto condenatório.

A materialidade do fato delituoso está demonstrada principalmente pelos autos de exibição e apreensão (f. 16, 113, 225, 290), fotografias (f. 18-22), laudos de exame de corpo de delito – exame necroscópico e retificação do laudo de exame necroscópico (f. 358-366 e 934-343), laudo pericial – exame de corpo de delito em local de morte violenta (f. 367-384), laudo de exame em armas de fogo (f. 439-444), laudo de exame de vínculo genético (DNA) (f. 927-931).

A autoria do fato delituoso pode ser extraídas dos relatórios de investigação e de identificação, autos de reconhecimentos fotográficos, declarações das testemunhas, bem como dos investigadores de Polícia (f. 190-196 e 1093), confissões e delações extrajudiciais de Mackson, Gabriel, Wellington, Thiago e confissões e delações judicais de Gabriel, Maycon, Elionai (f. 1544), laudo pericial de exame pericial de equipamento computacional portátil, onde foi encontrado um arquivo de mídia (vídeo) de corpo da vítima durante sua execução (f. 1105-1119).

Analisando os autos, extrai-se que há indícios de que todos os recorrentes Gabriel, vulgo "Biel" ou "BMW", Tiago, vulgo "Sincero", Elionai, vulgo "Coringa" Leonardo, vulgo "Apolo", Maycon, vulgo "De Menor", além dos corréus Mackson, vulgo "Dentinho" ou "Bugue" e Wellington, vulgo "Piranha", ou seja, 07 acusados, integravam a organização criminosa "PCC" (Primeiro Comando da Capital) e, agindo em comunhão e em unidade de desígnios, sequestraram a vítima John (vulgo "John John"), por ser integrante da facção criminosa rival "CV" (Comando Vermelho) e traficante de drogas, a mantiveram em cárcere privado em um barraco (chamado de "Cantoneira" - pertencente a Mackson e arranjada por seu irmão Maycon) no Bairro Mário Covas, local em que ela foi julgada e "sentenciada" à morte, por lideranças do "PCC", internos do estabelecimento penal, via conferência telefônica.

Há indícios também de que, após isto, por volta das 19 horas do dia 14/02/18, a vítima foi levada para uma estrada na área rural próxima ao município de Terenos-MS (f. 367-384), no veículo de Wellington (era o motorista), local em que Gabriel teria efetuado-lhe um disparo de arma de fogo, atingindo-a na parte posterior da cabeça (laudo de f. 934-943), Tiago teria efetuado o segundo disparo, e, Elionai teria procedido a sua decapitação, cuja faca foi repassada por Maycon, ainda no barraco.

Consta, ainda, que o corréu Wellington teria filmado a execução da vítima (laudo de f. 1105-1119) e o recorrente Leonardo teria supervisionado toda a ação.

Desta forma, diante de uma análise superficial dos autos, até mesmo por ser incabível neste fase uma análise profunda do conjunto probatório e o ingresso no mérito, constata-se que deve ser mantida a pronúncia de todos os acusados pela prática do homicídio qualificado, sequestro/cárcere privado, bem como por integrarem organização criminosa.

Como as infrações previstas nos arts. 148 do Código Penal e 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13 ocorreram no mesmo contexto fático do homicídio, ou seja, nas mesmas circunstâncias de tempo, resta patente a conexão, prevalecendo a competência do Tribunal do Júri para julgá-los.

A respeito, o STJ:

> *"OMISSÃO NO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TESES APRECIADAS E DECIDIDAS PELO TRIBUNAL A QUO – INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 619, DO CPP – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.*
>
> *1. Não há que se falar em violação ao art. 619, do Código de Processo Penal quando o Tribunal a quo, mesmo que de forma sucinta, aprecia as teses da defesa, até porque no momento da pronúncia é vedada a incursão aprofundada no mérito da causa, sob pena de invasão da competência constitucional do Tribunal do Júri."* (STJ, REsp 1171788/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).
>
> *"CRIMINAL – HC – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRONÚNCIA – CONEXÃO – PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – O RÉU SE DEFENDE DOS FATOS – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA – INOCORRÊNCIA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – NULIDADE NÃO CONFIGURADA – CONVICÇÃO DO MAGISTRADO FORMADA POR OUTRO ELEMENTOS PROBATÓRIOS – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO LAUDO NO JULGAMENTO PELO JÚRI – ORDEM DENEGADA.*
>
> *Hipótese em que se alega ausência de correlação entre a denúncia e sentença de pronúncia, incompetência do Tribunal do Júri para apreciação do delito imputado ao réu, violação a parte final do art. 410 do CPP por inexistência da abertura de novo prazo à defesa e falta de materialidade para o delito descrito no art. 10, caput da Lei nº 9.437/96.*
>
> *O acusado defende-se dos fatos apontados na denúncia e não da tipificação nela aposta, sendo que, neste ponto, a exordial acusatória delineou claramente a conduta do acusado, que portava arma de fogo, não restando sua defesa em nada prejudicada.*
>
> *Reconhecida a conexão entre os delitos deve prevalecer a competência do júri sobre a de outro órgão da jurisdição comum.*
>
> *Não comprovada a alegação de ausência de intimação da sentença de pronúncia, não resta demonstrado qualquer prejuízo à Defesa que exerceu suas atribuições plenamente, inclusive interpondo o recurso em sentido estrito contra a sentença de pronúncia.*
>
> *Não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo objetivamente comprovado para a defesa.*
>
> *É imprópria a alegação de nulidade em razão da ausência de laudo pericial na prolação da sentença de pronúncia, se o decisum foi suficientemente fundamentado quanto à caracterização da materialidade e autoria do delito, sobressaindo a convicção do julgador embasada em outros elementos probatórios.*
>
> *Correta a decisão do Magistrado quando utiliza em sua decisão elementos presentes nos autos para a comprovação da materialidade do crime, tais como o próprio interrogatório do réu, as declarações da vítima e das testemunhas.*
>
> *V. Ordem denegada."* (HC 57.116/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 501).

Nesse sentido, também já decidiu este Sodalício:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE IMPRONÚNCIA E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E ADMISSÃO DA QUALIFICADORA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *A pronúncia se caracteriza por um exame superficial do elenco probatório e, nesse contexto, havendo dúvidas razoáveis quanto à versão defensiva, torna-se necessário sujeitar o réu a julgamento pelo soberano Tribunal Popular, em homenagem ao princípio in dubio pro societate.*
>
> *Em regra, as qualificadoras devem ser levadas ao plenário, só podendo serem suprimidas à apreciação do Júri quando totalmente descabidas e dissociadas do conjunto probatório, em homenagem ao princípio in dubio pro societate, o que não ocorreu no caso em apreço. Assim, havendo indícios de que a crime ocorreu em razão de discussão entre as partes por dívida, mantém-se a qualificadora do motivo fútil.*
>
> *Para que se justifique a impronúncia, sob o argumento da negativa de autoria, é necessária total ausência de indícios de autoria, que possa ser identificada de maneira fácil pelo Juiz da causa criminal. Havendo mínimo indício de autoria, como na espécie, deve ser o réu ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri."* (TJMS, Relator Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito - Nº 0001740-62.2010.8.12.0024, j. 14/01/13).
>
> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – ALMEJADA NULIDADE DO DECISUM – AUSÊNCIA DO DISPOSITIVO DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL – MERA IRREGULARIDADE – NORMA EXPRESSAMENTE NARRADA NA DECISÃO – AMPLA DEFESA EXERCIDA NA SUA PLENITUDE – REJEITADA – PEDIDO DE IMPRONÚNCIA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATIS – PRESENÇA DO ANIMUS NECANDI – DECISÃO MANTIDA – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORAS – MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES QUE NÃO SE MOSTRAM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES – NÃO ACOLHIMENTO – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SEGREGAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (...) Restando suficientemente demonstradas nos autos a materialidade e a autoria delitiva, bem como havendo fortes indícios de que os réus tenham agido com animus necandi ao investir contra a vítima, ceifando-lhe a vida com diversos golpes de faca, necessário se faz o julgamento pelo Tribunal Popular, em obediência ao princípio do "in dubio pro societatis", não havendo falar em impronúncia.*
>
> *É pacífico na jurisprudência que as qualificadoras mencionadas na denúncia só devem se decotadas da pronúncia quando manifestamente improcedentes. (...)."* (TJMS, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, 2ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito nº 1600067-33.2012.8.12.0000, j. 17/12/12).
>
> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO, SEQUESTRO E CÁRCERE E QUADRILHA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA AUTORIA – PRETENSA EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DOS DELITOS CONEXOS – MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – NÃO PROVIDO.*
>
> *Inexistindo prova inequívoca para a absolvição, impronúncia ou desclassificação, aplica-se o princípio in dubio pro societate, cabendo ao Júri a avaliação e comparação dos elementos e do contexto como um todo, proferindo julgamento de mérito e optando pelo que lhes parecer mais verossímil e adequado.*

Não prospera a pretensa descaracterização das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, que neste momento processual, somente poderia ocorrer se houvesse prova cabal que as desconstituíssem, pois sabidamente, na fase da pronúncia, deve tão somente ser analisada a admissibilidade ou não da acusação, sem imiscuir-se no mérito da causa. No caso dos autos, na forma como se deram os fatos, não há como afastá-las de plano. Assim, ao juiz monocrático cabe tão somente proclamar admissível ou não a acusação, sem contudo invadir o mérito da causa, o que se dá em homenagem ao princípio constitucional do juiz natural, que, em casos tais, é o Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, "d"). (...)" (TJMS, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, 1ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito nº 0003148-89.2012.8.12.0001, j. 11/03/13).

Dos pedidos de afastamento das qualificadoras

Por ser admissível, diante das circunstâncias, o reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, pois há indicativos de que o crime foi cometido por guerra de facções criminosas, ou seja, porque a vítima John integrava o Comando Vermelho que é rival do Primeiro Comando da Capital, bem como que os acusados simularam uma compra de drogas com a mesma, a fim de sequestrá-la e levá-la ao cativeiro, depois efetuando-lhe disparo de arma de fogo na parte posterior de cabeça (f. 934-943), enquanto estava rendida por vários acusados, causando-lhe a morte, compete ao Conselho de Sentença, julgá-las, não se justificando subtrair-lhe a competência.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

"QUALIFICADORAS – ART. 121, § 2°, I, IV E V, DO CP – EXCLUSÃO – INCOMUNICABILIDADE – COGNIÇÃO SUPERFICIAL – COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA.

1. Somente é possível a exclusão de qualificadoras em sede de pronúncia quando é visível a sua improcedência, haja vista a soberania do Tribunal do Júri na apreciação das provas dos autos.

(...)

5. Recursos especiais desprovidos." (STJ, REsp 1171788/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

"CRIMINAL – RESP. HOMICÍDIO QUALIFICADO – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. Circunstância qualificadora só pode ser excluída da sentença de pronúncia quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes – o que não se vislumbra in casu, eis que o acórdão não se apoiou em elementos aptos a excluir, de plano, a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima. II. Em caso de incerteza sobre a situação de fato – ocorrência ou não de qualificadora – a questão deverá ser dirimida pelo Tribunal do Júri, o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. III. Recurso conhecido e provido, para determinar a inclusão, na pronúncia, a qualificadora prevista no inc. IV do § 2.º, do art. 121, do CP." (REsp 907.841/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 683).

"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – VINGANÇA – MOTIVO TORPE – MEIO CRUEL – RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – INCOMUNICABILIDADE – COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA – EXCLUSÃO – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA. Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme já decidido por esta Corte." (HC 94.311/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/11/2009, DJe 15/12/2009).

Em conclusão, não há qualquer corrigenda a ser feita na sentença de pronúncia, que analisou adequadamente todas as questões pertinentes para essa fase processual.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos defensivos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos recursos defensivos, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

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 Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 16 de julho de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Recurso em Sentido Estrito nº 0019861-66.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTOS PELAS DEFESAS – ABORTO COM CONSENTIMENTO DA GESTANTE QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E TRÁFICO DE DROGAS – PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO OU IMPRONÚNCIA – INVIABILIDADE – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – ART. 413 DO CPP – MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO – NÃO PROVIMENTO, COM O PARECER.

No procedimento do Tribunal do Júri, por ocasião da fase de formação da culpa, apenas é possível a não pronúncia quando, de plano, for possível constatar que as acusações apresentadas são infundadas/improcedentes, do contrário, havendo prova da materialidade e indícios de autoria delitiva, a questão deve ser submetida à apreciação do Tribunal Popular.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento aos recursos, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de agosto de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

S. F. R., G. V. M., V. M. F. e P. E. M., todos qualificados nos autos, foram denunciados pela prática dos delitos de aborto com consentimento da gestante qualificado pela lesão corporal grave, ocultação de cadáver e tráfico de drogas, pois, segundo a peça acusatória, teriam se associado para o fim de cometer aborto na menor T. D. F. A., filha da acusada V.

Após regular instrução processual do feito, em sua primeira fase, o magistrado da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Capital pronunciou os réus, acolhendo parcialmente a pretensão acusatória deduzida na denúncia.

S. foi pronunciado como incurso no art. 126 (aborto com o consentimento da gestante) c/c art. 127 (forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave), ambos do Código Penal; art. 211 (ocultação de cadáver) do Código Penal; e no art. 33 (tráfico de drogas) c/c art. 40, III (nas imediações de local de trabalho coletivo – camelódromo de Campo Grande), ambos da Lei n.º 11.343/2006.

G. restou pronunciada como incursa no art. 33 (tráfico de drogas) c/c art. 40, III (nas imediações de local de trabalho coletivo – camelódromo de Campo Grande), ambos da Lei n.º 11.343/2006.

V. foi pronunciada no art. 126 (aborto com o consentimento da gestante) c/c art. 127 (forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave), ambos do Código Penal.

P. foi pronunciado pelo art. 33 (tráfico de drogas) c/c art. 40, III (nas imediações de local de trabalho coletivo – camelódromo de Campo Grande), ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Em suas razões recursais, S. (f. 1775-1787), G. (f. 1789-1801), V. (f. 1803-1808) e P. (f. 1867-1874), postulam suas absolvições, sob alegação de insuficiência de provas de autoria e/ou materialidade delitiva, ou a impronúncia; V. requer, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de aborto provocado pela gestante, art. 124 do Código Penal.

Contrarrazões do MP às f. 1819-1828, f. 1829-1838, f. 1839-1854 e f. 1884-1891.

Parecer pelo não provimento dos recursos, f. 1921-1929.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Segundo a denúncia, em 14 de março de 2017, por volta das 21 horas, na rua Itaguassu, n.º 190, Bairro Guanandi, nesta Capital, V. M. F., em conluio e unidade de desígnios com S. F. R. J., G. V. M. e P. E. M., provocaram aborto com o consentimento da gestante T. D. F. A., filha de V.

Em conformidade com a peça acusatória, os recorrentes V., S. e G., adquiriram droga (medicamento abortivo) sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nos dias 8 e 14 de março de 2017, do acusado P., e entregaram a menor T., induzindo-a a praticar aborto.

Ainda de acordo com a acusação, S. enterrou o feto expelido por T. no quintal da residência.

Regularmente processado o feito em sua primeira fase, sobreveio a sentença de f. 1702-1756, que pronunciou os acusados nos seguintes termos: S. como incurso no art. 126 (aborto com o consentimento da gestante) c/c art. 127 (forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave), ambos do Código Penal; art. 211 (ocultação de cadáver) do Código Penal; e no art. 33 (tráfico de drogas) c/c art. 40, III (nas imediações de local de trabalho coletivo), ambos da Lei n.º 11.343/2006; G. no art. 33 (tráfico de drogas) c/c art. 40, III (nas imediações de local de trabalho coletivo), ambos da Lei n.º 11.343/2006; V. no art. 126 (aborto com o consentimento da gestante) c/c art. 127 (forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave), ambos do Código Penal; e P. no art. 33 (tráfico de drogas) c/c art. 40, III (nas imediações de local de trabalho coletivo), ambos da Lei n.º 11.343/2006.

Nas razões dos recursos em sentido estrito, os réus postulam suas absolvições, sob alegação de insuficiência de provas de autoria e/ou materialidade delitiva, ou a impronúncia; V. requer, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de aborto provocado pela gestante, art. 124 do Código Penal.

Passo à apreciação dos recursos.

Como é sabido, o sistema processual penal brasileiro adota duas fases distintas para o processamento dos crimes dolosos contra a vida: a primeira, denominada de *jus accusationis*, tem objetivo voltado ao juízo de admissibilidade da acusação; já a segunda, conhecida como *judicium causae*, é destinada a julgar o mérito propriamente dito da ação penal.

A par disso, é possível 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 a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, tal como estabelece o art. 413 do CPP. 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.

Nesta ordem de ideias, a sentença de pronúncia nada mais é do que uma decisão de admissibilidade da acusação, quando presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação, cabendo o julgamento do *meritum causae* ao Tribunal do Júri.

Quer isto dizer que, havendo ao menos probabilidade de procedência das acusações formuladas pelo Ministério Público, ou seja, apresentando-se verossímeis as alegações contidas na denúncia, não é dado ao juiz togado subtrair a competência constitucional do júri para análise e julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Assim, apenas é possível a não pronúncia (impronúncia, absolvição sumária, desclassificação) daquele a quem se imputa um crime doloso contra a vida quando, de plano, for possível constatar que as acusações apresentadas são infundadas/improcedentes, devendo tal conclusão ser facilmente extraída da análise perfunctória dos elementos de convicção coligidos aos autos, sem grande exercício mental, pois do contrário, havendo mínima indicação de que o sujeito tenha praticado o delito, em outras palavras, havendo mínima probabilidade de procedência da denúncia, cabe ao juiz natural (júri) a análise da questão. Nesta fase procedimental, o magistrado deve, tão somente, proclamar admissível ou não a acusação, sem invadir o mérito da causa.

No caso em tela, após bem ver e examinar todos elementos contidos no processo, conclui-se pela existência de elementos a indicar que os recorrentes, cada qual na medida de suas condutas e tipos penais, possivelmente, tenham praticado os delitos de aborto, ocultação de cadáver e tráfico de drogas descritos na inicial acusatória.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada nos autos, através do boletim de ocorrência de f. 20, laudo de exame no local dos fatos de f. 111-118, relatório de necrópsia de f. 976-977, além das demais peças informativas colhidas na fase investigativa e da prova judicial.

No que se refere à autoria, outrossim, existem elementos que amparam os indícios que recaem sobre os recorrentes, S. quanto aos crimes de aborto, ocultação de cadáver e tráfico, G., tráfico, V., aborto, e, P., tráfico.

Ouvida em juízo, a gestante T. D. F. A. que sofreu/praticou o aborto, filha da acusada V., afirmou que sua genitora comprou-lhe o medicamento *Cytotec*, em que pese tenha afirmado que realizaria o aborto independentemente do auxílio de sua mãe; confirmou que esta a auxiliara na compra do medicamento. (f. 1145-1146)

A testemunha W. D. de S. F., namorado de T. (pai da criança que ela gestava), declarou em audiência judicial que ficou sabendo do aborto após sua ocorrência; que T. estava muito nervosa com a gravidez, muito apreensiva e preocupada em relação a sua mãe (V.); que T. lhe disse que se sua mãe soubesse da gravidez ela teria que abortar; que T. passou a dizer que era muito nova para ter um filho, que pretendia fazer faculdade, e que se tornar mãe tão jovem atrapalharia; que disse a T. que ele criaria o filho junto com sua mãe (avó paterna); que após a realização do aborto T. lhe telefonou chorando informando que tinha perdido o bebê; que não acreditou, sabendo que ela tinha realizado o aborto, avisou sua mãe que acionou a polícia. (f. 1145-1146)

V., em seu interrogatório judicial, noticiou que ficou sabendo da gravidez de sua filha um dia antes de viajar; que T. já estava se submetendo a procedimentos abortivos; que sugeriu à T. que procurasse o coacusado S. para buscar auxílio; que acompanhou T. durante a ingestão do medicamento *Cytotec* e a expulsão do feto; que não obrigou T. a adotar qualquer procedimento; que não insistiu para que o S. adquirisse medicamentos abortivos. (f. 1423)

S., em interrogatório judicial, afirmou que V. o procurou para obter medicamentos abortivos para sua filha T.; que V. lhe indicou procurar a acusada G., enfermeira da Santa Casa, a qual poderia intermediar a negociação; que G. lhe apontou uma pessoa no camelódromo, o acusado P., e então adquiriu o medicamento; que entregou os medicamentos para V. e foi embora; que não foi P., também conhecido como F., quem lhe entregou o medicamento, tendo indicado uma "rodinha" onde estavam várias pessoas e ali adquiriu o fármaco; que comprou quatro comprimidos por R$ 500,00; que foi V. quem lhe repassou o dinheiro. (f. 1374-1375)

Além disso, T. narrou que S., desde o início, sabia de sua intenção em praticar o aborto e foi quem a auxiliou a enterrar o corpo no quintal da residência logo após expelir o feto.

A gestante T. afirmou que procurou sozinha por métodos abortivos. Afirmou que sua genitora comprou-lhe o medicamento *Cytotec*. Teria entrado em contato com S., que teria entrado em contato com G., fim de obter o medicamento.

G., em audiência judicial, declarou que S. entrou em contato com ela, aduzindo que sua irmã precisava comprar um medicamento; que o levou até as imediações do camelódromo e indicou a pessoa de F. (nome correto do acusado P.) como alguém que talvez pudesse fornecer-lhe o medicamento; que deu a volta no quarteirão e apanhou-lhe após ele comprar os medicamentos; que, posteriormente, S. entrou novamente em contato com ela, afirmando que o procedimento abortivo não tivera sucesso; assim retornaram ao camelódromo para efetuar a compra de mais medicamentos; que não sabia das intenções de V. ou qualquer outro detalhe em relação ao aborto cometido, acreditando que o remédio era para irmã de S. (f. 1423)

P., pronunciado apenas quanto ao delito de tráfico, foi aquele quem G. indicou a S. como a possível pessoa que teria o medicamento abortivo para vender; embora P. tenha negado em juízo (f. 1375), os elementos apontam para a prática deste delito.

G. declarou quem em uma oportunidade necessitou usar o *Cytotec* que foi P. quem lhe forneceu, por isso, o indicou a S.; S. declarou que procurou P. no camelódromo e, embora este não tenha lhe vendido o abortivo, o encaminhou em direção a algumas pessoas, uma "rodinha", onde adquiriu o fármaco de um desconhecido.

Com base em tais elementos não é possível absolver/impronunciar referido acusado, cabendo a juiz natural da causa, o júri, examinar a questão.

Não bastasse todos os elementos acima apontados, pela excelência de seus fundamentos, utilizo como razões complementares de decidir um trecho do bem lançado parecer ministerial, *in verbis*:

> *"Em depoimento judicial, o recorrente S. relatou que, compelido pela recorrente V., contatou a recorrente G. na intenção de conseguir um medicamento abortivo. Afirmou que G. o levou até as imediações do 'camelódromo' e indicou a pessoa de P., dizendo que ele saberia quem vendia o medicamento. Ainda informou que, em ambas as vezes que adquiriu o medicamento, o entregou a V.*
>
> *Da mesma forma, a gestante T. relatou, em Juízo, que S. foi até sua residência entregar o medicamento. Além disso, narrou que a mãe V. esteve com ela a todo momento, acompanhando a filha durante o processo abortivo.*
>
> *A recorrente G. afirmou, em seu depoimento judicial, que foi contatada por S. para conseguir a medicação. Nas duas vezes em que S. precisou do abortivo, G. afirmou que o levou até P.. Ainda narrou que conheceu P. em razão de ter precisado do mesmo medicamento em momento anterior.*
>
> *Quando ouvida em juízo, a recorrente V. negou ter contatado S. para compra do medicamento, alegando que a filha foi quem entrou em contato com ele, e este deixou o remédio na sua casa enquanto estava viajando com o namorado.*
>
> *Todavia, admitiu que acompanhou todo o processo de aborto da filha, não se opondo em momento algum à prática delituosa, deixando, inclusive, o dinheiro referente à segunda compra do medicamento em casa para que T. resolvesse a situação.*
>
> *Em que pese a alegação defensiva de que não há certeza se o medicamento se trata de 'Cytotec', todos os recorrentes, bem como a gestante, confirmaram que a menor fez uso de tal medicamento.*
>
> *Ademais, a testemunha W. D. afirmou em juízo que a menor tinha medo de contar da gravidez para a mãe, dizendo em vários momentos que, se ela soubesse, obrigaria-a a abortar.*

Ressalta-se que na fase da pronúncia o juiz realiza um mero juízo de admissibilidade, sendo necessária a presença de materialidade e indícios de autoria, os quais, por todos os outros elementos já mencionados, mostram-se presentes.

Diante de todo o exposto, temos que não há como acolher os pleitos pela impronúncia, sob a alegação de ausência de provas, uma vez que todo o conjunto probatório comprova que há indícios suficientes da prática dos crimes de aborto, tráfico de drogas e ocultação de cadáver pelos recorrentes, os quais, inclusive, deixaram claro a todo momento que o medicamento foi adquirido e que a menor ingeriu as pílulas, abortando o feto.

(...)

Em relação ao pleito da recorrente V. para a desclassificação do aborto com o consentimento da gestante, previsto no artigo 126 do CP, para aborto provocado pela gestante, previsto no artigo 124 do mesmo diploma, temos que da mesma forma não merece guarida, uma vez que restou demonstrado ter obrigado sua filha T. a ingerir o medicamento."

Todos esses aspectos revelam a plausibilidade da tese deduzida pelo Ministério Público na denúncia, acolhida parcialmente na decisão de pronúncia, sendo possível que os recorrentes sejam os responsáveis pelos delitos imputados, V., aborto; S., aborto, ocultação de cadáver e tráfico de drogas, e G. e P., tráfico; o que será melhor e definitivamente examinado por ocasião do julgamento pelo Tribunal do Júri, inclusive quanto às teses defensivas deduzidas.

Correta, portanto, a sentença ao proclamar admissível a acusação, sem invasão ao mérito da causa, uma vez que presentes a materialidade dos fatos e indícios suficientes das autorias, nos exatos termos do que dispõe a norma do art. 413 do CPP.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL – PRONÚNCIA – MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – INOCORRÊNCIA. 1. A decisão de pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo certeza, mas tão somente o exame de prova da materialidade e de indícios da autoria. 2. No caso, não há nenhuma ilegalidade na sentença de pronúncia que apresentou fundamentação suficiente, dentro dos estreitos limites o artigo 413, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, para submeter o ora agravante a julgamento pelo Tribunal do Júri, mormente quanto à qualificadora do motivo torpe. 3. Inexistente a nulidade por excesso de linguagem, visto que as instâncias ordinárias limitaram-se a descrever os fatos e a apontar os indícios de participação do acusado no crime, não emitindo qualquer juízo de valor capaz de influir no ânimo dos integrantes do Conselho de Sentença. 4. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg no AREsp 528.626/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª Turma, j. 20/10/2015)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIO – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA – REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O acolhimento da tese recursal, no sentido de que o acusado teria desistido voluntariamente de prosseguir na prática delituosa, implicaria o necessário reexame do contexto fático probatório, o que não se admite na via do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. 2. É a pronúncia reconhecimento de justa causa para a fase do júri, com a presença de prova da materialidade de crime doloso contra a vida e indícios de autoria, não representando juízo de procedência da culpa. 3. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no AREsp 815.615/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 15/03/2016)

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – (...) – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.1. No procedimento do Tribunal do Júri, a

> *absolvição sumária é admitida somente quando o denunciado fizer prova precisa, completa e indiscutível da causa de exclusão de crime cuja presença declarou existir. Havendo qualquer dúvida sobre a participação dos agentes, deve o réu ser pronunciado, no sentido de que seja submetido a julgamento perante o Tribunal Popular, que terá a responsabilidade de analisar essa questão. Esse entendimento está em plena sintonia com o princípio do 'in dubio pro societate', cujas premissas são dominantes na fase inicial do procedimento especial do júri. (...)".* (TJMS, Rese 0002878-94.2014.8.12.0001, Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 2ª Câmara Criminal, minha relatoria, j. 09/05/2016)

Logo, não há falar em absolvição sumária ou impronúncia de nenhum dos recorrentes.

Finalizando, devo destacar que as provas coligidas apontam para indícios suficientes de autoria da prática do crime de aborto com o consentimento da gestante praticado pela acusada V., sendo que referidos elementos demonstraram, em tese, que teria forçado/obrigado sua filha T. a ingerir o medicamento, não podendo, neste momento, ser desclassificada a conduta para partícipe no crime de aborto provocado pela própria gestante (art. 124 do CP).

Forte em tais razões, não obstante os argumentos das combativas defesas e ponderada a razoabilidade da tese acusatória, devidamente balizada na decisão de pronúncia, cabe aos jurados, na exata manifestação de sua soberania constitucional, julgar os fatos, sendo medida imperativa a submissão do recorrente a julgamento pelo Tribunal do Júri, na esteira do devido processo legal.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos recursos, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

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, 13 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0027256-80.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FALSIDADE IDEOLÓGICA – ATIPICIDADE FORMAL E MATERIAL – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO DOLO – ABSOLVIÇÃO IMPOSITIVA – RECURSO PROVIDO.

A caraterização formal do crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP) exige que a declaração (omitida, inserida ou que se fez inserir) recaia sobre fato juridicamente relevante, o que não ocorre com a aposição de assinatura em documento claramente burocrático, de natureza essencialmente cadastral e que, por se destinar tão somente a dar o primeiro passo no processo de obtenção da primeira habilitação, poderia perfeitamente dispensar a firma do requerente no formulário.

É incogitável a existência de ofensa jurídica relevante ao bem jurídico tutelado (fé-pública) pelo tipo penal de falsidade ideológica se, afora as assinaturas, todas as demais informações constantes do pedido se mostraram verdadeiras e foram ratificadas pelos respectivos solicitantes, sem que houvesse qualquer tipo de benefício ao acusado ou a seus alunos, os quais foram submetidos e aprovados em cada um dos exames regulares exigidos para obtenção da carteira de motorista, ou seja, exatamente como se os próprios tivessem assinado os referidos documentos.

Superada a atipicidade da conduta, o édito condenatório ainda encontraria óbice no campo probatório, insuficiente quanto ao dolo específico que o tipo penal exige do agente, a fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

A condenação exige, sob o império da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, não frágeis indícios da prática delitiva denunciada, mas sim conjunto probatório robusto, que seja suficiente para destruir as hipóteses defensivas, bem como afastar as dúvidas razoáveis.

Absolvição impositiva.

Recurso provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

João Batistella, intermediado por advogado constituído, interpõe apelação criminal (f. 471-481) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (444-456), que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, mais 30 dias-multa, à

razão unitária mínima, pela prática, por três vezes, do crime tipificado no art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

Pede a defesa, em suma, a absolvição por erro de proibição, ausência de dolo e aplicação do princípio da insignificância. Mantida a condenação, pede a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

As contrarrazões ministeriais (f. 490-497) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 502-515) vertem-se pela manutenção da sentença.

Caso não prevaleça o seu entendimento, a PGJ elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (f. 498).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

João Batistella, intermediado por advogado constituído, interpõe apelação criminal (f. 471-481) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (f. 444-456), que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, mais 30 dias-multa, à razão unitária mínima, pela prática, por três vezes, do crime tipificado no art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

Narrou a acusação os seguintes fatos delituosos:

> *"(...) Do primeiro crime de falsidade ideológica*
>
> *1. No dia 28.08.2012, em local e horário indeterminado, nesta cidade de Campo Grande, MS, o denunciado João Batistella, sendo diretor e instrutor do Centro de Formação de Condutor 'Auto Escola Campo Grande', situado na Rua 13 de Maio, n.1745, nesta capital, inseriu declaração falsa em documento público (RENACH n. MS816305331, documento de f. 07) com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.*
>
> *2. Na ocasião dos fatos, o denunciado preencheu com seu próprio punho o campo destinado à assinatura de Luan Patricki Rodrigues da Silva, como se ele fosse, a fim de dar andamento ao processo de obtenção da Carteira Nacional de Habilitação da referida pessoa no DETRAN-MS (cf. Laudo Pericial f. 10-15).*
>
> *Do segundo crime de falsidade ideológica*
>
> *3. No dia 17.01.2013, em local e horário indeterminado, nesta cidade de Campo Grande, MS, o denunciado João Batistella, sendo diretor e instrutor do Centro de Formação de Condutor 'Auto Escola Campo Grande', situado na Rua 13 de Maio, n. 1745, nesta capital, inseriu declaração falsa em documento público (RENACH n. MS817744592, documento de f. 08) com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.*
>
> *4. Na ocasião dos fatos, o denunciado preencheu com seu próprio punho o campo destinado à assinatura de Ramão Gonçalves de Oliveira Neto, como se ele fosse, a fim de dar andamento ao processo de obtenção da Carteira Nacional de Habilitação da referida pessoa no DETRAN-MS (cf. Laudo Pericial de f. 21-26).*
>
> *Do terceiro crime de falsidade ideológica*
>
> *5. No dia 25.02.2013, em local e horário indeterminado, nesta cidade de Campo Grande, MS, o denunciado João Batistella, sendo diretor e instrutor do Centro de Formação de Condutor 'Auto-Escola Campo Grande', situado na Rua 13 de Maio, n.1745, nesta capital,*

inseriu declaração falsa em documento público (RENACH n. MS818090057, documento de f. 09) com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

6. Na ocasião dos fatos, o denunciado preencheu com seu próprio punho o campo destinado à assinatura de Rafael Basílio Satin, como se ele fosse, a fim de dar andamento ao processo de obtenção da Carteira Nacional de Habilitação da referida pessoa no DETRAN-MS (cf. Laudo Pericial de f. 16-20).

7. O denunciado João Batistella confessou a prática dos três crimes acima narrados (f. 277-278). Pelo exposto, estando o denunciado João Batistella incurso no art. 299, c.c art. 69, ambos do Código Penal (falsidade ideológica em documento é público em concurso material - por três vezes) (...)"

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado nos moldes alhures mencionados.

Por discordar do resultado do julgamento, apenas a defesa recorreu, pedindo, em suma, a absolvição por erro de proibição, ausência de dolo e aplicação do princípio da insignificância. Mantida a condenação, pede a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

As contrarrazões ministeriais (f. 490-497) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 502-515) vertem-se pela manutenção da sentença.

Caso não prevaleça o seu entendimento, a PGJ elabora pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (f. 498).

Ao recurso deve se dar provimento.

Inicialmente, saliente-se que não há dúvidas de que o recorrente, em três documentos públicos[1], realmente preencheu o campo de assinatura em nome de alunos da autoescola (da qual era diretor), como se estes indivíduos fosse.

Nesse sentido, a propósito, encontram-se especialmente a confissão do réu[2], laudos grafotécnicos[3] e depoimentos daqueles a quem caberia assinar os campos preenchidos pelo primeiro[4].

Todavia, embora inequívoca a autoria, a condenação do acusado não se sustenta pela prática do crime de falsidade ideológica.

Isso porque, de primo, não há enquadramento formal da hipótese denunciada ao tipo penal do art. 299 do CP, o qual, segundo a melhor doutrina, exige que a declaração (omitida, inserida ou que se fez inserir) deva *"(...) recair sobre fato juridicamente relevante, ou seja, 'é mister que a declaração falsa constitua elemento substancial do ato de documento. Uma simples mentira, mera irregularidade, simples preterição de formalidade etc., não constituirão'* (E. Magalhães Noronha. Direito Penal. 17. ed., v. 4, p. 161)". (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

No caso, é inviável asseverar que constitui fato juridicamente relevante a assinatura em documento claramente burocrático, de natureza essencialmente cadastral e que, por se destinar tão somente a dar o primeiro passo no processo de obtenção da primeira habilitação, poderia perfeitamente dispensar a firma do requerente no formulário, que lamentavelmente ainda não é digital.

Pensar o contrário, com o devido respeito, é privilegiar anacronismo sabidamente cancerígeno à sociedade brasileira, culturalmente apegada a formalismos desnecessários e pior, com uso indevido do direito penal para essa espúria finalidade, o que não se deve chancelar.

1 Formulário de solicitação de primeira habilitação no RENACH (Registro Nacional de Carteira de Habilitação).
2 Mídia de audiência, p. 422-423.
3 p. 13-18; p. 19-23; p. 24-29.
4 Mídia de audiência, p. 415. Termos de declarações extrajudiciais, p. 302-303; p. 305-306; p. 308-309.

Logo, em sendo formalmente atípica a conduta, já seria possível a absolvição do réu.

Mas não é só.

Observa-se que a condenação também deve ser afastada pela atipicidade material da conduta, que se encontra despida de ofensividade relevante.

Com efeito, afora as assinaturas, tem-se que todas demais informações dos pedidos – relacionadas a identificação do condutor, endereço e alfabetização – eram verdadeiras e foram ratificadas pelos respectivos solicitantes.

Noutro norte, tanto o acusado como os alunos não obtiveram qualquer vantagem pessoal com as assinaturas contrafeitas, até porque estes últimos se submeteram, e foram aprovados, em cada um dos exames regulares exigidos para obtenção da carteira de motorista, ou seja, exatamente como se os próprios tivessem assinado os referidos documentos.

Emerge evidente, pois, que a fé-pública (bem jurídico tutelado pela norma) não foi atingida de modo relevante, pelo menos não a ponto de conclamar a aplicação do Direito penal, inegavelmente de *ultima ratio*.

No ponto, obtempero que o atraso nas entregas das carteiras de motoristas dos solicitantes não deve ser invocado como óbice para o reconhecimento da ausência de ofensividade da conduta do recorrente, porquanto não se correlaciona com a fé-pública que, repise-se, é bem jurídico tutelado pela norma.

Lado outro, superada a atipicidade da conduta, o édito condenatório ainda encontraria óbice no campo probatório, insuficiente quanto ao dolo específico que o tipo penal exige do agente, a fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Ora, cuidando-se de assinatura que, como já visto, revestia-se de somenos importância no documento e que poderia ser ratificada pelo solicitante a qualquer tempo no processo de obtenção da primeira habilitação, não é desarrazoado concluir que o réu, apondo-a em nome dos seus alunos, não almejou alterar verdade sobre o fato juridicamente relevante, mas tão somente pretendeu sanear uma burocracia, agilizando o processo, como o próprio declarou nas vezes em que foi interrogado.

Aliás, neste tópico, valho-me de trecho das razões recursais que, embora se refira ao pedido de reconhecimento do erro de proibição, no meu sentir, tem mais relação com a ausência de demonstração do dolo específico do agente:

> *"(...) Conforme foi devidamente esclarecido na defesa, o procedimento de preenchimento do campo do nome do aluno era corriqueiro em anos anteriores, pratica realizada por diversos instrutores e tinha o simples objetivo de não deixar procedimentos parados pela singela falta de preenchimento do referido campo a capa do RENACH, que por vezes se dava pela própria desídia do aluno que não comparecia para preencher o campo ou por vezes atribulação profissional do instrutor.*
>
> *No período citado, a própria administração fazia a conferência e substituição da capa do processo quando o aluno ia buscar sua habilitação agora com a assinatura do mesmo, como já dito tal procedimento era adotado em razão do fato dos alunos não comparecerem nas datas aprazadas passa exarar as competentes assinaturas, e por evidente falta de orientação jurídica aos instrutores, que ao invés de requererem no ato da contratação das aulas a outorga de procurações dos alunos para tal finalidade, o que já demonstra que não havia dolo na pratica e sim o simples objetivo de dar andamento ao processo. (...)"*

Conforme leciona Aury Lopes Júnior, *"ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal"*.

O doutrinador continua o escólio destacando a importância do princípio da presunção de inocência em processo penal pautado em garantias constitucionais:

> *"No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).*
>
> *Tal é a sua relevância que Amilton B. de Carvalho afirma que 'o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é 'pressuposto' – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana'*
>
> *A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica Ferrajoli, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.*
>
> *Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.*
>
> *Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue Ferrajoli, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.*
>
> *(...)*
>
> *Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).*
>
> *Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)*
>
> *Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.*
>
> *A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)*
>
> *Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.*
>
> *Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...)" (idem - p. 226-230)*

Não por outro motivo a jurisprudência pátria já assentou que "*o decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal, a plena convicção (e não qualquer convicção). Ou seja, somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência."* (Apelação Crime nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012) (destaquei).

No Brasil, estas exigências são fruto do dever de respeito ao que preceitua o art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa) e no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), consagrando o princípio da presunção de inocência, que deve ser levado a efeito também em razão da manifestada opção democrática pela liberdade decorrente de um Direito Penal mínimo, como explica Alexandre Morais da Rosa:

> *"Essa certeza/racionalidade buscada pelos Sistemas, divide-se, consoante cada modelo – máximo ou mínimo -, na seguinte opção segundo Ferrajoli: enquanto para o modelo máximo a certeza deve impedir que "nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido", no caso do direito penal mínimo, a atuação se dá no sentido de que "nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune". Para o modelo penal mínimo, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é poderá se impor uma sanção, levando a sério a 'presunção de inocência.' De outra face, o modelo penal máximo golpeia essa garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados." (Guia Compacto do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 40 p).*

É a inocência o estado natural, e, portanto, presumido, do ser humano, devendo assim ser considerado até que prova válida e robusta seja produzida em seu desfavor. Essa é a compreensão que se extrai das claras lições de Guilherme Nucci:

> *"O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, por ventura, for acusado da prática de outros delitos. O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. Eis por que se presume a inocência, vale dizer, supõe-se, de antemão, qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está-se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui. Naturalmente, provoca efeitos secundários, não menos relevantes: a restrição a direitos individuais somente pode dar-se, contra o inocente, em situações excepcionais; nenhuma anotação criminal comprometedora, feita por órgão estatal, pode prejudicar o inocente; a intervenção penal estatal deve ser mínima, pois a inocência é o estado natural das pessoas.(...)*
>
> *Sob o ponto de vista de respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, torna-se essencial cessar o infundado entendimento de que à acusação o fato básico, entendendo-se como tal o fato típico; outras alegações, muitas delas defensivas, como as excludentes de ilicitude ou culpabilidade, seriam ônus do réu. O órgão acusatório precisa demonstrar, como alegação fruto da inicial, a ocorrência do crime e de sua autoria. Portanto, cabe-lhe imputar ao acusado a prática de um fato típico, antijurídico e culpável". (Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. 264-266 p.).*

E arremata asseverando que "*gerada a dúvida razoável no espírito do julgador, ingressa o princípio da prevalência do interesse do réu, devendo haver absolvição*" (Ibidem, 267 p.).

Sobre ônus da acusação em produzir prova *"beyond all reasonable doubt*", ou seja, que sobreponha qualquer dúvida razoável, são percucientes os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto foi transcrito no Informativo do Supremo Tribunal de n. 768 (17 a 21 de novembro de 2014), a fim de proporcionar aos leitores uma compreensão mais aprofundada do pensamento daquele Sodalício:

> *"(...) É preciso sempre relembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado, com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.*
>
> *Cumpre ter presente, bem por isso, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por Rui Barbosa ('Novos Discursos e Conferências', p. 75, 1933, Saraiva), no sentido de que* ***'Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)'.***
>
> *Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo,* ***e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se 'beyond all reasonable doubt' (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.***
>
> *O entendimento que venho de referir encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 3. ed. vol. IV/126-127, item n. 765, 1955, Borsoi; MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 11. ed. p. 1.004, item n. 386.3, 2003, Atlas; NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. p. 679, item n. 48, 5. ed., 2006, RT), valendo referir, no ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (Código de Processo Penal Comentado. 5. ed. vol. I/655, item n. VI, 1999, Saraiva):*
>
> *'(...) Para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. (...).' (grifei)*
>
> *Em suma: a análise dos elementos de informação contidos neste processo leva-me a reconhecer a inexistência de prova penal convincente e necessária que permita, de modo seguro, a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do ora acusado, no que concerne ao teor da imputação penal contra ele deduzida.*
>
> *Sendo assim, consideradas as razões por mim expostas e tendo em vista, ainda, os votos dos eminentes Ministro Relator e Ministra Revisora, também julgo improcedente a presente ação penal, para, em consequência, absolver o réu, **, da imputação penal contra ele deduzida (...)" (AP 858/DF, DJe 7.11.2014, destaques posteriores)."*

Nesse cenário, em que a conduta do apelante ulula formal e materialmente atípica, bem como ponderada a insuficiência probatória acerca do dolo específico, a absolvição se impõe, julgando-se prejudicada a análise do pedido subsidiário.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento à apelação criminal interposta por João Batistella, a fim de absolvê-lo da imputação do crime de falsidade ideológica, por atipicidade da conduta e insuficiência de provas, tudo com fulcro no art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0026352-94.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA, VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA CORRELAÇÃO – AFASTADAS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A DEFESA – FATOS NOVOS MENCIONADOS NA SENTENÇA QUE NÃO ALTERARAM A TIPIFICAÇÃO APONTADA NA DENÚNCIA – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME AMBIENTAL DE POLUIÇÃO SONORA E RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM EVENTUAL DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO – RECURSO PROVIDO.

Devem ser rejeitadas as alegações preliminares que embasam o pedido de nulidade da sentença se os argumentos não demonstram nenhum prejuízo à defesa e se confundem com o mérito, com ele devendo ser analisadas.

Uma vez que o art. 54, da Lei nº 9.605/1998 se trata de norma penal em branco, a não indicação do aparelho com o qual foi efetivada a medição da "poluição sonora" que sustentou a tipificação da conduta dos agentes imputados, e a não certificação de sua calibração na forma exigida pela lei, torna frágil a prova de materialidade produzida pelo Poder Público.

Não há nulidade na prova que embasa a imputação de crime ambiental sem observância das regras para sua materialização se a mesma pode servir, em tese, para indicação da contravenção da perturbação do sossego (art. 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41), que independe de prova pericial por instrumento, bastando a indicação de sua existência.

O art. 54 da Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98, não estabelece ser crime contrariar os limites sonoros estabelecidos pela lei municipal, mas que os níveis de ruído emitidos resultem ou possam resultar em danos à saúde humana. Se consideradas as normas trabalhistas sobre insalubridade, e a conduta das requeridas não atingiu o limite fixado como insalubre, não resta caracterizado o crime ambiental por ausência de complementação da norma proibitiva.

Não pode ser considerada como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo próprio Estado, à luz da doutrina da tipicidade conglobante. Se o Estado incentiva a instalação de indústrias, autoriza o funcionamento das mesmas, e estabelece regras e parâmetros para que permaneçam em atividade, esses mesmos parâmetros devem ser considerados para a incidência ou não de outras normas do sistema.

Eventual possibilidade de desclassificação do crime ambiental para a contravenção penal prevista no art. 42, II, Lei nº 3.688/41, que conceitua a perturbação do sossego alheio através do exercício de profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais, deve ser afastada por aplicação do princípio da bagatela imprópria e reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva Estatal para julgamento da conduta sob tal tipificação.

Fere os princípios básicos do Estado Democrático de Direito conferir transtornos a agentes que praticaram "em tese", contravenção penal já punida por diversas formas na esfera administrativa e judicial, especialmente se transcorrido lapso temporal suficiente para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, dar provimento aos recursos interpostos por Fundição Femar Ltda EPP e Glaucia Franceschini Gealh, por unanimidade, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Fundição Femar Eireli - Epp e Gláucia Franceschini Geahl interpõem recursos de apelação contra sentença proferida pela 4ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar a primeira à pena de 30 salários mínimos e a segunda à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 15 dias-multa, ambas pela prática do crime previsto no art. 54, da Lei nº 9.605/1998 (Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora).

Sustentam preliminarmente nulidade da sentença por cerceamento de defesa e violação aos princípios do contraditório e o devido processo legal, face a falta de exame das teses defensivas. No mérito pugnam pela reforma da decisão para que sejam absolvidas por ausência de provas da materialidade delitiva e atipicidade da conduta. Subsidiariamente pedem: a desclassificação da conduta para a contravenção penal tipificada no art. 42, da Lei de Contravenções Penais (perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios), com a consequente declaração de extinção de punibilidade pela ocorrência de prescrição; a fixação da pena-base de Gláucia Franceschini Geahl no mínimo legal e a substituição da pena privativa e liberdade desta por restritivas de direito (f. 321-363).

As contrarrazões foram apresentadas (f. 367-401).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo parcial provimento do recurso a fim de que seja afastada a valoração negativa das circunstâncias do crime, com redução proporcional da pena-base (f. 408-425).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Fundição Femar Eireli - Epp e por Gláucia Franceschini Geahl contra sentença proferida pela 4ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar a primeira à pena de 30 salários mínimos e a segunda à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 15 dias-multa, ambas pela prática do crime previsto no art. 54, da Lei nº 9.605/1998 (causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora).

Sustentam preliminarmente nulidade da sentença por cerceamento de defesa e violação aos princípios do contraditório e o devido processo legal, face a falta de exame das teses defensivas. No mérito pugnam pela reforma da decisão para que sejam absolvidas por ausência de provas da materialidade delitiva e atipicidade da conduta. Subsidiariamente pedem: a desclassificação da conduta para a contravenção penal tipificada no art. 42, da Lei de Contravenções Penais (perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios), com a consequente declaração de extinção de punibilidade pela ocorrência de prescrição; a fixação da pena-base de Gláucia Franceschini Geahl no mínimo legal e a substituição da pena privativa e liberdade desta por restritivas de direito (f. 321-363).

As contrarrazões foram apresentadas (f. 367-401).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo parcial provimento do recurso a fim de que seja afastada a valoração negativa das circunstâncias do crime, com redução proporcional da pena-base (f. 408-425).

Os recursos devem ser providos.

A Fundição Femar Ltda EPP, e sua sócia proprietária Glaucia Franceschini Gealh, foram denunciadas e posteriormente sentenciadas como incursas no art. 54 da Lei 9.605/98, sob a imputação de causarem poluição sonora, em razão da atividade industrial da primeira imputada, de propriedade da segunda.

Trazem a denúncia e a sentença como materialização do delito, o Laudo de Medição Sonora nº 014 de DFMA/DEMA/SEMADUR/2014, onde consta ter sido detectada a emissão de 6 dB(A) (seis decibéis) acima do permitido pelo artigo 88 da Lei Municipal nº 2.909/1992 e artigo 9º, inciso II, da Lei Complementar nº 08/1996, o que gerou o Auto de Infração nº 388736.

A sentença se vale ainda, para caracterizar a materialidade, da confissão da representante da empresa e corré Glaucia, que confirmou a presença dos fiscais na indústria fazendo a inspeção e teriam constatado o barulho acima do nível estabelecido pela lei municipal para o local.

Utilizou-se também, o magistrado sentenciante, para *"confirmar a prática criminosa"* (f. 275), do termo de ajustamento de conduta que a corré Gláucia celebrou com o Ministério Público, se comprometendo a encerrar as atividades no local, o que de fato foi cumprido.

Vizinhos da empresa, que fizeram a reclamação ao órgão municipal, prestaram depoimentos e confirmaram a reclamação.

Com base em tais pontos, e sem outras observações, os apelantes foram sentenciados, sendo a empresa condenada a pagar uma multa de 30 (trinta) salários mínimos, e a corré a cumprir uma pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, além de ter de pagar 15 (quinze) dias-multa, sem valor estabelecido.

Foram opostos embargos declaratórios, que restaram acolhidos parcialmente para suprir omissão da sentença quanto a alegação de nulidade do laudo pericial.

Em sede de apelação, as apelantes apresentaram preliminar de nulidade da sentença condenatória, se escorando em argumentos de ter, durante a instrução do processo, ocorrido diversas violações a princípios processuais penais, tais como: a) não verificação na sentença de questões e fatos relevantes; b) omissão dos argumentos e provas; c) utilização na sentença de fatos não narrados na denúncia, com ataque ao princípio da congruência; d) violação ao primado da ampla defesa e ao contraditório; e) desrespeito ao princípio do devido processo legal.

Pois bem.

Quanto as preliminares, entendo serem todas improcedentes, pois embora a ação penal em exame pudesse ser melhor instruída, com vistas a um desfecho mais consistente, não vislumbro em nenhum dos argumentos trazidos um efetivo prejuízo à defesa. Por outro tanto, algumas das falhas apontadas não constituem matérias prejudiciais ao exame do mérito, e com ele se confundem.

Portanto, as matérias suscitadas em preliminar, serão analisadas em conjunto com o mérito do processo, sem que se vislumbre com isso, como já dito, qualquer prejuízo às recorrentes.

Primeiramente analiso o fato da ausência de indicação no processo do aparelho que foi utilizado para aferição da "poluição sonora" que sustentou a tipificação da conduta dos agentes imputados.

Realmente, exigia a norma técnica da ABNT-BR nº 10.151, item 4.3, vigente à época da aferição, a calibração e ajuste dos instrumentos de medição sonora, nos seguintes termos:

> *"(...) O medidor de nível de pressão sonora e o calibrador acústico devem ter certificado de calibração da Rede Brasileira de Calibração (RBC) ou do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO) renovando no mínimo a cada dois anos."*

Assim sendo, a não indicação do aparelho com o qual foi efetivada a mediação, e a não certificação de sua calibração na forma exigida pela lei, torna realmente muito frágil a prova de materialidade produzida pelo Poder Público.

Em que pese a decisão proferida em sede de embargos de declaração, afirmando que os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade (f. 312), tal presunção não é absoluta, e nem dispensa a prova quando o ato é contestado fundamentadamente pelo administrado.

Não é demais lembrar, que impera no âmbito do direito penal o princípio da legalidade, e que o mesmo princípio também baliza os atos administrativos.

Ora, como é o laudo de medição sonora que irá integrar a norma administrativa sobre os níveis acústicos permitidos ou não, e será essa norma já integrada que irá complementar o tipo penal para caracterizar o crime, por se tratar de normal penal em branco, redobradas devem ser as cautelas para garantia dos princípios da legalidade e da taxatividade, sem os quais não há direito penal.

Assim, a demonstração documental sobre a calibragem regular do equipamento deveria ter sido trazida aos autos, e não foi, embora insistentemente requerido pela defesa.

No entanto, como já acenado, entendo que tal fato não causa a nulidade total da prova, por si só, pois embora vulnere sobremaneira a constatação do real grau do som ou ruído para caracterização do crime ambiental, pode a mesma prova servir para indicação da contravenção da perturbação do sossego (art. 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41), que independe de prova pericial por instrumento, bastando a indicação de sua existência.

Mas, o que realmente chama a atenção nos autos é que a condenação restou lastreada no simples fato de a lei municipal estabelecer para a zona onde se encontrava instalada a empresa da apelante, o volume de emissão sonora para o horário da mediação, em no máximo 59 db(A) – (Lei Municipal nº 2.909/92, art. 88 e Lei Complementar nº 08/96, art. 9º, inc. II) e o decibelímetro utilizado ter indicado o volume de 65 db(A).

Ocorre que, o art. 54 da Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98, não estabelece ser crime contrariar os limites sonoros estabelecidos pela Lei Municipal.

O que o art. 54 da Lei Ambiental estabelece é bem claro:

> *"Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora."*

As normas trabalhistas sobre insalubridade, ou seja, situações que podem causar mal à saúde, estabelecem como insalubre o nível de ruído acima de 85 dB(A), com exposição de 8 horas diárias (Norma Regulamentadora 15 – Atividades e Operações Insalubres – Anexo I – da Portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho).

Ou seja, o nível de ruído medido na empresa apelante, mesmo se fosse considerado apto o laudo de fiscalização, estava muito abaixo do que é considerado produtor de mal à saúde (insalubre).

Portanto, a carência de complementação da norma proibitiva, pois os elementos normativos constantes do art. 54 da Lei Ambiental: *"(...) em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana (...)*" não restaram demonstrados, caracteriza uma situação de ausência de tipicidade.

Encaixa-se como uma luva à questão, a conhecida doutrina da tipicidade conglobante do jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que explica a tipicidade para o direito penal. Para essa teoria, aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência do Brasil, o Estado não pode considerar como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo próprio Estado. Isso quer dizer que, a tipicidade deve ser concretizada de acordo com o sistema normativo examinado em sua globalidade. Se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta, não pode estar proibida por outra.

Em tal linha, quando o Estado incentiva a instalação de indústrias, autoriza o funcionamento das mesmas, e estabelece regras e parâmetros para que permaneçam em atividade, esses mesmos parâmetros devem ser considerados para a incidência ou não de outras normas do sistema.

Portanto, existindo legislação estabelecendo ser insalubre apenas os barulhos ou ruídos produzidos pelas empresas, acima de 85 dB(A), esse é o parâmetro que o julgador deve utilizar para complementar a norma penal em branco contida na proposição jurídica do art. 54 da Lei Ambiental, e não os valores de lei municipal que trata apenas de aspectos de convivência social e sossego público, nada trazendo sobre insalubridade.

Por essa linha, a verificação do potencial lesivo da ação da empresa apelante deve ser feita em juízo de periculosidade do comportamento descrito no tipo. Ações que não impliquem em periculosidade não podem frequentar o mundo do direito penal de forma legítima.

A ação deve ser materialmente relevante para caracterizar o injusto penal, pois do contrário estar-se-á diante de um direito penal sem racionalidade, afastado de seus principais objetivos que são, proteção de bens jurídicos e funcionalidade.

Portanto, conforme já anotado, é patente a atipicidade das condutas das apelantes.

Por fim, poder-se-ia pensar na desclassificação das ações e punir as recorrentes como incursas na contravenção penal prevista no art. 42, II, Lei nº 3.688/41, que conceitua a perturbação do sossego alheio através do exercício de profissão incomoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais.

Entretanto, não se pode olvidar já ter as apelantes sofrido sanção administrativa de multa, uma vez que tal observação consta do laudo de fiscalização (Auto de Infração e Multa nº 388736) (f. 45).

Participaram também as recorrentes de um termo de ajustamento de conduta, que foi cumprido, mudando a empresa do local onde estava instalada (reconhecido na sentença f. 275).

Por outro tanto, as apelantes responderam a este processo crime, por ação atípica, cuja flagrante situação já havia sido apontada pela autoridade policial em seu relatório final do inquérito policial, lavrado em 06 de agosto de 2014 (f. 58).

Assim, embora não se desconheça a possibilidade de alguém responder penal e administrativamente pelo mesmo fato, não se pode descurar do princípio da proporcionalidade no direito sancionatório, uma das vigas do princípio da dignidade humana.

O desvalor da pena deve ser adequado, proporcional, ao desvalor da ação.

Fere os princípios básicos do Estado Democrático de Direito conferir transtornos a agentes que praticaram "em tese", contravenção penal já punida por diversas formas, na esfera administrativa e judicial. Lembrando que a autuação da empresa decorreu por infração leve, e bem por isso anotei alhures que mesmo a contravenção penal de perturbação do sossego, apenas "em tese" poderia ter ocorrido.

De qualquer forma, diante da desproporcionalidade entre a imputação e os desdobramentos sancionatórios, já ocorridos, é nítida a desnecessidade de outras análises em busca de punição às apelantes.

Poder-se-ia, portanto, aplicar ao fato, o princípio da bagatela imprópria, pois mesmo que seja possível, no caso concreto, analisar a tipicidade formal da conduta contravencional, numa visão antecipada se vislumbra a desnecessidade de qualquer pena a ser aplicada por uma contravenção, pela flagrante desproporcionalidade e desnecessidade.

No entanto, há também matéria a ser analisada de ofício, pois considerando tratar-se "em tese" de contravenção penal, cuja pena máxima cominada é de 03 (três) meses, e a prescrição, conforme vedação do art. 109, VI, do Código Penal, ocorre em 03 (três) anos, deve-se por fim à pretensão punitiva estatal, em relação à hipotética contravenção, com prejuízo da análise do mérito e necessidade ou não de pena.

Anoto que, a denúncia foi recebida em 22/09/2014 (f. 67-68) e a sentença condenatória recorrível foi publicada em 02/05/2018 (f. 280)

Diante do exposto, encaminho o voto no sentido de dar total procedência aos recursos e absolver a Fundição Femar Ltda EPP e sua sócia proprietária Glaucia Franceschini Gealh, da imputação da prática do crime ambiental definido no art. 54 da Lei 9.605/98, com base no art. 386, III do Código de Processo Penal, com reconhecimento da prescrição em relação a possível contravenção penal do art. 42, II, da Lei nº 3.688/41.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento aos recursos interpostos por fundição Femar Ltda EPP e Glaucia Franceschini Gealh, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

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, 17 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0000546-48.2011.8.12.0038 - Nioaque

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PECULATO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO (ARTIGOS 312 E 327, § 2º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – ARREPENDIMENTO EFICAZ – INVIÁVEL – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O vereador que se apropria de uma folha de cheque pertencente à Câmara Municipal de Vereadores, preenchendo o título de crédito e repassando a terceiro, ou seja, utilizando-se como se dono fosse, incorre na prática delitiva do crime de peculato apropriação.

Conforme a Súmula nº 599, do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica.

O agente, na condição de funcionário público, que apropria-se de bem e valor público, em proveito próprio, restando consumado o delito de peculato, inviável o reconhecimento do arrependimento eficaz.

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.

Campo Grande, 4 de julho de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de apelação criminal interposta por Valdeci Ferreira dos Reis contra a sentença de f. 425-433, que o condenou à pena de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, pela prática do delito capitulado no art. 312, *caput*, c/c art. 327, § 2º, do Código Penal, sendo sua pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos.

Em razões recursais de f. 441-447, a defesa pugnou pela absolvição de Valdeci, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, por não constituir o fato infração penal.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões de f. 454-460, pugnou pelo conhecimento, e no mérito, pelo improvimento do recurso de apelação, mantendo-se incólume a sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 468-473, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se a sentença condenatória em todos os seus termos.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Valdeci Ferreira dos Reis contra a sentença de f. 425-433, que o condenou à pena de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, pela prática do delito capitulado no art. 312, *caput*, c/c art. 327, § 2º, do Código Penal, sendo sua pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito.

Segundo consta da denúncia de f. 01-02:

> *"(...) Consta do presente inquérito policial que no dia 03 de dezembro de 2010, o denunciado fazendo uso de sua prerrogativa enquanto Presidente da Câmara de Vereadores de Nioaque se apropriou de valor que tinha posse em razão do cargo, em proveito próprio(...).*"

Extrai-se dos autos que o apelante Valdeci, valendo-se da condição de Presidente da Câmara dos Vereadores de Nioaque, apropriou-se de uma lâmina de cheque, pré-datou e preencheu no valor de R$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais), nominal ao próprio apelante.

Depreende-se ainda, que a ordem de pagamento somente não foi compensada em razão do não atendimento de uma formalidade, qual seja, ausência da assinatura do Secretário da Câmara.

Pois bem, a materialidade do delito encontra-se devidamente consubstanciada, assim como, a autoria delitiva é inconteste, e recai sobre o apelante.

No caso em tela, a controversa cinge-se à alegada atipicidade da conduta do apelante, ante a ausência de efetiva lesão ao erário, eis que o cheque não chegou a ser descontado, alternativamente, ao reconhecimento do princípio da insignificância ou bagatela, ou ainda, pelo reconhecimento do arrependimento eficaz, capitulado no art. 15, do Código Penal.

Sobre o tema o Doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ensina:

> *"Análise do núcleo do tipo: são duas as condutas típicas previstas no caput do artigo: a) apropriar-se, que significa tomar como propriedade sua ou apossar-se. É o que se chama de peculato-apropriação; b) desviar, que significa alterar o destino ou desencaminhar. É o que se classifica como peculato-desvio."* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1166).

Sabe-se que, o tipo delitivo do crime de peculato, estabelecido no artigo 312, *caput*, do Código Penal, em sua modalidade apropriação, pune o servidor público que se apropria de valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio.

O peculato configura-se quando o servidor público altera o destino normal da coisa pública,

> *"(...) empregando-a em fins outros que não o próprio. Não é necessário que o agente vise o lucro e pouco importa se a vantagem visada é conseguida ou não"* (CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal Anotado. 6. ed. Bahia: Juspodium, 2013, p. 634).

Com efeito, o vereador que se apropria de uma folha de cheque pertencente à Câmara Municipal de Vereadores, preenchendo o título de crédito e repassando a terceiro, ou seja, utilizando-se como se dono fosse, incorre na prática delitiva do crime de peculato apropriação.

Conveniente mencionar que, pouco importa se o cheque não chegou a ser descontado junto ao banco, pois o crime de peculato em sua modalidade apropriação, tem o seu momento consumativo quando o indivíduo passa a agir como se dono fosse, fato este que restou comprovado, pois houve o preenchimento, e a tentativa de compensação, que apenas não se consumou em razão da ausência da assinatura do Secretário da Câmara.

Ressalte-se, nesse ponto, que a compensação do título, acaso houvesse, seria mero exaurimento do crime, tendo o delito se consumado com a simples inversão da posse do cheque.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – PRELIMINAR – LEITURA EM JUÍZO DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL – OFENSA AO ART. 203 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INOCORRÊNCIA – REJEIÇÃO – MÉRITO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE –* ***PECULATO DE USO – NÃO CONFIGURAÇÃO – TENTATIVA – INOCORRÊNCIA – DELITO CONSUMADO – CONDENAÇÃO MANTIDA*** *– REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO CABIMENTO – QUANTUM CORRETAMENTE ESTABELECIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – CONCESSÃO. A leitura dos depoimentos prestados no inquérito durante a audiência de instrução e julgamento não ofende o disposto no art. 203 do Código de Processo Penal. Não há nenhum impedimento legal para que as testemunhas confirmem em juízo o que disseram no inquérito, cabendo à defesa, presente na audiência de instrução e julgamento, inquirir os intimados e produzir a prova que lhe atenda. Improcede o pedido de absolvição pela incidência do princípio da insignificância, se o referido princípio não encontra assento no ordenamento jurídico pátrio. Comprovado o dolo de apropriação definitiva da coisa pública, não há que se falar em peculato de uso.* ***"O delito de peculato consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o, etc, não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito. ". Precedente do STJ.*** *Inviável é a redução da pena-base para o mínimo legal, se ao menos uma das circunstâncias judiciais se mostra desfavorável ao acusado. Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. V.V. Se o agente, por razões alheias à sua vontade, não consumou a atividade delitiva, esta deve ser reconhecida em sua modalidade tentada. Deve-se fixar a pena-base próxima do mínimo legal, se as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP são, em sua maioria, favoráveis ao acusado, adequando-a segundo o princípio da proporcionalidade e razoabilidade das penas. Impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, se entre a data do recebimento da denúncia até a publicação da sentença escoou o prazo prescricional correspondente à pena aplicada, conforme os artigos 109, V; 110, § 1º; 114, II; e artigo 107, IV, todos do Código Penal."* (TJMG; APCR 1.0672.07.249739-5/001; Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo; Julg. 07/03/2018; DJEMG 16/03/2018) – Grifou-se.

Quanto ao pleito pelo reconhecimento do princípio da insignificância ou bagatela.

Conforme a Súmula nº 599, do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica.

Por oportuno:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PECULATO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 619 DO CPP – INEXISTÊNCIA – PROVAS PARA A CONDENAÇÃO, CERCEAMENTO DE DEFESA E ARREPENDIMENTO EFICAZ – SÚMULA 7/STJ –* ***PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE –*** *ART. 59 DO CP – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – AGRAVO DESPROVIDO. 1. O magistrado deve apresentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, apontando fatos, provas, jurisprudência, aspectos inerentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso; porém não está obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre todas as teses elencadas pelas partes, desde que haja encontrado razões suficientes para decidir (ut, AgRg nos EDcl no AREsp 1127961/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 08/03/2018). 2. As questões relativas à existência de provas para a condenação, cerceamento de defesa e arrependimento eficaz não prescindem do revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado nº 7 da Súmula*

> *deste Tribunal. 3.* ***É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (ut, RHC 75.847/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/08/2017)*** *4. A apropriação, a falsificação e a utilização de documento público extrapolam os limites do tipo penal de peculato, demonstrando maior grau de reprovação da conduta, o que justifica o aumento da reprimenda-base. 5. Agravo regimental desprovido."* (STJ, AgRg no AREsp 1317007 / MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Dje 10/12/2018) – Grifou-se.

Desta feita, no caso em tela, inaplicável o princípio da insignificância.

Finalmente, quanto à aplicação do arrependimento eficaz, nos termos do art. 15, do Código Penal, melhor sorte não assiste à defesa.

Sobre o tema, leciona o doutrinador Cleber Masson:

> *"(...) Desistência voluntária e arrependimento eficaz são formas de tentativa abandonada, assim rotuladas porque a consumação do crime deixa de ocorrer em razão da vontade do agente, que não chega ao resultado inicialmente desejado por interromper o processo executório do delito ou, esgotada a execução, emprega diligências eficazes para impedir o resultado. Diferem-se, portanto, da tentativa ou conatus, em que, iniciada a execução do delito, a consumação não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente."* (MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 134).

Posto isso, restou evidenciado que o apelante Valdeci, na condição de funcionário público, apropriou-se de bem e valor público, em proveito próprio.

Assim, consumado o delito de peculato, inviável o reconhecimento do arrependimento eficaz, e portanto, imperiosa a manutenção do decreto condenatório.

Diante do exposto, com o parecer, nega-se provimento ao recurso interposto por Valdeci Ferreira dos Reis, mantendo-se incólume a sentença prolatada pelo magistrado singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 04 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0006282-51.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PORTE DE ARMAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – REQUISITOS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS – DESNECESSIDADE DE PERÍCIA DE VOZ – PRELIMINAR REJEITADA – TESE DE LITISPENDÊNCIA – RECHAÇADA – INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE ACUSADOS – AVENTADA NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA EM RELAÇÃO À CORRÉ – NÃO CONSTATADA – ACUSADA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO – DESMEMBRAMENTO DO FEITO E CITAÇÃO POR EDITAL – NULIDADE AFASTADA.

Incogitável falar em nulidade das interceptações telefônicas diante da existência de todos os requisitos legais para a adoção da referida medida, nos termos do artigo 5°, inciso XII da Constituição Federal e da Lei nº 9.296/96. Além do mais, não se faz necessária a perícia nas vozes captadas nas interceptações diante da ausência de previsão legal, bem como porque o corréu confirmou que o apelante era o outro interlocutor da conversa interceptada.

A despeito da identidade dos fatos apurados nestes autos com outra ação penal na qual os apelantes foram condenados, observa-se que o presente feito não visa a responsabilização destes, mas sim dos demais autores que não figuram no polo passivo da indigitada ação penal, inexistindo, assim, identidade de acusados, requisito este *sine qua non* para a caracterização da litispendência.

Deve-se rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa pela suposta ausência de citação da corré, porquanto este se encontra em local incerto e não sabido, de modo que houve a determinação da citação editalícia da acusada, decretando-se o desmembramento do feito e a suspensão do processo.

Apelos de Rogério, Dennis, José Victor, Ely Anderson e Dargui.

RECURSO DE APELAÇÃO – TRÁFICO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PORTE DE ARMA DE FOGO – RECURSOS DEFENSIVOS – PLEITO ABSOLUTÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – DEPOIMENTOS POLICIAIS E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – RECURSO DESPROVIDO.

Impositiva a manutenção da condenação dos apelantes diante dos coesos e harmônicos depoimentos prestados pelos policiais que atuaram na análise dos dados angariados com a interceptação telefônica, bem como no minudente levantamento de dados que culminaram no desbaratamento da organização criminosa dos apelantes voltada ao comércio de drogas.

Recursos desprovidos.

Pretensões recursais comuns entre os recursos de José Victor, Ely Anderson e Dargui.

PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – *QUANTUM* DE EXASPERAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – APELANTES QUE INTEGRAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

Irreparável a exasperação na reprimenda basilar diante da expressiva quantidade de cocaína apreendida.

Inexiste reparo a ser feito em relação ao patamar da exasperação, porquanto o Juízo singular utilizou fração demasiadamente benéfica ao recorrente, isto é, 1/20 entre a diferença das penas máxima e mínima cominadas ao delito por circunstância judicial, enquanto este Sodalício e o Superior Tribunal de Justiça empregam o patamar de 1/10.

Não há falar em privilégio diante do complexo estratagema orquestrado pela organização criminosa que os recorrentes integram, bem como porque estes se dedicavam às atividades ilícitas.

Apelo de Dargui

PRETENDIDO O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

O *quantum* da reprimenda final aplicada ao apelante, bem como as circunstâncias judiciais relativas à natureza e quantidade da droga, inviabilizam o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena, nos termos dos artigos 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, e 44, inciso I, ambos do Código Penal.

RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA A APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – IMPOSSIBILIDADE – CONTINUIDADE DELITIVA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA – RECURSO DESPROVIDO.

Incabível o afastamento da continuidade delitiva, pois todas as condutas, embora desdobradas em vários momentos, constituem a prática do tráfico em continuidade delitiva, já que, além da semelhança de tempo, lugar e maneira de execução, possuíam a mesma finalidade (vínculo subjetivo), isto é, a obtenção de lucro com a disseminação dos entorpecentes.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares de nulidade por ausência da citação da corré, da litispendência, de nulidade das interceptações telefônicas e, no mérito, negar provimento aos recursos defensivos e ministerial.

Campo Grande, 5 de setembro de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recursos de apelação criminal interposto por Dargui Taborda Santana (f. 1940-1970), Rogério Campos de Moraes (f. 1896-1939), Denis Alves e Silva (f. 1870-1890), José Victor de Souza André e Elyanderson Bernal André (f. 1.809-1.824), e pelo Ministério Público Estadual (f. 1.783-1.792), em face da sentença proferida pelo d. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul (f. 831-841), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, nos seguintes termos:

> *"a) Absolver o denunciado Daniel Alves e Silva, do delito previsto no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;*

b) Condenar o denunciado Dargui Taborda Santana, como incurso no artigo 33, por três vezes em continuidade delitiva (fatos 1, 4 e 5), da Lei Federal nº 11.343/06 e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal);

c) Condenar o denunciado Dennis Alves e Silva, como incurso no art. 33, por quatro vezes em continuidade delitiva (fatos 1, 2, 4 e 5), da Lei Federal nº 11.343/06 e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal);

d) Condenar o denunciado Ely Anderson Bernal Andre, como incurso no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/06, e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal);

e) Condenar o denunciado José Victor de Souza André, como incurso no artigo 33, da Lei Federal nº 11.343/06, e no artigo 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal); e

f) Condenar o denunciado Rogério Campos de Moraes, como incurso nas penas do artigo 33, caput, por quatro vezes em continuidade delitiva (fatos 1, 2, 4 e 5), da Lei nº 11.343/06, no artigo 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13 e artigo 16 da Lei Federal nº 10.826/03, todos em concurso material de crimes."

Em suas razões recursais (f. 1.783-1.792), o representante do Ministério Público em primeira instância pugna pela reforma da sentença, a fim de afastar o reconhecimento da continuidade delitiva e reconhecer o concurso material de crimes entre os delitos de tráfico de drogas praticados pelos apelados Rogério Campos de Moraes, Dargui Taborda Santana e Dennis Alves e Silva.

No apelo de f. 1.809-1.824, José Victor de Souza André e Elyanderson Bernal André suscitam preliminar de nulidade da sentença condenatória, em razão dos fatos já terem sido julgados nos Autos de nº 0003283-28.2017.8.12.0001. No mérito, postula pela absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, pela fixação da pena-base no mínimo legal e reconhecimento do tráfico privilegiado em seu patamar máximo.

Por ocasião do recurso de apelação às f. 1870-1890, o recorrente Denis Alves e Silva arguiu preliminar de nulidade das interceptações telefônicas realizadas nos Autos nº 0006282-51.2017.8.12.0001, por infringência ao artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96, e artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. No mérito, postula por sua absolvição em relação aos crimes descritos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e artigo 2º, *caput*, da Lei Federal nº 12.850/13, por ausência de provas. Subsidiariamente, pugna pela redução da reprimenda.

A seu turno, Rogério Campos de Moraes, em suas razões recursais (f. 1896-1939), suscita preliminar de nulidade da sentença pela ausência de citação da corré Luciene e de nulidade das interceptações telefônicas realizadas nos Autos nº 0006282-51.2017.8.12.000), por infringência ao artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96, e artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal. Quanto ao mérito, postula por sua absolvição no que tange aos delitos descritos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 2º, *caput*, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes, por ausência de provas.

O apelante Dargui Taborda Santana apresentou recurso de apelação às f. 1940-1970, tendo arguido preliminar de nulidade dos atos processuais posteriores ao despacho de f. 719, sob a justificativa de que a ré Luciene Taborda não fora citada. Aventa, ainda, a nulidade das interceptações telefônicas por força da ausência de preenchimento dos requisitos legais. No mérito, propugna por sua absolvição diante da insuficiência probatória. Em atenção ao princípio da eventualidade, postula pelo reconhecimento do tráfico privilegiado em seu patamar máximo com o consequente estabelecimento de regime prisional aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nas contrarrazões de f. 1.828-1.848 e 1.976-2.039, o representante do Ministério Público em primeira instância propugna pelo desprovimento dos apelos defensivos.

Em resposta ao recurso ministerial, os recorridos Dargui Taborda Santana (f. 2.060-2.063) e Rogério Campos de Morais (2.064-2.069) propugnaram pelo não provimento do apelo de f. 1.783-1.792.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento dos apelos defensivos e provimento do recurso ministerial (f. 2.099-2.131).

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interposto por Dargui Taborda Santana (f. 1940-1970), Rogério Campos de Moraes (f. 1896-1939), Denis Alves e Silva (f. 1870-1890), José Victor de Souza André e Elyanderson Bernal André (f. 1.809-1.824), e pelo Ministério Público Estadual (f. 1.783-1.792), em face da sentença proferida pelo d. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul (f. 831-841), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia, nos seguintes termos:

> *"a) Absolver o denunciado Daniel Alves e Silva, do delito previsto no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/06, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;*
>
> *b) Condenar o denunciado Dargui Taborda Santana, como incurso no artigo 33, por três vezes em continuidade delitiva (fatos 1, 4 e 5), da Lei Federal nº 11.343/06 e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal);*
>
> *c) Condenar o denunciado Dennis Alves e Silva, como incurso no art. 33, por quatro vezes em continuidade delitiva (fatos 1, 2, 4 e 5), da Lei Federal nº 11.343/06 e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal);*
>
> *d) Condenar o denunciado Ely Anderson Bernal Andre, como incurso no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/06, e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal);*
>
> *e) Condenar o denunciado José Victor de Souza André, como incurso no artigo 33, da Lei Federal nº 11.343/06, e no artigo 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal); e*
>
> *f) Condenar o denunciado Rogério Campos de Moraes, como incurso nas penas do artigo 33,caput, por quatro vezes em continuidade delitiva (fatos 1, 2, 4 e 5), da Lei nº 11.343/06, no artigo 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13 e artigo 16 da Lei Federal nº 10.826/03, todos em concurso material de crimes."*

Em suas razões recursais (f. 1.783-1.792), o representante do Ministério Público em primeira instância pugna pela reforma da sentença, a fim de afastar o reconhecimento da continuidade delitiva e reconhecer o concurso material de crimes entre os delitos de tráfico de drogas praticados pelos apelados Rogério Campos de Moraes, Dargui Taborda Santana e Dennis Alves e Silva.

No apelo de f. 1.809-1.824, José Victor de Souza André e Ely Anderson Bernal André suscitam preliminar de nulidade da sentença condenatória, em razão dos fatos já terem sido julgados nos Autos de nº 0003283-28.2017.8.12.0001. No mérito, postulam pela absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, pela fixação da pena-base no mínimo legal e reconhecimento do tráfico privilegiado em seu patamar máximo.

Por ocasião do recurso de apelação às f. 1870-1890, o recorrente Denis Alves e Silva arguiu preliminar de nulidade das interceptações telefônicas realizadas nos autos nº 0006282-51.2017.8.12.0001, por infringência ao artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96, e artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. No mérito, postula por sua absolvição em relação aos crimes descritos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e artigo 2º, *caput*, da Lei Federal nº 12.850/13, por ausência de provas. Subsidiariamente, pugna pela redução da reprimenda.

A seu turno, Rogério Campos de Moraes, em suas razões recursais (f. 1896-1939), suscita preliminar de nulidade da sentença pela ausência de citação da corré Luciene e de nulidade das interceptações telefônicas realizadas nos autos nº 0006282-51.2017.8.12.000), por infringência ao artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.296/96, e artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal. Quanto ao mérito, postula por sua absolvição no que tange aos delitos descritos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e art. 2º, *caput*, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes, por ausência de provas.

O apelante Dargui Taborda Santana apresentou recurso de apelação às f. 1940-1970, tendo arguido preliminar de nulidade dos atos processuais posteriores ao despacho de f. 719, sob a justificativa de que a ré Luciene Taborda não fora citada. Aventa, ainda, a nulidade das interceptações telefônicas por força da ausência de preenchimento dos requisitos legais. No mérito, propugna por sua absolvição diante da insuficiência probatória. Em atenção ao princípio da eventualidade, postula pelo reconhecimento do tráfico privilegiado em seu patamar máximo com o consequente estabelecimento de regime prisional aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nas contrarrazões de f. 1.828-1.848 e 1.976-2.039, o representante do Ministério Público em primeira instância propugna pelo desprovimento dos apelos defensivos.

Em resposta ao recurso ministerial, os recorridos Dargui Taborda Santana (f. 2.060-2.063) e Rogério Campos de Morais (2.064-2.069) propugnaram pelo não provimento do apelo de f. 1.783-1.792.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento dos apelos defensivos e provimento do recurso ministerial (f. 2.099-2.131).

É a síntese do necessário. Passa-se ao exame do caso.

Da preliminar de nulidade por ausência de citação da corré.

Neste ponto, os recorrentes Dargui e Rogério arguiram a nulidade do feito, sob a justificativa de que a corré Luciene Taborda não fora citada, de modo que houve cerceamento de defesa, sendo tal tese defendida também pela defesa da referida acusada à f. 1.866.

Ora, como é curial, todo acusado tem direito à citação regular, tratando-se de corolário do princípio da ampla defesa que o réu seja cientificado da existência do processo e de seu desenvolvimento.

Entretanto, a despeito da louvável preocupação dos apelantes com as garantias constitucionais da corré, insta frisar que o feito em questão fora desmembrado em relação a esta.

Isso porque, em razão da acusada Luciene Santana estar em local incerto e não sabido (f. 717), houve a determinação da citação editalícia desta (f. 719), sendo decretada a suspensão do processo (f. 757-759).

Insta frisar que, na atual conjuntura, a apuração dos presentes fatos em relação à acusada Luciene Taborda Santana se dá nos Autos da Ação Penal nº 0001772-58.2018.8.12.0001, no qual fora novamente fora determinada a citação por edital da acusada, porém a referida providência restou infrutífera.

Por certo, a referida preliminar deve ser rechaçada.

Da preliminar de litispendência

Os apelantes José Victor de Souza André e Ely Anderson Bernal André suscitam preliminar de nulidade da sentença condenatória, pois, segundo argumentem, os fatos já foram julgados nos Autos da Ação Penal nº 0003283-28.2017.8.12.0001.

Quanto ao instituto jurídico da litispendência na seara penal, colhe-se o escólio de Gustavo Badaró:

> *"(...) Ninguém poderá ser processado duas vezes pelo mesmo fato: ne bis in idem*. Não poderá haver dois processos iguais, quer simultaneamente, quer um após o outro. No primeiro caso caberá a exceção de litispendência; no segundo, a exceção de coisa julgada.
>
> ***Em regra, dois processos são iguais se houver identidade de partes, de pedido e de causa de pedir**. É a teoria dos três eadem: personae, res et causa petendi (CPC, art. 337, § 2º).*
>
> ***No processo penal, contudo, quanto à identidade de partes, pouco importa se o autor é o Ministério Público ou um acusador privado, bastando a identidade de acusado**. De outro lado, com relação à causa de pedir, bastará que haja identidade do fato naturalístico imputado, em seu dado essencial, pouco importando sua qualificação jurídica. Ou seja, a mudança do título do crime não atinge a coisa julgada. Por fim, no tocante ao pedido, como ele é sempre genérico – de condenação do acusado às penas previstas em lei –, tal dado não tem maior relevância. **Em suma, há identidade de demandas, no processo penal, quando ambas tiverem o mesmo acusado e for imputado o mesmo fato naturalístico.**"* (Destacou-se).

Sem maiores delongas, percebe-se que, no caso, inexiste identidade de acusados.

Com efeito, em consulta aos autos da Ação Penal nº 0003283-28.2017.8.12.0001, constata-se que Dagmar Miranda da Silva, Ely Anderson Bernal André e José Victor de Souza André foram condenados pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico.

De fato, a conduta acima mencionada novamente foi alvo de denúncia, mas para apurar a responsabilidade dos demais envolvidos (Rogério Campos de Moraes, Dennis Alves e Silva, Dargui Taborda Santana e Luciene Taborda), já que os recorrentes Ely Anderson e José Victor atuavam apenas como transportadores da droga adquirida pela organização criminosa.

Destarte, não restam dúvidas de que a prática apurada nos autos da Ação Penal nº 0003883-28.2017.8.12.0001 está descrita no "Fato 05", contudo os apelantes não foram denunciados pela referida prática (f. 18), tanto que foram condenados somente pelos "Fatos 04 e 06", o qual diz respeito ao transporte de drogas pelos recorrentes em outro contexto e pela organização criminosa.

Em abono dessa conclusão, eis o seguinte trecho da denúncia:

> *"(...) José Victor de Souza André, vulgo "Frete" ou "Cumpadre", os delitos previstos no art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal) (4º fato e 6º fato);*
>
> *Ely Anderson Bernal André, vulgo "Frete2", os delitos previstos no art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, e no art. 2º, caput, da Lei Federal nº 12.850/13, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal) (4º Fato e 6º Fato)"* (f. 18).

Outrossim, colhe-se o seguinte excerto do dispositivo da sentença, *in verbis*:

> *"(...) Condeno os acusados Ely Anderson Bernal André e José Victor de Souza André, como incursos no **artigo 33 (Fato 4), da Lei Federal nº 11.343/06, e no art. 2º, caput**,* **da Lei Federal nº 12.850/13**, todos em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal), à pena de 08 anos e 10 meses de reclusão e 593 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, em regime fechado, sem substituição." (f. 1.716) (Destacou-se).

Portanto, incabível falar em litispendência.

Da preliminar de nulidade das interceptações.

Por se encontrar o sigilo das comunicações telefônicas protegido pela Carta Fundamental, a interceptação telefônica se opera por meio de decisão judicial fundamentada como instrumento para fins de investigação criminal ou instrução criminal somente em situações excepcionais, isto é, naqueles casos em que: existem indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a prova não possa ser obtida por outros meios disponíveis e o fato investigado caracterize infração penal punida com reclusão.

A esse respeito, eis o escólio de Renato Brasileiro de Lima:

> *"(...) De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, XII), a interceptação telefônica está condicionada à prévia autorização judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Por força da Carta Magna, portanto, são pressupostos da interceptação telefônica: a) ordem judicial devidamente fundamentada; b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; c) para fins de investigação criminal (medida cautelar preparatória) ou instrução processual penal (medida cautelar incidental)."*

Constata-se que a decisão que autorizou as interceptações telefônicas, proferida no bojo dos Autos nº 0042563-40.2016.8.12.0001, está devidamente fundamentada, na medida em que expõe os fundamentos pelos quais se fez necessário o deferimento da medida de exceção (f. 210-214).

No caso vertente, a excepcionalidade estabelecida no artigo 2º da Lei nº 9.296/93 está devidamente caracterizada.

Assim se conclui porque o requerimento formulado pela autoridade policial está devidamente justificada diante da complexidade das investigações e da dificuldade de obtenção da prova da participação dos apelantes nos fatos apurados por outro método.

Lado outro, ao revés do que alega a defesa, não se faz necessária a perícia nas vozes captadas nas interceptações diante da ausência de previsão legal.

Nesse diapasão:

> *"EMENTA – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO – RECURSO DEFENSIVO DE CAMILA AVELLAR DA ROCHA AZEVEDO – PRELIMINARES – SUSCITADA A ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – INOCORRÊNCIA – ESCUTAS AUTORIZADAS JUDICIALMENTE – CONTRADITÓRIO DEVIDAMENTE POSSIBILITADO NOS AUTOS – SUSCITADA NECESSIDADE DE PERÍCIA DE VOZ – PROVIDÊNCIA DESNECESSÁRIA PARA VALIDADE DA PROVA – DEGRAVAÇÃO PERTINENTE NO BOJO DOS AUTOS – SUSCITADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – MATÉRIA ATINENTE NA ANÁLISE DO MÉRITO – NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO – PRELIMINARES CONHECIDAS EM PARTE E REJEITADAS – DO MÉRITO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPROCEDÊNCIA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CPP – PROVA SUFICIENTE DA ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E DEDICADA AO COMÉRCIO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO MANTIDA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – AUSÊNCIA DE REQUISITO – NÃO CONCESSÃO. REGIME PRISIONAL – REPRIMENDA INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO – AGENTE PRIMÁRIO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ART. 59 DO CP E ART. 42 DA LEI 11.343/2006 – REGIME FECHADO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – BENESSE INVIÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.*

1 - A perícia para o reconhecimento de voz em casos de interceptação telefônica é prescindível, uma vez que a Lei nº 9.296/96 não exige a realização de prova técnica, com o escopo de reconhecer a voz dos interlocutores. *(...)*

5 - Recurso a que, com o parecer, nego provimento. De ofício, afasto o caráter hediondo do delito." (TJMS. Apelação Criminal nº 0000695-15.2012.8.12.0004, Amambai, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 05/03/2018, p: 09/03/2018) (Destacou-se).

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ONZE RÉUS – CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006), QUADRILHA ARMADA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03) – PRELIMINARES REJEITADAS – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E CERCEAMENTO DE DEFESA – DESNECESSIDADE DE PERÍCIA DE VOZ E DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS – LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA – NÃO CONFIGURADAS. MÉRITO – COMPROVAÇÃO DAS AUTORIAS DOS DELITOS – CONDENAÇÕES MANTIDAS – PENA-BASE – REDUÇÃO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ATENUANTE RECONHECIDA APENAS QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – AFASTADA PARA UM DOS APELANTES – REGIME ALTERADO PARA TRÊS APELANTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Preliminares rejeitadas. ***Não é necessária a degravação integral de diálogos em interceptações telefônicas, bastando a transcrição de partes e excertos suficientes ao embasamento da formulação da denúncia, bem como desnecessária a perícia de voz nas interceptações telefônicas, vez que tal providência não se encontra prevista na Lei 9.269 /96, até por que, todo o conjunto probatório constante nos autos, formaram o convencimento do magistrado sobre a participação dos apelantes no tráfico de drogas e na associação criminosa investigada, não havendo qualquer nulidade por cerceamento de defesa. Ausência de litispendência e coisa julgada. Presente feito trata de crimes e fatos diversos, envolvendo coautores distintos.*** (...)". (TJMS. Apelação Criminal nº 0013692-73.2011.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 02/02/2017, p: 20/02/2017) (Destacou-se).

Destarte, impossível desqualificar a prova obtida por meio das interceptações telefônicas na medida em que as escutas requeridas pela autoridade policial foram devidamente autorizadas pelo juízo competente, nos termos do artigo 5°, inciso XII da Constituição Federal e da Lei nº 9.296/96.

Desse modo, a preliminar de nulidade deve ser rechaçada.

Do pleito absolutório

Por ordem de prejudicialidade, os recursos defensivos devem ser analisados primeiramente.

Pois bem.

A materialidade está devidamente demonstrada pelos boletins de ocorrência de f. 89-91, f. 101-103, f. 110-113, f. 124-126, f. 132-135 e 148-151, bem como pelos laudos periciais acostados às f. 908-967.

Do mesmo modo, constata-se que a autoria restou devidamente comprovada, consoante doravante exposto.

As provas produzidas durante a fase inquisitorial foram confirmadas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Durante a fase judicial, todos os apelantes negaram a prática dos fatos que lhes são imputados (arquivos audiovisuais de f. 809-811).

Por outro lado, os relatos judiciais prestados pelos policiais civis André de Sá Earp Pagliarelli, Wagner Ortigosa e Mário Márcio S. Jurado (arquivos audiovisuais de f. 826-828), os quais atuaram no desmantelamento da organização criminosa, são harmônicos e uníssonos, corroborando a autoria delitiva dos apelantes.

Passa-se, então, a demonstração da participação dos apelantes.

Importante frisar que os policiais acima referidos atuaram como analistas de inteligência, cabendo esclarecer que a investigação se iniciou em decorrência da intensa comercialização de drogas na zona norte de Campo Grande, fato que ensejou o cognome da investigação de "Operação Zona Norte".

Em seu depoimento judicial (arquivo audiovisual de f. 826-828), o investigador de polícia judiciária André de Sá Earp Pagliarelli relatou que a investigação teve início após notícias do aumento da criminalidade na zona norte de Campo Grande, salientando que, após investigações, obtiveram informações de que o apelante Rogério Campos de Moraes, conhecido como "Cego", seria um dos chefes do tráfico de drogas na região.

Referida apuração deu ensejo a relatório de investigação que alicerçou o pedido de interceptação telefônica (acostado às f. 186-193).

Argumenta que após o deferimento da referida medida foi possível identificar uma organização extremamente organizada.

Aduziu que Rogério "Cego" repassava o dinheiro através de Dargui "Sassá" para Luciene "Doutora", a qual residia em Corumbá e era fornecedora de cocaína adquirida no referido município.

Salientou que Cristiano de Aguiar da Silva, o qual foi preso com 1,5 kg de cocaína (Fato 2), fazia parte da rede de distribuição de Rogério "Cego".

Afirma que Marcos Sotelo, o primeiro dos distribuidores a ser preso, estava guardando os entorpecentes de propriedade de Dargui, Rogério e Dennis, argumentando que a droga viria de Corumbá para os referidos agentes, os quais adquiriam os entorpecentes conjuntamente, utilizando-se, ainda, dos mesmos fornecedores e transportadores.

Relata que, em determinada interlocução, um dos transportadores asseverou que trabalhava junto à organização há mais de 06 (seis) anos.

Esclarece que ocorreram apreensões de drogas durante o período de interceptação telefônica em face da referida organização criminosa.

No mesmo caminhar, o investigador de polícia judiciária Wagner Ortigosa (arquivo audiovisual de f. 826-828), o qual atuou nas investigações e nas diligências em campo, relatou que Rogério e Dennis enviavam dinheiro para o apelante Dargui "Sassa", o qual repassava as referidas quantias para sua genitora, Luciene "Doutora", que era responsável por enviar a cocaína do município de Corumbá para Campo Grande.

Relata que o referido entorpecente era enviado por intermédio de José Victor e Ely Anderson, os quais eram responsáveis pela logística da organização, isto é, entregavam os entorpecentes nos pontos determinados pelos chefes da organização.

Salienta que, dentre os diálogos interceptados, há menção de que os "Cumpadres" (José Vítor e Ely Anderson) realizavam o transporte de entorpecentes para o recorrente Rogério "Cego" há mais de 06 (seis) anos.

Aduz que José Vítor e Ely Anderson transportavam a droga até a residência dos mesmos, local em que os entorpecentes eram descarregados, narrando que logo após os referidos transportadores avisavam Rogério, o qual ordenava a distribuição das drogas.

O investigador de polícia judiciária Mário Márcio J. Jurado (arquivo audiovisual de f. 826-828) esclareceu que atuou como analista da inteligência das interceptações e na diligência que culminou na

apreensão de 65 Kg (sessenta e cinco quilogramas) de cocaína junto aos apelantes Ely Anderson e José Vítor, os quais haviam regressado de Corumbá momentos antes.

Esclarece que identificaram, inicialmente, o primeiro depósito de drogas da referida organização em imóvel pertencente a Marcos Sotello e sua esposa, ocasião na qual apreenderam 21 Kg (vinte e um quilogramas) de cocaína.

Menciona que o referido dinheiro era arrecadado em espécie pelo grupo de criminosos e repassado para Dargui, o qual repassava para sua genitora, Luciene (Doutora), que, por sua vez, era responsável pelo fornecimento das drogas.

Posteriormente, Ely Anderson e José Vítor transportavam as drogas de Corumbá para Campo Grande, destinando-as aos "guardas roupas", isto é, as pessoas responsáveis por manter os entorpecentes em depósito até a distribuição posterior, tanto que, por diversas ocasiões, Rogério "Cego" e Dennis ligavam para tais agentes para orientá-los sobre a repartição da droga.

Instado pelo representante do Ministério Público sobre o tempo de atuação da referida organização, o depoente afirma que fora interceptada interlocução na qual Rogéria menciona atuar com os freteiros há mais de 06 (seis) anos.

Outrossim, o referido policial relata que Rogério "Cego", em algumas das conversas interceptadas, afirma ser o proprietário das armas de uso restrito referentes ao Fato 4 descrito na peça acusatória, as quais eram emprestadas pelo referido agente para a prática de crimes.

Interpelado pela defesa sobre o lucro, o depoente afirma todos os agentes auferiam vantagens patrimoniais com o comércio de droga, esclarecendo que os transportadores (Ely Anderson e José Vítor) recebiam R$ 1.000,00 (mil reais) por quilograma de cocaína transportada.

Aduz que tais agentes pagavam U$ 1.800,00 (mil e oitocentos dólares) por quilograma de cocaína e a arrecadação dos valores era realizada por Rogério "Cego", o qual comandava a organização.

Em abono aos relatos policiais, colhe-se alguns trechos do relatório final de investigação, *in verbis*:

> *- Entrega de Frete 2 (Ely Anderson Bernal André) para Sassa, Frete 2 diz que Doutora mandou entregar 1,2kg da cocaína para ele, sendo 1kg de pasta-base mais 200 gramas de cocaína. Sassa fala que a droga dele vem junto com a de Cego e são 6kg. Entrega de 12,5Kg para Sassa.*
>
> *67 99150-8231 – Sessões: 00007, 00015.*
>
> *- Frete 2 (Ely Anderson Bernal André) trata com Luci (alvo Doutora) sobre quanto deve entregar para cada comparsa.*
>
> *67 99150-8231 – Sessões: 00038, 00040.*
>
> *- Frete 2 (Ely Anderson Bernal André) fala com Frete (José Victor de Souza André) (tio e sobrinho), tratam sobre a dívida de Cego com eles pelo transporte da droga da organização (droga apreendida com Alvo Neguinho).*
>
> *67 99150-8231 – Sessões: 00062, 00078.*
>
> *- Frete 2 (Ely Anderson Bernal André) comenta com HNI sobre a prisão de Neguinho.*
>
> *67 99150-8231 – Sessões: 00085, 00086,00098.*
>
> *- Frete 2 (Ely Anderson Bernal André) conversa sobre frete de droga com comparsa Frete (José Victor de Souza André) (drogas do grupo).*

67 99150-8231 – Sessões: 00043, 00061,00073.

- Cego irá efetuar o pagamento do frete da droga realizado por Frete (José Victor de Souza André).

67 99150-8078 – Sessões: 00072, 00074." (f. 734-735).

Diante do robusto acervo probatório acima demonstrado, pode-se concluir que os recorrentes Rogério e Dennis eram os proprietários dos entorpecentes, sendo realizado o rateio entre tais agentes dos custos com a aquisição e transporte dos entorpecentes.

A seu turno, o recorrente Dargui "Sassá" era responsável por receber os valores para a aquisição de entorpecentes junto à Luciene "Doutora" no município de Corumbá, cabendo salientar que o referido agente também era proprietário de parte das drogas.

Os apelantes José Victor de Souza André e Ely Anderson Bernal André trabalhavam no transporte dos entorpecentes, isto é, atuavam como "freteiros", tanto que possuíam, respectivamente, o cognome de "Frete" e "Frete 2" ou "Cumpadres".

Insta esclarecer que tais agentes não eram meras "mulas", mas efetivos integrantes da referida organização criminosa, porquanto gozavam da mais alta confiança dos demais agentes, sobretudo por causa da expressividade do valor dos entorpecentes transportados e da habitualidade na logística exercida pelos referidos transportadores.

Como visto não restam dúvidas sobre a prática do tráfico de drogas por parte dos apelantes, bem como de posse de armas e munições de uso restrito, este último delito apenas em relação ao apelante Rogério "Cego).

Outrossim, também é certa a autoria em relação ao crime previsto no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Isso porque devidamente satisfeitos os três os requisitos fixados pelo artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, para o reconhecimento da organização criminosa, quais sejam: associação de 4 (quatro) ou mais pessoas; estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente; finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional.

Por certo, o acervo probatório acima apresentado demonstra com clareza solar que os cinco recorrentes se associaram para o comércio de drogas por meio de estrutura organizada com divisão de tarefas para obterem vantagens econômicas expressivas, *v.g.*, a apreensão de cargas pertencentes aos apelantes avaliadas em R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) (f. 252) e R$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) (f. 359).

Desse modo, a manutenção da condenação dos apelantes é medida que se impõe.

Das pretensões defensivas relativas às penas-bases

Os apelantes José Victor, Ely Anderson e Dennis postulam pela redução de suas respectivas penas-bases ao mínimo legal.

A defesa de Dennis postula pelo afastamento das circunstancias judiciais preponderantes do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixando a reprimenda em patamar próximo ao mínimo legal (f. 1.889).

Por estima à brevidade, vale frisar que os referidos pleitos serão apreciados conjuntamente, pois a fundamentação declinada pelo Juízo *a quo* para a valoração da natureza e quantidade da droga fora a mesma para todos os sentenciados em relação ao crime de tráfico de drogas (f. 1.706-1.714).

Pois bem.

Os apelantes José Victor e Ely Anderson foram condenados pela participação no tráfico de drogas de 18,6 Kg (dezoito quilogramas e seiscentos gramas) de cocaína "Fato 04".

A seu turno, Dennis fora responsabilizado pelo comércio 21 Kg (vinte e um quilogramas), 1,53 Kg (um quilograma e quinhentos e trinta gramas), 18,6 Kg (dezoito quilogramas e seiscentos gramas) e 65,1 Kg (sessenta e cinco quilogramas e cem gramas) de cocaína (Fatos 01, 02, 04 e 05).

Diante desse cenário, não restam dúvidas de que o Juízo *a quo* agiu acertadamente ao sopesar a natureza e a quantidade de drogas nas reprimendas basilares dos recorrentes.

Outrossim, ao revés do sustentado pela defesa de Dennis (f. 1.889), inexiste reparo a ser feito em relação ao patamar da exasperação, porquanto o Juízo singular utilizou fração demasiadamente benéfica ao recorrente, isto é, 1/20 entre a diferença das penas máxima e mínima cominadas ao delito por circunstância judicial, enquanto este Sodalício e o Superior Tribunal de Justiça empregam o patamar de 1/10.

De mais a mais, incabível falar em *bis in idem*, pois a natureza e a quantidade são circunstâncias totalmente autônomas e, desse modo, devem ser valoradas separadamente.

Portanto, inexiste reparo a ser feito na dosimetria.

Do reconhecimento do tráfico privilegiado

Os apelantes José Victor de Souza André, Ely Anderson Bernal André e Dargui Taborda Santana postulam, também, pela aplicação da redutora do tráfico privilegiado, sob o fundamento de que preenchem todos os requisitos legais para ser agraciados com a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Entretanto, *in casu*, a quantidade de droga apreendida tende a demonstrar o maior envolvimento do apelante em atividades criminosas, notadamente porque traficantes inexperientes não possuiriam condições de dispor de significativa quantidade de entorpecentes.

Importante sopesar que a dedicação à atividade criminosa, neste particular, é revelada pelas circunstâncias do caso concreto, pois a aquisição da quantidade de droga apreendida com os apelantes certamente demandou considerável investimento financeiro e o envolvimento de vários agentes.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO INCIDÊNCIA –* ***QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DE DROGA ALTAMENTE NOCIVA (2,040G DE COCAÍNA)*** *– ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM DEDICAÇÃO AO TRÁFICO – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO – INCABÍVEIS – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *I* ***Incabível o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, pois as circunstâncias aferidas no caso concreto, em especial a quantidade considerável e a natureza perniciosa da droga (2,040kg de cocaína), aliada aos demais elementos de convicção, demonstram, indubitavelmente, a dedicação do apelante ao tráfico ilícito de entorpecentes.***
>
> *II Mantida a reprimenda corporal aplicada na sentença (superior a 4 anos de reclusão), revela-se incabível o abrandamento do regime prisional para o aberto e a substituição desta por restritivas de direito.*
>
> *III Com o parecer, recurso desprovido.* (TJMS. Apelação Criminal nº 0048119-52.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 16/08/2019, p: 19/08/2019) (Destacou-se).

A conjunção dessas circunstâncias evidencia que os recorrentes se dedicam a atividade delitiva ou integram organização criminosa, razão pela qual não fazem jus à causa de diminuição do tráfico privilegiado.

Coligado a isso, ainda pesa em desfavor de José Victor de Souza André e Ely Anderson Bernal André a existência de condenação definitiva por tráfico de drogas no bojo dos autos da Ação Penal nº 0003283-28.2017.8.12.0001, consoante as certidões de antecedentes acostadas, respectivamente, às f. 864-866 e 867-868.

Enfim, diante da dinâmica dos fatos apurados nos autos em epígrafe, não há como aplicar aos recorrentes a causa de diminuição contida no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, pois os entorpecentes manipulados e transportados pelos agentes eram de propriedade da organização criminosa integrada pelos apelantes.

Do abrandamento do regime prisional e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A defesa de Dargui pugna, também, pelo abrandamento do regime prisional e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contudo, observa-se que o *quantum* da reprimenda final aplicada ao apelante, bem como as circunstâncias judiciais relativas à natureza e quantidade da droga, inviabilizam o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena, nos termos dos artigos 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, e 44, inciso I, ambos do Código Penal.

Da pretensão ministerial de afastamento da continuidade delitiva

O representante do Ministério Público em primeira instância propugna pelo afastamento da continuidade delitiva.

Contudo, não lhe assiste razão.

De acordo com o artigo 71 do Código Penal, 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.

Constata-se, neste particular, que os crimes pertencem à mesma espécie (tráfico de drogas), ocorreram na mesma comarca (Campo Grande), em curto espaço temporal, além de haver semelhança na maneira de execução, de modo que a continuidade delitiva resta evidenciada, porquanto a vontade de praticar um crime como se fosse continuação do outro.

Por certo, o liame subjetivo necessário está consubstanciado no fato dos réus cometerem os delitos de modo semelhante e possuírem a mesma finalidade (vínculo subjetivo), isto é, a obtenção de lucro com a disseminação dos entorpecentes.

Isso porque os recorrentes Rogério "Cego", Dennis e Dargui "Sassá" sempre se valiam do mesmo *modus operandi*, isto é, ocultavam as drogas com outros agentes, os quais mantinham os entorpecentes em depósito.

Por certo, as provas carreadas aos autos evidenciaram que os desígnios dos agentes mostraram-se fortes e consistentes no sentido de demonstrar que os crimes ocorrerem um após o outro e na mesma região de Campo Grande, isto é, na "Zona Norte", tanto que este foi o nome da operação deflagrada pela Delegacia Especializada de Repressão ao Narcotráfico.

Diante desse cenário, não restam dúvidas de que a continuidade delitiva estabelecida na sentença merece ser preservada incólume.

No que tange aos prequestionamentos levantados, deve-se frisar que a matéria controvertida foi analisada, integralmente, de maneira clara e objetiva, mostrando-se despicienda a expressa referência no acórdão de todas as normas indicadas pelas partes.

Diante do exposto, em parte contra o parecer, deve-se rejeitar as preliminares e, quanto ao mérito, negar provimento aos apelos defensivos e ao recurso ministerial, mantendo-se a r. sentença incólume.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares de nulidade por ausência da citação da corré, da litispendência, de nulidade das interceptações telefônicas e, no mérito, negaram provimento aos recursos defensivos e ministerial.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 5 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0801024-07.2016.8.12.0019 - Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – ALEGADA ATIPICIDADE CONDUTA – EXERCÍCIO DA AUTODEFESA – TESE AFASTADA – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL NÃO ACOLHIMENTO – REGIME PRISIONAL SEMIABERTO ADEQUADO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O direito constitucional de permanecer calado, protegido pelo artigo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, abrange o direito de mentir ou omitir sobre os fatos imputados, mas não abrange o direito de mentir a respeito de sua identidade perante a autoridade policial, sob pena de incorrer no crime de uso de documento falso ou de falsa identidade. Súmula 522 do STJ. Evidentemente, esse mesmo entendimento se aplica ao crime de falsidade ideológica, pois, na essência, trata-se da mesma proposição.

Carece de interesse o pleito de aplicação da fração de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial tida como negativa, porquanto foi exatamente este montante de acréscimo adotado pelo emérito julgador na primeira fase da dosimetria em razão dos antecedentes criminais.

Não há se falar em abrandamento do regime prisional, pois, ainda que a pena seja inferior a quatro anos, a reincidência obstaculiza o regime inicial aberto (art. 33, § 2º, "c", do CP).

Recurso não 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, negar provimento.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de apelação criminal interposta por Luiz Carlos Ajala Quintana contra sentença (f. 287-288), que julgou procedente a pretensão acusatória e o condenou à pena de 1 ano e 9 meses de reclusão e 70 dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito capitulado no art. 299, *caput*, c/c art. 71, ambos do CP.

Em suas razões recursais (f. 308-318), o recorrente pugna por sua absolvição, aduzindo, em síntese, a atipicidade de conduta, consubstanciada no exercício da autodefesa e, subsidiariamente, pugna pela adequação da pena-base a fim de que seja utilizado o parâmetro de 1/8 para cada circunstância considerada negativa e, por fim, a fixação do regime aberto.

Contrarrazões apresentadas, às f. 319-330, pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença atacada.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 350-373, pelo conhecimento e improvimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Luiz Carlos Ajala Quintana contra sentença (f. 287-288), que julgou procedente a pretensão acusatória e o condenou à pena de 1 ano e 9 meses de reclusão e 70 dias-multa, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito capitulado no art. 299, *caput*, c/c art. 71, ambos do CP.

Em suas razões recursais (f. 308-318), o recorrente pugna por sua absolvição, aduzindo, em síntese, a atipicidade de conduta, consubstanciada no exercício da autodefesa e, subsidiariamente, pugna pela adequação da pena-base a fim de que seja utilizado o parâmetro de 1/8 para cada circunstância considerada negativa e, por fim, a fixação do regime aberto.

Contrarrazões apresentadas, às f. 319-330, pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença atacada.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 350-373, pelo conhecimento e improvimento da apelação.

Passa-se ao exame do mérito.

Primeiramente, cumpre-se ressaltar que não há insurgência acerca da materialidade e a autoria delitiva, mas sim, na atipicidade da conduta.

Pois bem. Em que pese considerações defensivas, o recurso não comporta acolhimento.

Consoante o entendimento do STJ, o direito de permanecer calado, está protegido pelo artigo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, abrangendo o direito de falsear ou omitir sobre os fatos imputados, mas não compreende, entretanto, o direito de mentir a respeito de sua identidade perante a autoridade policial, sob pena de incorrer no crime de uso de documento falso ou de falsa identidade.

A esse respeito, eis a Súmula nº 522 do STJ:

> *"Súmula nº 522 - A conduta de atribui-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa."*

Evidentemente, esse mesmo entendimento se aplica ao crime de falsidade ideológica, pois, na essência, trata-se da mesma proposição.

Portanto, sem delongas, afasta-se a tese de autodefesa.

No que diz respeito utilização do parâmetro de 1/8 para cada circunstância considerada negativa, melhor sorte não socorre o apelante, pois não há interesse recursal.

Como visto, a defesa colaciona em seu pedido julgados do STJ que adotam a fração de 1/8 (um oitavo) como ideal, considerando o intervalo da condenação estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.

A pena máxima para o delito em análise é de 5 anos e a mínima é de 1 ano, logo, o intervalo é de 4 anos (48 meses), incidindo-se a fração de 1/8 sobre os 48 meses, tem-se o *quantum* de 6 meses para cada circunstância judicial considerada negativa.

Desta feita, como dito, carece de interesse recursal o pedido, já que foi exatamente este montante de acréscimo adotado pelo emérito julgador na primeira fase da dosimetria em razão dos antecedentes criminais.

Por derradeiro, o pedido de alteração de regime também não merece guarida.

Para a fixação do regime de cumprimento de pena deve-se observar os critérios dos §§ 2º e 3º, do art. 33 do CP. Vejamos:

> *"Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, 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:*
>
> *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**.*
>
> *§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."* (negritou-se)

Ora, da interpretação de tal dispositivo legal, resta cristalino que os regimes prisionais aberto e semiaberto são destinados aos condenados não reincidentes. Assim, seguindo tal orientação, deveria ser determinado para início do cumprimento da pena o regime mais severo, qual seja, o fechado.

Contudo, é cediço que o STJ editou a Súmula 269[1], possibilitando aos condenados reincidentes, com pena igual ou inferior a quatro anos que ostentem circunstâncias judiciais favoráveis, o cumprimento no regime semiaberto.

Neste diapasão, tem-se que, ao caso em análise, ante a existência de maus antecedentes, seria cabível até mesmo o estabelecimento de regime inicial fechado ao invés do semiaberto estabelecido na sentença.

Desse modo, a sentença não comporta reparos, porquanto demasiadamente benéfica ao apelante.

Diante do exposto, com o parecer, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 12 de setembro de 2019.

***

1 É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

1ª Câmara Criminal
Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0001733-60.2016.8.12.0024 - Aparecida do Taboado

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO TENTADO – VÍTIMA BEBÊ DE DEZ MESES - PEDIDO DE SUBMISSÃO A NOVO JÚRI – TESE DE JULGAMENTO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO ACOLHIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE EXPURGO DA QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – PENA-BASE PRESERVADA – EXPURGO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – PATAMAR DA TENTATIVA MANTIDO – PARCIALMENTE PROVIDO.

Na hipótese, a decisão dos jurados não está manifestamente contrária às provas dos autos, mas se baseou em elementos contidos no bojo do processo, reconhecendo que o apelante agiu de forma qualificada, não havendo que se falar em expurgo, sob pena de invadir a competência constitucional do Júri, que assim conheceu o contraditório e formou seu convencimento. Os jurados não decidiram em afronta às provas dos autos. Eles ouviram ambas as versões, conheceram o contraditório e formaram convencimento. Não caberia, em sede de apelação, reformar o que decidiram se o processo transcorreu sem nulidades, respeitado o devido processo legal.

O Juiz Presidente valorou negativo o motivo, reconhecido como torpe pelo Conselho de Sentença, além do meio cruel, que qualificou o delito, bem como as consequências em face das sequelas físicas ocasionadas na infante. Não se identifica erro de julgamento, logo, não há qualquer reparo a ser feito na valoração realizada, pois guardam correlação lógica com as moduladoras respectivas e de forma idônea, amparadas nos elementos concretos, colhidos na ação penal.

A agravante da reincidência, embora reconhecida em 1º Grau, deve ser expurgada, pois das certidões acostadas aos autos, não se verifica condenação transitada em julgado anterior ao presente.

Acerca da tentativa, para estabelecer a fração de redução é preciso que seja adotado um critério relacionado à maior ou menor proximidade da consumação, ou seja, é necessário observar a distância percorrida do *iter criminis*. Assim, quanto maior a proximidade entre o fato e o resultado, menor deverá ser o patamar de redução de pena a ser aplicado. Os atos executórios foram todos praticados, estando o crime demasiadamente próximo de alcançar sua consumação, o que somente não ocorreu por circunstâncias alheias a sua vontade.

Com o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso, tão somente para afastar a agravante da reincidência e, consequentemente, compensar com a atenuante prevista no art. 65, inc. III, alínea d, com a agravante preconizada no art. 61, inc. II, alínea e, ambos do Código Penal, restando a pena definitiva em 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 1º de julho de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal).

Trata-se de apelação criminal interposta por H. L. F., condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 06 (seis) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos II e III, c/c. § 4º do art. 121, c/c. art. 14, inc. II, todos do Código Penal.

Em suas razões recursais nas f. 1.088-1.101, requer seja submetido a novo julgamento, sob a alegação de que o veredicto dos jurados foi manifestamente contrário à prova dos autos, sob a pretensão de que a autora do crime teria sido a genitora da criança-vítima. Subsidiariamente, pede que seja redimensionada sua pena-base para o mínimo legal, bem como que seja aplicada a causa de diminuição, referente à tentativa, na fração de 2/3 (dois terços) e, por fim, seja afastada a agravante da reincidência e decotada a qualificadora do meio cruel.

O *Parquet* em contrarrazões de f. 1.116-1.126, manifestou-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo provimento parcial, tão somente para modificar a pena intermediária, mantendo-se a r. sentença em seus demais aspectos. Apresentou prequestionamento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 1135-1150 pelo parcial provimento do recurso, tão somente para afastar a agravante da reincidência e, consequentemente, compensar com a atenuante prevista no art. 65, inc. III, alínea d, com a agravante preconizada no art. 61, inc. II, alínea e, ambos do Código Penal.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por H. L. F., condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 06 (seis) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos II e III, c/c. § 4º do art. 121, c/c. art. 14, inc. II, todos do Código Penal.

Em suas razões recursais nas f. 1.088-1.101, requer seja submetido a novo julgamento, sob a alegação de que o veredicto dos jurados foi manifestamente contrário à prova dos autos, sob a pretensão de que a autora do crime teria sido a genitora da criança-vítima. Subsidiariamente, pede que seja redimensionada sua pena-base para o mínimo legal, bem como que seja aplicada a causa de diminuição, referente à tentativa, na fração de 2/3 (dois terços) e, por fim, seja afastada a agravante da reincidência e decotada a qualificadora do meio cruel.

O *Parquet* em contrarrazões de f. 1.116-1.126, manifestou-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo provimento parcial, tão somente para modificar a pena intermediária, mantendo-se a r. sentença em seus demais aspectos. Apresentou prequestionamento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 1135-1150 pelo parcial provimento do recurso, tão somente para afastar a agravante da reincidência e, consequentemente, compensar com a atenuante prevista no art. 65, inc. III, alínea d, com a agravante preconizada no art. 61, inc. II, alínea e, ambos do Código Penal.

Passa-se a analisar.

Narrou a exordial acusatória:

> *"Consta dos autos que no dia 10/09/2016, por volta das 16h30min, na avenida Boiadeira, nº 4488, bairro Vila São Geronimo, nesta cidade de Aparecida do Taboado/MS, o denunciado, imbuído com animus necandi, agrediu a vítima E. V. B. L. F. (de apenas dez meses de idade), não causando o resultado morte por circunstâncias alheias a sua vontade.*

Consta nos autos que no dia, hora e local dos fatos, o denunciado agrediu sua filha de apenas 10 (dez) meses de idade (causa de aumento de pena) com tapas no rosto, na cabeça e nas pernas, bem como sacudindo-lhe e arremessando contra a cama por diversas vezes, causando-lhe as lesões corporais descritas nos laudos médicos de f. 17 e f. 55-56.

Consta ainda que o denunciado utilizou-se de meio cruel para agredir a vítima, espancando-lhe e sacudindo-lhe por cerca de 20 (vinte) minutos, oportunidade em que causou na vítima (criança) intenso sofrimento físico, não tendo o delito se consumado em razão da vítima ter começado a se contorcer, aparentando estar morrendo (tentativa).

Apurou-se que o denunciado agrediu a vítima (dez meses de idade) por ela estar chorando (motivo fútil), em total falta de proporção entre a causa (choro) e a sua conduta (crime).”

A princípio, convém enfatizar que a soberania do Conselho de Sentença é reconhecida constitucionalmente, não devendo, em regra, haver a anulação dos veredictos proferidos pelos juízos leigos, nos moldes do art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal.

Apenas excepcionalmente é possível o acolhimento da tese de decisão dos jurados manifestamente contrária às provas dos autos, para tanto, o entendimento do Conselho de Sentença deve estar completamente dissociado do contexto fático apresentado em Plenário.

Nesse sentido:

“(...) Havendo elementos de prova que permitam aos jurados a escolha de qualquer das teses sustentadas pelas partes, não é cabível a declaração de nulidade do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de ofensa à soberania do veredicto dos jurados (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal), como é o caso em questão, considerando a situação fático-probatória devidamente analisada pela Corte Estadual. 4. Habeas corpus não conhecido.” (HC 439.348/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

“(...) A decisão tomada pelos jurados, ainda que eventualmente não seja a mais justa ou a mais harmônica com a jurisprudência dominante, é soberana, conforme disposto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF/1988. O princípio da soberania dos vereditos é, todavia, mitigado quando os jurados proferem decisum manifestamente contrário às provas colacionadas nos autos, casos em que o veredito deve ser anulado pela instância revisora e o réu submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri. 2. A linguagem adotada por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto contra as decisões do Júri obtidas no iudicium causae, por sua própria natureza, não reclama igual comedimento exigido na fase de pronúncia - até porque reconhecerá se houve ou não decisão manifestamente contrária à prova dos autos -, o que não implica afirmar que necessariamente houve eloquência acusatória (Precedentes).3. Não há falar em constrangimento ilegal, pois a Corte de origem apenas demonstrou que o veredito estava provido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo.4. Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto se flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo.(...)” (HC 453.010/PE, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 14/12/2018)

“(...) No caso concreto, conforme se constata pela simples leitura do acórdão da apelação, não conseguiu o colegiado de origem demonstrar que a conclusão do júri é descabida, mas realizou, em realidade, uma outra aferição do mesmo acervo probatório que permite leituras diversas e, diferentemente do julgamento popular, chegou a conclusão de que houve tentativa de homicídio. Isso não é suficiente para anular o júri, sob pena de infringência à soberania do veredicto. 3 - Os jurados, na espécie, após as versões da acusação e da

> *defesa para os mesmos elementos colhidos na instrução, optaram por uma das possíveis e, pois, caracterizada não está a possibilidade de o Tribunal, em apelação, anular o plenário, determinando a submissão do paciente a novo júri.* 4 - Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória." (HC 444.262/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

De uma análise detida dos autos, é possível perceber que a decisão dos juízes leigos não está completamente divorciada do caderno de provas. Vejamos.

O réu busca imputar a autoria da prática criminosa à genitora da criança, sra. N., contudo, foi esta quem prestou socorro médico à infante, levando-a ao hospital e, ouvida em juízo, disse ter sido impedida de prestar socorro à filha pelo período de quase 24 horas por ameaças do réu. A genitora narra ainda que as lesões praticadas pelo réu consistiram em tapas na cabeça e arremessos da infante na cama, descrevendo que o réu a segurava pelos braços e da sua própria altura em pé, jogava a criança na cama há uma distância de aproximadamente 2 metros. Disse ainda que fez isso por 20 minutos e só parou quando a criança começou a se contorcer (mídia f. 169 e 1067).

Segundo os médicos ouvidos em juízo, as lesões ocasionadas na infante são compatíveis com a "síndrome da criança sacudida", logo, coadunam-se com as práticas descritas pela mãe da criança (mídia f. 169).

A médica Giovana Furquim de Oliveira, em juízo, disse que ao visualizar a criança convulsionar, indagou à mãe acerca da realidade do ocorrido, pois até então teria dito que a menina caiu da cama, e somente neste instante em que a mesma relatou a veracidade dos fatos, descrevendo as agressões praticadas pelo pai, o réu H. Narrou ainda a médica que a bebê foi submetida a intenso sofrimento físico, em face da evolução rápida do quadro clínico em crise convulsiva com movimento de membro e ocular – crise convulsiva generalizada (mídia f. 169 e 1067).

Já o réu ouvido em juízo disse não se recordar de nada por ter usado drogas e consumido álcool, todavia, dizendo que N. teria lhe relatado que a criança caiu da cama, todavia, confirmou não preocupar-se em verificar o estado da menina (mídia f. 219 e 1067).

A Conselheira Tutelar Marinalva Gomes da Silva relatou comportamento agressivo de ambos os genitores, sendo os dois usuários de drogas. Disse ainda que a mãe visita a infante no abrigo, entretanto, mostrando-se fria no relacionamento. Narrou que a mãe da menor, ao tempo dos fatos, descreveu as agressões praticadas pelo genitor da vítima, mencionando ter medo do agressor, razão pela qual disse que não interveio no momento em que a criança era violentamente agredida (mídia f. 169).

Os policiais ouvidos sob o crivo do contraditório confirmaram que o réu confessou na fase extrajudicial, a prática das agressões, exatamente como narrado por Natália (mídia f. 169).

Logo, fartas as provas a amparar o julgamento do Júri.

De igual modo, acerca da qualificadora do meio cruel, reconhecida pelo Júri, está amparada no conjunto probatório, devendo ser mantida, pois o Conselho de Sentença entendeu que o réu praticou a tentativa de homicídio em face da infante por meio cruel, consistente em agressões físicas que lhe impingiram terrível sofrimento físico.

Assim, a decisão dos jurados se baseou nas provas contidas no bojo do processo, reconhecendo que o apelante agiu de forma qualificada, não havendo que se falar em expurgo, sob pena de invadir a competência constitucional do Júri, que assim conheceu o contraditório e formou seu convencimento.

De todo o acervo probatório, à evidência, a decisão do Corpo de Jurados não está contrária à prova dos autos, mas condizente com a realidade fática e amparada no conjunto probatório, pois "*é dado ao Conselho de Sentença decidir de acordo com sua íntima convicção*" (Ap. Crim.2010.039625-6 – SC, 3ª C., rel. Torres Marques, 14.10.2010)

Assim, fica evidenciado que, diferente do que sustenta a defesa, os jurados não decidiram em afronta às provas dos autos. Eles ouviram ambas as versões, conheceram o contraditório e formaram convencimento. Não caberia, em sede de apelação, reformar o que decidiram se o processo transcorreu sem nulidades, respeitado o devido processo legal.

Dosimetria

Pena-base

Pede a Defesa que seja redimensionada a pena-base para o mínimo legal.

O Juiz Presidente valorou negativo o motivo, reconhecido como torpe pelo Conselho de Sentença, além do meio cruel, que qualificou o delito, bem como as consequências em face das sequelas físicas ocasionadas na infante.

Reconhecido o motivo torpe pelo Corpo de Jurados, comprovado nos autos que a motivação foi pelo choro da criança, logo, evidente que é vil, repugnante, abjeto, de extrema "*violação do sentimento comum de ética e de justiça.*"[1]

As consequências também estão provadas pelos depoimentos dos médicos, que atestaram as sequelas, bem como a narrativa da mãe da criança de que esta apresenta um braço imóvel e não consegue manter-se sentada, sendo que antes dos fatos já sentava-se (mídia f. 1067).

Não se identifica erro de julgamento, logo, não há qualquer reparo a ser feito na valoração realizada, pois guardam correlação lógica com as moduladoras respectivas e de forma idônea, amparadas nos elementos concretos, colhidos na ação penal.

Agravante da reincidência

Noutro norte, a agravante da reincidência, embora reconhecida em 1º Grau, deve ser expurgada, pois das certidões de f. 1051-1059 e 1060-1064, não se verifica condenação transitada em julgado anterior ao presente.

Contudo, incidindo ainda a agravante da prática do crime em face de descendente e presente a atenuante da confissão espontânea, reconhecida na Instância Singela, ambas compensam-se. A dosimetria da pena será reformulada ao final.

Tentativa

Quanto à causa de diminuição, referente à tentativa, não merece retoque, pois fixada pelo Juízo *a quo* na fração de 1/6 (um sexto). Incabível outro patamar.

No caso da tentativa, situação em que o crime não foi consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente, a infração penal deve ser quantificada mediante aplicação de causa geral de diminuição de pena que pode variar de um a dois terços.

Para estabelecer a fração de redução é preciso que seja adotado um critério relacionado à maior ou menor proximidade da consumação, ou seja, é necessário observar a distância percorrida do *iter criminis*. Assim, quanto maior a proximidade entre o fato e o resultado, menor deverá ser o patamar de redução de pena a ser aplicado.

No caso dos autos, os médicos ouvidos, confirmaram que a vítima esteve à beira da morte (mídia f. 169 e 1067).

Ainda o laudo de exame de corpo de delito (f. 1002-1004), atestou: "c*onclui este perito por apresentar a examinada alterações decorrentes de traumatismo cujo grau é gravíssimo, fundamentando esta classificação*

1 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte esepcial (arts. 121 a 212). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 2

nas sequelas neurológicas e atraso neuromotor apresentados", logo demonstrada a persistência do réu na execução do delito, merecendo a redução no patamar mínimo, tal como fez o julgador de 1º grau.

Os atos executórios foram todos praticados, estando o crime demasiadamente próximo de alcançar sua consumação, o que somente não ocorreu por circunstâncias alheias a sua vontade.

Reformula-se a dosimetria penal.

Fixada a pena-base em 14 anos de reclusão.

Na segunda fase, expurgada a reincidência e compensadas a agravante da prática do crime em face de descendente e a atenuante da confissão espontânea, a pena intermediária fica no mesmo patamar de 14 anos de reclusão.

Na terceira fase, incide a causa de aumento de ter sido o delito praticado em face de menor de 14 anos de idade, aplicada na fração de 1/3, fica a pena em 18 anos e 08 meses de reclusão.

Reconhecida a causa geral de diminuição da tentativa, no patamar de 1/3, resta a pena em 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, que à míngua de outros elementos, torna-se definitiva.

Mantido o regime inicial fechado em face do quantum do apenamento e da incidência de circunstâncias judiciais negativas, bem como pela extrema selvageria do crime praticado em face de uma infante de dez meses de idade.

Com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para afastar a agravante da reincidência e, consequentemente, compensar com a atenuante prevista no art. 65, inc. III, alínea d, com a agravante preconizada no art. 61, inc. II, alínea e, ambos do Código Penal, restando a pena definitiva em 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial fechado.

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. Geraldo de Almeida Santiago

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 01 de julho de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0042959-17.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES MILITARES – ABANDONO DE POSTO E PREVARICAÇÃO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE PRESERVADA – ATENUANTE MERITÓRIA NÃO CONFIGURADA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA CONCEDIDA – PARCIALMENTE PROVIDO.

Afasta-se a preliminar de prescrição do delito de abandono de posto, pois os fatos ocorreram em 04.02.2016, sendo a denúncia recebida em 10.04.2018. Pela pena concreta, fixada em 06 meses, o prazo prescricional seria de 02 anos, nos termos do art. 125, VII, do CPM, todavia, contado entre o recebimento da denúncia (10.04.2018) e a publicação da sentença condenatória (22.03.2019), logo, não trascorreu o decurso do lapso temporal.

Independentemente de ter ficado curto período de tempo ausente, o fato é que o réu ausentou-se de seu posto, praticando a conduta prevista no art. 195 do Código Penal Militar. O tipo penal em comento é delito de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo a ocorrência do risco ou prejuízo concreto para Administração. O simples fato de interromper o dever de estar em seu posto sem autorização configura a atividade ilícita, independentemente de existir no local outros militares. No mesmo norte, não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória em face do crime de prevaricação. O réu admite que ingressou bebida alcoólica no estabelecimento prisional militar e que tinha por destino doa-la a um dos internos, o que é suficiente para configuração do delito e, embora alegue que seria para festa a ser realizada por um irmão deste, fora do presídio, tal versão além de não crível, não tem o condão de desnaturar a prática ilícita. O destinatário das três caixas de cerveja que o réu fez ingressar no estabelecimento prisional, o interno Neiton, buscando eximir o agente de sua responsabilidade, admite que pegou as caixas de cerveja no automóvel do réu, que estava no interior do presídio militar e que o fez por saber que este tinha assentido em seu pedido.

O lugar onde o delito foi praticado foi sopesado como circunstância judicial negativa e deve ser mantida referida valoração, pois deveras mais gravoso o fato delituoso praticado em Estabelecimento Prisional Militar.

Não faz jus à atenuante meritória, ante o teor das certidões de antecedentes acostadas aos autos, pois embora não sirvam para configurar maus antecedentes, impede a conclusão de bom mérito funcional.

Concede-se a aplicação do *sursis* penal, pleiteado pela Defesa. O juízo *a quo* não concedeu referido benefício pela *"mesma razão utilizada na exasperação das penas"*, ou seja, em face da negatividade da circunstância do delito, consubstanciada no lugar em que foi praticada a infração. Contudo, uma circunstância judicial apenas é insuficiente para impedir a concessão do benefício, assim como é incabível considerar um único testemunho (Olavo Henrique), que noticiou desconfiança de que o réu já havia praticado a conduta anteriormente, como suficiente para obstar o instituto, quando os demais testemunhos não confirmaram referida notícia. Ante o teor do art. 88 do Código Penal Militar, permite-se concluir pela impossibilidade de aplicação do *sursis* penal apenas para crimes particularmente graves, ao passo que, impede-se motivação pautada na eventual possibilidade de reiteração delitiva. Em se tratando de crime militar, determina-se a suspensão condicional da pena pelo período de 02 anos e fixa-se as condições, devendo a audiência admonitória ser presidida pelo Juiz da Causa, na forma do art. 611 do CPPM.

Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido, tão somente para conceder ao réu o benefício da suspensão condicional da pena.

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, rejeitar a preliminar de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, arguida por Ricardo Ruiz, nos termos do voto do Relator.

Por unanimidade, prover parcialmente o apelo de Ricardo Ruiz para conceder a suspensão condicional da pena, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 19 de setembro de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Ricardo Ruiz, condenado por infração aos artigos 195 (abandono de posto) e 319 (prevaricação), ambos do Código Penal Militar, a pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto.

Nas razões recursais de f. 269-283, a Defesa arguiu preliminarmente, a prescrição do delito de abandono de posto, nos termos do art. 123, IV e art. 125, VII e § 2º do CPM, alegando que entre a data dos fatos e o oferecimento da denúncia já se passaram mais de dois anos, e que a reforma do Código Penal Comum não se aplica às normas do Código Penal e de Processo Penal Militar. No mérito, requer sua absolvição da conduta do art. 195, alegando que existiam mais três policiais no local para auxiliá-lo, e que consoante as provas, ficou ausente somente por 15 min, sendo comunicado que se ausentaria por alguns instantes. No mesmo sentido, também requer sua absolvição do crime do art. 319, por ausência de provas. Subsidiariamente, pugnou pela aplicação do sursis penal; pelo afastamento da circunstância judicial do art. 69 do CPM que aumentou a pena-base dos crimes; pela aplicação da atenuante do art. 72, II do CPM, e consequentemente seja readequado o regime de cumprimento da pena. Ao final, prequestinou os artigos 69, 72, II e 84, do CPM, bem como a Lei nº 12.234/10, ao qual o juízo primário se baseou para não acolher a prescrição.

A Defesa em contrarrazões de f. 288-299, pugna pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 309-321 pela rejeição da preliminar de prescrição e no mérito, pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Ricardo Ruiz, condenado por infração aos artigos 195 (abandono de posto) e 319 (prevaricação), ambos do Código Penal Militar, a pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto.

Nas razões recursais de f. 269-283, a Defesa arguiu preliminarmente, a prescrição do delito de abandono de posto, nos termos do art. 123, IV e art. 125, VII e § 2º do CPM, alegando que entre a data dos fatos e o oferecimento da denúncia já se passaram mais de dois anos, e que a reforma do Código Penal Comum não se aplica às normas do Código Penal e de Processo Penal Militar. No mérito, requer sua absolvição da conduta do art. 195, alegando que existiam mais três policiais no local para auxiliá-lo, e que consoante as provas, ficou ausente somente por 15 min, sendo comunicado que se ausentaria por alguns instantes. No mesmo sentido, também requer sua absolvição do crime do art. 319, por ausência de provas. Subsidiariamente, pugnou pela

aplicação do sursis penal; pelo afastamento da circunstância judicial do art. 69 do CPM que aumentou a pena-base dos crimes; pela aplicação da atenuante do art. 72, II do CPM, e consequentemente seja readequado o regime de cumprimento da pena. Ao final, prequestinou os artigos 69, 72, II e 84, do CPM, bem como a Lei nº 12.234/10, ao qual o juízo primário se baseou para não acolher a prescrição.

A Defesa em contrarrazões de f. 288-299, pugna pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça nas f. 309-321 pela rejeição da preliminar de prescrição e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

Passa-se a analisar.

Narra a denúncia:

> *"Consta do presente Inquérito Policial Militar que no dia 04 de fevereiro de 2016, por volta das 17h28min, nas dependências do Presídio Militar Estadual, nesta cidade e comarca de Campo Grande/MS, o denunciado acima qualificado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, abandonou, sem ordem superior, o lugar de serviço que lhe tenha sido designado.*
>
> *Consta ainda, nas mesma condições descritas, que o denunciado acima qualificado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, deixou de desempenhar a missão que lhe foi confiada, qual seja, efetuar a fiscalização dos internos do presídio militar estadual.*
>
> *Segundo se apurou nas circunstâncias supramencionadas, ao observar as câmeras de segurança do presídio militar estadual, foi possível verificar que o denunciado, obrigatoriamente escalado da função de fiscalizar os internos do PME, ausentou-se de seu posto, bem como, deixou que objetos/mercadorias, não permitidas, adentrassem no estabelecimento.*
>
> *Consta que no horário descrito, o denunciado se dirigiu até um mercado próximo, comprou 3 (três) caixas de cerveja e retornou. Logo após, o interno PM Neilton Canhete de Souza, dirigiu-se até o veículo do denunciado, pegou as caixas de cerveja e adentrou no estabelecimento prisional.*
>
> *A materialidade e autoria delitiva restam devidamente comprovadas pelo Termos de depoimentos f. 08-09; Escala de serviço f. 56, tais como outros depoimentos acostados nos autos."*

Preliminar de prescrição

A defesa levanta a preliminar de prescrição da pretensão punitiva em face do crime de abandono do posto.

Pois bem. O artigo 125 do Código Penal Militar prevê:

> *Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo,* ***regula-se pelo máximo da pena privativa de*** *liberdade cominada ao crime, verificando-se:*
>
> *(...)*
>
> *VI -* ***em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois****;*
>
> *VII - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.*
>
> *Superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre.*
>
> *§ 1* ***Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta****, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5°) e a*

sentença, já decorreu tempo suficiente.

(...)

§ 5º O ***curso da prescrição da ação penal interrompe-se****:*

I - pela instauração do processo;

II - pela sentença condenatória recorrível.

*S*em grifos no original.

A doutrina denomina três espécies de prescrição, a saber: 1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal; 2. Prescrição intercorrente e 3. Prescrição retroativa.

A primeira regula-se pena máxima cominada e poderia ser calculada com termo inicial na data dos fatos, segundo o dispositivo legal supramencionado.

Já as outras duas pressupõe pena concreta fixada em sentença condenatória com trânsito em julgado apenas para Acusação, da sentença para frente no caso da intercorrente e da sentença para trás até o recebimento da denúncia, no caso da retroativa.

Desta feita, acerca do delito de abandono de posto, cuja pena máxima prevista é de 01 ano, o prazo prescricional seria de 04 anos, nos moldes do art. 125, VI, do Código Penal Militar. Contudo, os fatos ocorreram em 04.02.2016, sendo a denúncia recebida em 10.04.2018.

No mesmo norte, pela pena concreta, fixada em 06 meses, o prazo prescricional seria de 02 anos, nos termos do art. 125, VII, do CPM, todavia, contado entre o recebimento da denúncia (10.04.2018) e a publicação da sentença condenatória (22.03.2019), logo, não trascorreu o decurso do lapso temporal.

Por todo exposto, afasta-se a preliminar de prescrição suscitada pela Defesa.

Mérito

No mérito, requer sua absolvição da conduta do art. 195, alegando que existiam mais três policiais no local para auxilia-lo, e que consoante as provas, ficou ausente somente por 15 minutos, sendo comunicado que se ausentaria por alguns instantes.

Não encontra amparo a pretensão deduzida pela Defesa em face das provas coligidas nos autos, pois o Réu confessa não ter solicitado a autorização do superior hierárquico para ausentar-se de seu posto (mídia f. 191) e as testemunhas Olavo Henrique Ferenshitz Nogueira, Adilson Silva Duarte e Doralino Rodrigues Neto, confirmam que tal pratica deu-se sem a devida autorização (mídias f. 107 e 138).

Logo, independentemente de ter ficado curto período de tempo ausente, o fato é que o réu ausentou-se de seu posto, praticando a conduta prevista no art. 195 do Código Penal Militar que prevê:

"Art. 195. Abandonar, sem ordem superior, o pôsto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo:

Pena - detenção, de três meses a um ano."

O tipo penal em comento é delito de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo a ocorrência do risco ou prejuízo concreto para Administração. O simples fato de interromper o dever de estar em seu posto sem autorização configura a atividade ilícita, independentemente de existir no local outros militares.

Como leciona Cícero Robson Coimbra Neves[1]:

1 NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

"No caso específico do abandono de posto ou de lugar de serviço, é elemento estranho ao tipo penal a mensuração temporal do abandono. Por outras palavras, é irrelevante se o abandono do posto (ou lugar de serviço) tenha sido por cinco ou cinquenta minutos, bastando que o ato tenha existido, isso porque no instante em que o autor estava fora do desempenho da função, o serviço e o dever militares foram ameaçados em sua essência, sendo indiferente o fato de ter ou não acontecido algo em decorrência do abandono."

No mesmo sentido a jurisprudência:

"(...) Nesse contexto, não há dúvidas de que os fatos relatados na Denúncia restaram devidamente confirmados ao longo da instrução criminal, ante os firmes e coesos depoimentos prestados pelas testemunhas e mesmo pelo próprio Acusado, cumprindo ressaltar que o crime de abandono de posto é delito de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo a ocorrência do risco ou prejuízo concreto para Administração. Portanto, não há de se falar em atipicidade da conduta do Recorrente." (...) (TJRJ; APL 0039597-12.2016.8.19.0001; Rio de Janeiro; Oitava Câmara Criminal; Relª Desª Adriana Lopes Moutinho Dauti D´oliveira; DORJ 31/08/2018; Pág. 150)

"(...) O crime do art. 195 do CPM não trata apenas de abandono de posto, em que pese ser este o nomen iuris. Em sua segunda parte cuida também de outros serviços, o que exclui a ideia de que apenas o abandono de posto ou de serviço armados são albergados pela Lei Penal castrense. Na verdade, a Lei Penal militar coíbe qualquer abandono de serviço, desde que previsto e determinado ao militar, que se consuma no momento em que este se afasta, sem autorização superior, do posto ou local de serviço para o qual estava escalado, independentemente do tempo de duração da ausência. Por se tratar de crime de perigo abstrato, não exige, no resultado, o efetivo prejuízo à Unidade Militar para a sua consumação. A autoria e a materialidade ficaram devidamente comprovadas nos autos. As razões apresentadas para a ausência não são suficientes para justificar a atitude, uma vez que era exigível do Acusado conduta diversa. Apelo a que se nega provimento. Decisão unânime." (STM; APL 28-03.2016.7.07.0007; PE; Tribunal Pleno; Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes; DJSTM 23/06/2017)

"(...) Os tipos penais militares inseridos nos artigos 195 e 203, ambos do Código Penal Militar, encerram elevado potencial de perigo, visto que a falha de um posto de sentinela, seja pelo abandono de posto, seja pelo fato de que o militar ali se encontre dormindo, tem potencial para romper a incolumidade do perímetro vigiado, comprometendo a segurança da Unidade e do próprio efetivo aquartelado. O Princípio da Insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: " (I) mínima ofensividade da conduta do agente, (II) nenhuma periculosidade social da ação, (III) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (IV) inexpressividade da lesão jurídica provocada", os quais devem ser valorados no âmbito da Caserna tendo por base a preservação da ordem, da hierarquia e da disciplina. Os tipos penais sancionadores descritos nos artigos 195 e 203, ambos do Código Penal Militar, tutelam o dever militar e a regularidade do funcionamento das instituições castrenses, não sendo possível a aplicação dos Princípios da Insignificância e da Intervenção Mínima para a absolvição pelo simples fato de não ter ocorrido consequência para o serviço, ou pelo fato de que seria mais efetiva a penalidade disciplinar. (...) Apelo a que se nega provimento. Unanimidade." (STM; APL 142-20.2015.7.12.0012; AM; Tribunal Pleno; Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva; DJSTM 05/07/2017

No mesmo norte, não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória em face do crime de prevaricação.

O réu admite que ingressou bebida alcoólica no estabelecimento prisional militar e que tinha por destino doa-la a um dos internos, o que é suficiente para configuração do delito e, embora alegue que seria para festa a ser realizada por um irmão deste, fora do presídio (mídia f. 19), tal versão além de não crível, não tem o condão de desnaturar a prática ilícita.

O destinatário das três caixas de cerveja que o réu fez ingressar no estabelecimento prisional, o interno

Neiton Canhete de Souza, buscando eximir o agente de sua responsabilidade, admite que pegou as caixas de cerveja no automóvel do Réu, que estava no interior do presídio militar e que o fez por saber que este tinha assentido em seu pedido (mídia f. 138)

Por fim, a testemunha Olavo Henrique Ferenshitz Nogueira, narrou com riqueza de detalhes que haviam informações prévias de que churrascos aconteciam no estabelecimento prisional militar e que por câmeras de segurança visualizou toda a empreitada criminosa, afirmando, inclusive, que a marca da cerveja retirada pelo interno Neiton Canhete do veículo do Réu, era a mesma encontrada em seu poder no interior do referido estabelecimento. Disse ainda ter visto o Réu recolhendo algo que lhe pareceu ser dinheiro dos internos. (mídia f. 107)

Robustas, portanto, as provas da autoria delituosa, como bem arrematou a brilhante sentença em trecho que permite-se transcrever:

> *"Nota-se, claramente, que a testemunha acompanhou os passos do acusado no momento dos fatos, mesmo porque – segundo ele –, já haviam informes de que essa prática era corriqueira no estabelecimento prisional, razão por que se fez necessário este monitoramento, vindo a obter êxito e flagrar os envolvidos, importando aqui destacar que referido depoimento é consonante com àquele prestado (f. 27-28) em sede extrajudicial.*
>
> *Saliente-se que a testemunha tomou o cuidado de trazer consigo o CB PM Oziel Soares Vieira para que acompanhasse as diligências feitas, especificamente para que juntos realizassem a vistoria no veículo de propriedade do acusado, sendo constatado que, somente, o porta-malas estava destravado, o que denota a facilitação para que o interno tivesse acesso às bebidas adquiridas pelo acusado e, por conseguinte, adentrasse ao presídio com as caixas de cervejas.*
>
> *A testemunha Oziel, quando ouvida em juízo, confirmou (f. 107) que participou da referida diligência e também constatou que o porta-malas do veículo particular do acusado estava destravado, fato este descrito, da mesma forma, em seu depoimento prestado durante o inquérito, quando alegou (f. 66-67) que "ao realizar a revista foi constatado que o porta-malas encontrava-se destravado e as portas do veículo travadas".*
>
> *Com o fito de corroborar as declarações acima declinadas, tem-se as imagens do circuito de monitoramento do presídio militar e do estabelecimento comercial onde foram adquiridas as bebidas alcoólicas, as quais demonstram, nitidamente, o percurso do ilícito praticado pelo acusado.*
>
> *Nesse diapasão, ao analisar as imagens (f. 91) – que fizeram parte da investigação e, por corolário, embasam a acusação –, é possível perceber que, primeiro, o acusado abandonou o local de serviço e, com seu veículo particular e fardado, foi até o estabelecimento comercial e comprou as bebidas alcoólicas, num total de três caixas de cervejas, inclusive sendo possível perceber que pagou com dinheiro em espécie, notadamente, para não deixar rastro do seu comportamento ilícito."* – f. 234-241.

Impende destacar a impossibilidade de aplicação do princípio da consunção, pois "*os que não se relacionam como conteúdo e continente um do outro. Objetividades jurídicas distintas e propósitos autônomos.*" (TJSC; ACR 0007918-74.2016.8.24.0091; Florianópolis; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Norival Acácio Engel; DJSC 08/05/2019; Pag. 454)

Dosimetria da Pena

Quanto ao apenamento, a Defesa requer o afastamento da circunstância judicial do art. 69 do CPM que aumentou a pena-base dos crimes.

Com efeito, o lugar onde o delito foi praticado foi sopesado como circunstância judicial negativa e

deve ser mantida referida valoração, pois deveras mais gravoso o fato delituoso praticado em Estabelecimento Prisional Militar, como bem anotou a i. Procuradora-Geral de Justiça, Dra. Nilza Gomes da Silva:

> *"(...) Todavia, a nosso sentir, não é o que se verifica, eis que o fato do apelante praticar os crimes enquanto estava trabalhando na fiscalização e vigia dos internos no presídio torna sua atitude muito mais severa, principalmente pelo fato de que, abandonou seu posto, ou seja, deixou os internos desvigiados, colocando a segurança da unidade militar em risco, e ainda comprou e facilitou a entrada de bebida alcóolica (36 -trinta e seis- latas de cerveja) dentro do presídio.*
>
> *Assim, temos por perfeitamente justificada a imposição da pena-base acima do mínimo, eis que a circunstância com relação ao lugar praticado tornou acentuadamente reprovável as suas condutas e justifica, sim, a majoração efetuada."*

Pede ainda a aplicação da atenuante do art. 72, II do CPM, todavia, não faz jus à atenuante meritória, ante o teor das certidões de f. 93-96, pois embora não sirvam para configurar maus antecedentes, impede a conclusão de bom mérito funcional.

Mantendo-se intacta a pena, não há que se falar em alteração do regime prisional, mesmo porque foi fixado o aberto, logo, o mais brando.

Por fim, concede-se a aplicação do *sursis* penal, pleiteado pela Defesa.

O Juízo *a quo* não concedeu referido benefício pela *"mesma razão utilizada na exasperação das penas",* ou seja, em face da negatividade da circunstância do delito, consubstanciada no lugar em que foi praticada a infração.

Contudo, uma circunstância judicial apenas é insuficiente para impedir a concessão do benefício, assim como é incabível considerar um único testemunho (Olavo Henrique), que noticiou desconfiança de que o réu já havia praticado a conduta anteriormente, como suficiente para obstar o instituto, quando os demais testemunhos não confirmaram referida notícia (mídias f. 138).

Oportuno mencionar que "*outros fatores, divergente do sursis no Código Penal Comum, que fazem com que o Instituto do sursis tenha uma enorme incidência nos crimes militares com pena de até dois anos é a inexistência das penas restritivas de direito no Código Penal Militar e a não abrangência da Lei 9.099/95 nos crimes militares.*"[2]

Ante o teor do art. 88 do Código Penal Militar, permite-se concluir pela impossibilidade de aplicação do *sursis* penal apenas para crimes particularmente graves, ao passo que, impede-se motivação pautada na eventual possibilidade de reiteração delitiva, como bem leciona Nucci:

> *"Na análise dos requisitos subjetivos da suspensão condicional da pena, é natural que o magistrado tenha liberdade para avaliar se cabe ou não o benefício. (...) quando o juiz concretiza a pena justa na sentença, realiza uma diagnose do réu e do delito cometido, isto é, pondera quem é o acusado, como agiu e o que provocou. Para tanto, avalia todas as circunstâncias judiciais (art. 69, CPM), além das circustâncias legais porventura existentes (agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição, qualificadoras e privilégios). O seu juízo de valor volta-se ao passado do réu, medindo tudo o que há até a data do fato criminoso. O mesmo se dá no tocante à escolha dos benefícios cabíveis ao sentenciado, onde se inclui o sursis. O merecimento do réu no tocante à suspensão condicional da pena é uma diagnose (avaliação do passado, para constatar o presente), jamais uma prognose. Esta é uma conjetura sobre o desenvolvimento da execução penal, pretendendo-se avaliar se o condenado está em processo de ressocialização e em quais limites. Logo, para a concessão do livramento condicional, pode-se cuidar da prognose, ou seja, presunção de que ele não*

2 SOARES, Marinho. *Sursis* (nos crimes militares) e seu impacto na segurança pública. Disponível em https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/28/sursis-nos-crimes-militares-e-seu-impacto-na-seguranca-publica/. Acesso em: 11.09.2019.

tornará a delinquir. Mas, no quadro do sursis, inexistindo pena a cumprir, é defeso ao julgador elaborar juízos relativos a prognósticos. São extremamente subjetivos e incompatíveis com a culpabilidade do fato, base da individualização da pena."[3]

Em se tratando de crime militar, determina-se a suspensão condicional da pena pelo período de 02 anos e fixa-se as seguintes condições:

Prestação de serviços à comunidade, consistente em trabalho junto à local a ser estipulado pelo Juiz da Causa, no total de 140 horas, a ser dividida pelo prazo de 01 ano;

Não se ausentar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização;

Não freqüentar bares;

Não mudar de habitação, sem aviso prévio à autoridade competente.

A audiência admonitória deve ser presidida pelo Juiz Auditor, na forma do art. 611 do CPPM.

Improcede o prequestionamento ventilado, inexistindo violação a artigo de Lei.

Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido, tão somente para conceder ao réu o benefício da suspensão condicional da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, arguida por Ricardo Ruiz, nos termos do voto do relator.

Por unanimidade, proveram parcialmente o apelo de Ricardo Ruiz para conceder a suspensão condicional da pena, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Desª Elizabete Anache

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Desª Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 19 de setembro de 2019.

***

3 NUCCI, Guilher de Souza. **Código penal militar comentado**. São Paulo: RT, 2013.

1ª Câmara Criminal
Juiz Lúcio R. da Silveira
Habeas Corpus Criminal nº 1408805-83.2019.8.12.0000 - Dourados

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ARTIGOS 299, § ÚNICO, E 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – SE O AGENTE É FUNCIONÁRIO PÚBLICO, E COMETE O CRIME PREVALECENDO-SE DO CARGO, OU SE A FALSIFICAÇÃO OU ALTERAÇÃO É DE ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL – PECULATO (O FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EMBORA NÃO TENDO A POSSE DO DINHEIRO, VALOR OU BEM, O SUBTRAI, OU CONCORRE PARA QUE SEJA SUBTRAÍDO, EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO, VALENDO-SE DE FACILIDADE QUE LHE PROPORCIONA A QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO) – SENTENÇA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE DECRETADA NO INQUÉRITO POLICIAL Nº 0006663.2011.8.12.12.0002 COM NUMERAÇÃO DA AÇÃO PENAL DE Nº 0006252-38.2011.8.12.0002 – ATO EXISTENTE, PORÉM, INEFICAZ – MERO EQUÍVOCO JÁ RETIFICADO PELO IMPETRADO – FEITOS QUE RETOMARAM ANDAMENTO – ORDEM DENEGADA.

O inquérito policial foi instaurado pela Polícia Federal em 04 de maio de 2005, para apuração de fatos envolvendo especificamente atos ilícitos que beneficiaram a Empresa Sementes Guarujá Ltda praticados pelos pacientes e demais réus. Parte do inquérito foi encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal, em razão de dois indiciados deterem foro por prerrogativa de função, eis que, à época, um era Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul e o outro Deputado Estadual. O inquérito policial persistiu, na Justiça Federal. Com o encerramento das investigações, o representante do Ministério Público Federal promoveu seu arquivamento no que se referia ao crime previsto no artigo 1º, da Lei 8.137/90, em 09 de fevereiro de 2011. A competência, então, foi declinada para Justiça Estadual. Na Justiça Estadual, ofereceu-se denúncia. A denúncia foi recebida em 04 de outubro de 2011, deflagrando Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002. À f. 1870-1872, da Ação Penal nº 0006152-68.2011.8.12.0002, em 28 de outubro de 2011, o Juízo de primeira instância, determinou a sustação da ação penal que tramitava em desfavor A., J.L., M., M. e M., bem como a remessa do feito ao Superior Tribunal de Justiça.

Transcorrido determinado período, o Superior Tribunal de Justiça devolveu o feito à primeira instância. Porém, como fisicamente existiam dois feitos com a mesma denúncia, um deles foi distribuído à 5ª Vara Criminal de Campo Grande-MS, sob o nº 0025143-22.2016.8.12.0001. Já o segundo, retornou com o nº 0006152-68.2011.8.12.0002, ou seja, o da ação penal, para a vara competente, qual seja 2ª Vara Criminal de Dourados-MS. Então, de Campo Grande, determinou-se o declínio de competência. E, em Dourados, a 2ª Vara Criminal de Dourados-MS, decidiu, nos Autos de nº 0025143-22.2016.8.12.000, o arquivamento, ante à litispendência. Desta forma, tramita, portanto, somente a Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002, em relação aos crimes praticados por intermédio da Empresa Sementes Guarujá Ltda.

Ocorre que, em relação aos mesmos réus, também tramitava Inquérito Policial nº 0006663.2011.8.12.12.0002, que, embora pertencesse à competência da 1ª Vara Criminal de Dourados, foi, equivocadamente, apensado à Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002 (crimes praticados por intermédio da Empresa Sementes Guarujá LTDA). No entanto, os fatos nele concatenados concerniam à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários". E, conforme as informações prestadas, o impetrado, embora tenha feito referência à Ação Penal de nº 0006252-38.2011.8.12.0002, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva descrita no parecer expedido no inquérito (que tratava dos fatos relativos à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários").

Bem assim, nunca houve pedido de extinção de punibilidade em relação aos fatos narrados na denúncia da Ação Penal de nº 0006252-38.2011.8.12.0002.

Logo, não há como se decretar a extinção de punibilidade em feito diverso. E o contrário também é verdadeiro, não há como se decretar a prescrição da pretensão punitiva dos fatos narrados no Inquérito Policial de nº 0006663-66.2011.8.12.12.0002, mencionando autos diversos. Nisto, não houve sentença de extinção de punibilidade em qualquer dos autos, seja na Ação Penal de nº 0006252-38.2011.8.12.0002, seja nos autos do Inquérito Policial de nº 0006663.66-2011.8.12.12.0002.

A sentença de extinção de punibilidade é ineficaz, haja vista que para gerar eficácia os efeitos devem, concomitantemente, alterar a realidade fática e jurídica. E a ordem jurídica só é alterada quando o ordenamento admite o fato, valorando-o, conferindo-lhe efeitos, em suma, eficácia. Bem assim, a decisão impetrada apenas reconheceu a ineficácia da sentença de extinção de punibilidade, haja vista a circunstância exterior, qual seja o fato de ter sido equivocadamente prolatado em feito diverso daquele ao qual se referia. Como se vê, tratou-se de mero equívoco, ora já devidamente corrigido pelo impetrado.

Com o parecer. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, nos termos do voto do relator, denegar a ordem, vencida a 2ª vogal.

Campo Grande, 19 de agosto de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

As advogadas Rejane Alves de Arruda (OAB-MS 6973), Andréa Flores (OAB-MS 6339) e Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno (OAB-MS 22.000) impetram *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de M.R.B., A.J.M. e M.V.B., apontando como autoridade coatora o Juiz da 2ª Vara Criminal de Dourados – MS, em razão de decisão que desconsiderou a sentença extintiva de punibilidade.

Aduzem que, no ano de 2005, foram instaurados vários inquéritos policiais para apurar possíveis fraudes praticadas por servidores públicos e empresas privadas, com o fim de lesar o erário por meio de irregulares compensações de ICMS entre a Petrobrás e o Governo do Estados de Mato Grosso do Sul, cujo objetivo seria a obtenção de "caixa dois" para campanha eleitoral dos candidatos do Partido dos Trabalhadores, além de enriquecimento ilícito dos participantes do esquema investigado.

A Defesa aduz que, segundo as investigações promovidas, o então Superintendente de Administração Tributária do Mato Grosso do Sul, J.R.P.C., com a anuência do então Secretário de Receita e Controle, P.R.D., autorizava a Petrobrás a pagar parcelas de sua dívida, relativa ao ICMS devido ao Estado, diretamente à empresas privadas selecionadas e quem, supostamente, eram detentores de créditos perante o Estado. Dos montantes recebidos, parte era presumidamente repassada ao Partido dos Trabalhadores a título de "caixa dois".

Na época de tais investigações, todos os três pacientes eram funcionários públicos e restaram investigados: A.J.M. era Gestor de Processos da Secretaria de Fazenda do Estrado. M.V.B. era Agente Fazendário da Secretaria de Receita e Controle do Estado. E, M.R.B., Auditor Fiscal da Receita Estadual.

Para a defesa interessariam dois inquéritos:

O Inquérito Policial de nº 132/2005 ou 000663-66.2011.8.12.0002, vinculado à 1ª Vara Criminal de Dourados, cuja investigação versava sobre os créditos requeridos pela empresa Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários, no valor de R$ 791.048,67.

O Inquérito Policial de nº 111/2005, vinculado à 2ª Vara Criminal de Dourados, cuja investigação versava sobre os créditos requeridos pela empresa Sementes Guarujá LTDA (no valor de R$ 624.524,41). Este inquérito policial deu origem à Ação Penal de nº 000.6152-68.2011.8.12.0002, em que são réus os três pacientes.

As impetrantes continuam, afirmando que, na época, o Superintendente de Administração Tributária do Mato Grosso do Sul, J.R.P.C., envolvido em todas as operações, foi alçado à condição de Conselheiro do Tribunal de Contas e passou a ter direito à prerrogativa de foro, o Superior Tribunal de Justiça avocou estes dois feitos que estavam em trâmite na 1ª e na 2ª Vara Criminal de Dourados. No STJ, ambos passaram a ser registrados sob o nº 825/MS.

Contudo, em 1º de maio de 2016, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inexistência de crime por parte do Conselheiro Estadual e, cessando a sua competência, determinou o retorno dos autos à primeira instância para que se deliberasse em relação aos demais investigados que não tinham prerrogativa de foro.

Quando do retorno à primeira instância, segundo as impetrantes, teria ocorrido a seguinte confusão:

A Ação Penal (nº 0006152-68.2011.8.12.0002) da 2ª Vara Criminal foi erroneamente remetida para a Justiça Federal de Campo Grande, onde ganhou uma nova numeração (0025143-22.2016). Ao ser reconhecida a incompetência deste último juízo, acabaram os autos por ser encaminhados de volta à 2ª Vara Criminal de Dourados;

O Inquérito Policial de nº 132/2005 ou 000663-66.2011.8.12.0002 foi erroneamente remetido à 2ª Vara Criminal de Dourados, sendo apensado à ação penal (AP nº 0006152-68.2011.8.12.0002).

De posse, então, de apenas um conjunto de cadernos processuais, o representante do Ministério Público requereu fosse declarada extinta a punibilidade, considerando que já teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, com base no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

O juiz do feito, acolhendo o parecer ministerial e analisando os fatos relativos à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários", acabou por reconhecer a existência da prescrição e julgou extinta a punibilidade em relação aos pacientes: A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P. e M.R.B.

Em 11 de dezembro 2017, o magistrado faz referência aos Autos da Ação Penal nº 0006152-68.2011.8.12.0002 e aos réus que estão sendo processados em tal ação penal: A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P. e M.R.B. Por outro lado, reconhece a preclusão lógica e, dá a sentença por transitada em julgado.

Posteriormente, em 13 de dezembro de 2017, o representante do Ministério Público é intimado do provimento jurisdicional e não se opõe em relação ao conteúdo decisório que transita em julgado.

Até então, os acusados que acompanhavam o andamento do feito unificado acabaram tomando conhecimento da sentença proferida, restando tranquilos quanto ao término da persecução penal, ora fulminada pela prescrição.

Ocorre que, no mês de maio de 2018, quando alguns livros contábeis foram remetidos ao juízo da 2ª Vara Criminal de Dourados, o magistrado proferiu despacho, determinando-se a intimação do Ministério Público acerca da devolução e utilização de tais documentos.

Ao se manifestar, o representante ministerial constatou o erro do apensamento do inquérito policial (da 1ª Vara) à Ação Penal de nº 0006152-68.2011.812.0002 e requer ao Juízo a regularização do feito.

Eis que, diante de tais fatos, o Magistrado vem a proferir uma decisão pela qual "torna sem efeito" a sentença extintiva de punibilidade já transitada em julgado.

Acrescenta que o juiz que tornou "sem efeito" a sentença extintiva não detinha competência, eis que titular de outra Vara.

Entre o trânsito em julgado da sentença extintiva de punibilidade e a nova decisão, tornando-a sem efeito passaram-se nada menos que 6 meses.

Nisto, postula pela concessão de liminar e, depois, definitivamente, a presente ordem de *habeas corpus*, para o fim de reconhecer extinta a punibilidade dos pacientes nos Autos da Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002.

A liminar foi indeferida (f. 37-41).

As informações foram prestadas (f. 46-82).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina-se pela denegação do *writ* (f. 37-41).

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

As advogadas Rejane Alves de Arruda (OAB-MS 6973), Andréa Flores (OAB-MS 6339) e Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno (OAB-MS 22.000) impetram *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de M.R.B., A.J.M. e M.V.B., apontando como autoridade coatora o Juiz da 2ª Vara Criminal de Dourados – MS, em razão de decisão que desconsiderou a sentença extintiva de punibilidade.

Aduzem que, no ano de 2005, foram instaurados vários inquéritos policiais para apurar possíveis fraudes praticadas por servidores públicos e empresas privadas, com o fim de lesar o erário por meio de irregulares compensações de ICMS entre a Petrobrás e o Governo do Estados de Mato Grosso do Sul, cujo objetivo seria a obtenção de "caixa dois" para campanha eleitoral dos candidatos do Partido dos Trabalhadores, além de enriquecimento ilícito dos participantes do esquema investigado.

A defesa aduz que, segundo as investigações promovidas, o então Superintendente de Administração Tributária do Mato Grosso do Sul, J.R.P.C., com a anuência do então Secretário de Receita e Controle, P.R.D., autorizava a Petrobrás a pagar parcelas de sua dívida, relativa ao ICMS devido ao Estado, diretamente à empresas privadas selecionadas e quem, supostamente, eram detentores de créditos perante o Estado. Dos montantes recebidos, parte era presumidamente repassada ao Partido dos Trabalhadores a título de "caixa dois".

Na época de tais investigações, todos os três pacientes eram funcionários públicos e restaram investigados: A.J.M. era Gestor de Processos da Secretaria de Fazenda do Estado. M.V.B. era Agente Fazendário da Secretaria de Receita e Controle do Estado. E, M.R.B., Auditor Fiscal da Receita Estadual.

Para a Defesa interessariam dois inquéritos:

O Inquérito Policial de nº 132/2005 ou 000663-66.2011.8.12.0002, vinculado à 1ª Vara Criminal de Dourados, cuja investigação versava sobre os créditos requeridos pela empresa Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários, no valor de R$ 791.048,67;

O Inquérito Policial de nº 111/2005, vinculado à 2ª Vara Criminal de Dourados, cuja investigação versava sobre os créditos requeridos pela empresa Sementes Guarujá LTDA (no valor de R$ 624.524,41). Este inquérito policial deu origem à Ação Penal de nº 000.6152-68.2011.8.12.0002, em que são réus os três pacientes.

As impetrantes continuam, afirmando que, na época, o Superintendente de Administração Tributária do Mato Grosso do Sul, J.R.P.C., envolvido em todas as operações, foi alçado à condição de Conselheiro do Tribunal de Contas e passou a ter direito à prerrogativa de foro, o Superior Tribunal de Justiça avocou estes dois feitos que estavam em trâmite na 1ª e na 2ª Vara Criminal de Dourados. No STJ, ambos passaram a ser registrados sob o nº 825/MS.

Contudo, em 1º de maio de 2016, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a inexistência de crime por parte do Conselheiro Estadual e, cessando a sua competência, determinou o retorno dos autos à primeira instância para que se deliberasse em relação aos demais investigados que não tinham prerrogativa de foro.

Quando do retorno à Primeira Instância, segundo as impetrantes, teria ocorrido a seguinte confusão:

A Ação Penal (nº 0006152-68.2011.8.12.0002) da 2ª Vara Criminal foi erroneamente remetida para a Justiça Federal de Campo Grande, onde ganhou uma nova numeração (0025143-22.2016). Ao ser reconhecida a incompetência deste último juízo, acabaram os autos por ser encaminhados de volta à 2ª Vara Criminal de Dourados.

O Inquérito Policial de nº 132/2005 ou 000663-66.2011.8.12.0002 foi erroneamente remetido à 2ª Vara Criminal de Dourados, sendo apensado à ação penal (AP nº 0006152-68.2011.8.12.0002).

De posse, então, de apenas um conjunto de cadernos processuais, o representante do Ministério Público requereu fosse declarada extinta a punibilidade, considerando que já teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, com base no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

O Juiz do feito, acolhendo o parecer ministerial e analisando os fatos relativos à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários", acabou por reconhecer a existência da prescrição e julgou extinta a punibilidade em relação aos pacientes: A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P. e M.R.B.

Em 11 de dezembro 2017, o magistrado faz referência aos autos da Ação Penal nº 0006152-68.2011.8.12.0002 e aos réus que estão sendo processados em tal ação penal: A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P. e M.R.B. Por outro lado, reconhece a preclusão lógica e, dá a sentença por transitada em julgado.

Posteriormente, em 13 de dezembro de 2017, o representante do Ministério Público é intimado do provimento jurisdicional e não se opõe em relação ao conteúdo decisório que transita em julgado.

Até então, os acusados que acompanhavam o andamento do feito unificado acabaram tomando conhecimento da sentença proferida, restando tranquilos quanto ao término da persecução penal, ora fulminada pela prescrição.

Ocorre que, no mês de maio de 2018, quando alguns livros contábeis foram remetidos ao juízo da 2ª Vara Criminal de Dourados, o magistrado proferiu despacho, determinando-se a intimação do Ministério Público acerca da devolução e utilização de tais documentos.

Ao se manifestar, o representante ministerial constata o erro do apensamento do Inquérito Policial (da 1ª Vara) à Ação Penal de nº 0006152-68.2011.812.0002 e requer ao juízo a regularização do feito.

Eis que, diante de tais fatos, o magistrado vem a proferir uma decisão pela qual "torna sem efeito" a sentença extintiva de punibilidade já transitada em julgado.

Acrescenta que o Juiz que tornou "sem efeito" a sentença extintiva não detinha competência, eis que titular de outra Vara.

Entre o trânsito em julgado da sentença extintiva de punibilidade e a nova decisão, tornando-a sem efeito passaram-se nada menos que 6 meses.

Nisto, postula pela concessão de liminar e, depois, definitivamente, a presente ordem de *habeas corpus*, para o fim de reconhecer extinta a punibilidade dos pacientes nos autos da Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002.

A liminar foi indeferida (f. 37-41).

As informações foram prestadas (f. 46-82).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação do *writ* (f. 37-41).

Era o que cabia rememorar. Conhece-se do *writ*.

Em síntese, tem-se que, no bojo de diversos procedimentos administrativos, o Ministério Público Federal averiguou o possível envolvimento de inúmeras empresas, servidores públicos e da Petrobrás em esquemas criminosos, consistentes em fraudes visando lesar o erário com irregulares compensações de ICMS.

Por conseguinte, o Delegado de Polícia Federal de 1ª Classe, lotado da Comarca de Dourados/MS instaurou inquérito policial, em 04 de maio de 2005, para apuração de fatos envolvendo especificamente atos ilícitos que beneficiaram a Empresa Sementes Guarujá Ltda., dentre eles, crime contra a ordem tributária, peculato, falsidade ideológica e uso de documento falso, supostamente praticados pelos pacientes M.R.B., A.J.M. e M.V.B., Além de J.L.C., M. P., M.R.B., J.R.P.C. e P.R.D., entre novembro de 2001 e fevereiro de 2002 (f. 19-21; 0025143-22.2016.8.12.0001).

O então acusado J.R.P.C. impetrou o *Habeas Corpus* nº 115.725-MS (2008/0204648-9), no qual o Superior Tribunal de Justiça, em 05 de novembro de 2008, determinou que cessassem as investigações a ele concernentes (em decorrência de sua prerrogativa de foro, eis que, à época, era Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul), bem como o encaminhamento de cópias dos correspondentes elementos da investigação àquele Sodalício (f. 522-525; 0025143-22.2016.8.12.0001).

Em 11 de novembro de 2008, por determinação de Juízo Federal, acolhendo parecer Ministério Público Federal em relação a J.R.P.C. (Conselheiro do Tribunal de Contas deste Estado) e P.R.D. (Deputado Estadual), com extração de fotocópias, respectivamente, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por serem competentes para julgamento do feito. Houve o desmembramento.

O inquérito policial persistiu, na Justiça Federal, em relação ao demais acusados, dentre os quais figuravam os pacientes.

Porém, com o encerramento das investigações, o representante do Ministério Público Federal promoveu seu arquivamento no que se referia ao crime previsto no artigo 1º, da Lei 8137/90, em 09 de fevereiro de 2011 (f. 618-630; 0025143-22.2016.8.12.0001).

A competência, então, foi declinada para Justiça Estadual (f. 642-644).

Então, existia um feito em trâmite no Superior Tribunal de Justiça e aquele remanescente foi encaminhado à Justiça Estadual.

Na Justiça Estadual, a 16ª Promotoria de Justiça ofereceu, em 16 de agosto de 2011, denúncia contra M.R.B., A.J.M. e M.V.B., ora pacientes, bem como contra J.L.C., M.P. e M.R.B., pela prática de crimes de peculato, falsidade ideológica e uso de documento falso. A denúncia foi recebida em 04 de outubro de 2011, deflagrando Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002. J.R.P.C. e P.R.D., detentores de foro especial por prerrogativa de função, não foram denunciados. À f. 1870-1872, da Ação Penal nº 0006152-68.2011.8.12.0002, em 28 de outubro de 2011, o Juízo de primeira instância, determinou a sustação da ação penal que tramitava em desfavor A.J., J.L., M, M. e M., bem como a remessa do feito ao Superior Tribunal de Justiça:

"Autos nº 0006152-68.2011.8.12.0002

Autor: Ministério Público Estadual

Réu: A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P., M.R.B.

Vistos, etc.,

Chamo o feito à ordem, para o fim a seguir determinado.

De início, oportuno destacar ser o presente originário da Justiça Federal/Secção Judiciária de Mato Grosso do Sul, quando, então, em trâmite naquela, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus, impetrado pelo paciente J.R.P.C., concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos limites propostos pelo Ministério Público, ou seja, para que cessem as investigações perante os impetrados, relativas à participação do paciente em fatos delituosos, devendo ser encaminhadas a este Tribunal as cópias dos correspondentes elementos de investigação (STJ/HC nº115.725/MS. Min. Rel. Teori Albino Zavascki. 05/11/2008).

Por tais razões, requereu o Ministério Público Federal, às f. 503-508, o desmembramento com relação aos indiciados detentores de foro privilegiado, prosseguindo-se as investigações no tocante aos demais sem tal prerrogativa, sendo, tal pedido, deferido pelo Juiz Federal, com supedâneo no artigo 80 do CPP (f. 509), e, posteriormente ratificado, consoante se observa do decisum de f. 535.

Entrementes, acatando, ainda, a cota Ministerial, o Juízo Federal, após entender inexistente os interesses da União, bem como o arquivamento no tocante ao delito apenado no artigo 1º, da Lei 8.137/90, declinou de sua competência para análise e julgamento dos delitos remanescentes, quais sejam, os apenados nos artigos 299, 304 e 312, caput, todos do CP, determinando a remessa destes autos à esta Justiça Comum Estadual (f. 631-633).

Pois bem. Na data de ontem (24/10/2011), consoante Ofício nº 000754/2011-CD3S, foram solicitadas informações pelo Superior Tribunal de Justiça, visando instruir pedido de suspensão do presente feito, em Reclamação interposta pelo então acusado M.R.B. perante aquela Corte Superior (Reclamação nº 7114/MS).

Mister salientar que a ordem de HC em tela, nº115.725/MS, restou concedida parcialmente, e nos limites propostos pelo Ministério Público, extraindo-se do parecer do Subprocurador Geral da República, Excelentíssimo Senhor Francisco Dias Teixeira, posicionamento visando determinar a cessação da investigação contra o paciente sob jurisdição do juízo de 1ª instância, e, por conexão, a cessação da investigação referente a quaisquer agentes, servidores públicos ou não, que, em tese, agiram em coautoria com o ora paciente, restando na 1ª Instância a persecução relativa aos demais fatos em que o ora paciente não apareça como provável coautoria, ou, mais especificamente, o suposto crime de sonegação fiscal.

Entendeu-se, portanto, autorizada a persecução concernente aos demais fatos, envolvendo os outros supostos autores, não detentores de foro privilegiado, vez que ressalvada tal possibilidade pela referida ordem.

Aliás, nesse sentido também foi o entendimento do Juízo Federal, que, em acolhimento a parecer Ministerial (f. 501-508), determinou o desmembramento do feito em relação aos investigados J.R.P.C. e P.R.D., em razão do cargo que ocupavam, com amparo no artigo 80 do CPP, com a dilação de prazo para o prosseguimento das investigações com relação aos demais, segundo decisum de f. 509.

No entanto, após detida análise dos documentos que instruíram a reclamação alhures mencionada, e diante de melhores informações coligidas acerca do habeas corpus citado, vislumbra-se de fatos intrinsecamente ligados, com a eventual probabilidade do então paciente figurar como suposto coautor ou partícipe dos demais denunciados no presente.

Nesse contexto, e considerando que a ordem versou sobre a cessação da investigação contra o paciente sob jurisdição do juízo de 1ª instância, e, por conexão, a cessação da investigação referente a quaisquer agentes, servidores públicos ou não, que, em tese, agiram em coautoria com o ora paciente, como para possibilitar, em 1ª instância, a persecução relativa aos demais fatos, , desde que o ora paciente não apareça como provável coautoria, ou, mais especificamente, o suposto crime de sonegação fiscal, e, sobretudo, objetivando evitar e não dar margem a eventuais divergências dos limites traçados pelo HC, emanado do Sodalício Tribunal de Justiça, determino a sustação do presente feito, com o imediato recolhimento dos mandados e ofícios expedidos, independentemente de seu cumprimento.

Feito isso, e tendo em vista, ainda, que, nos termos da decisão acima citada, também determinou-se, não apenas a cessação das investigações então encetadas, como, igualmente, o encaminhamento dos elementos de investigação e anexos até então existentes, referentes ao paciente detentor da prerrogativa de foro, no tocante aos supostos delitos que o envolvessem, seja na condição de autor, coautor ou partícipe, e, ainda, nos termos da Súmula 704 do STF, providencie-se a remessa deste feito ao Colendo Superior de Justiça, para os devidos fins, mediante as providências e cautelas inerentes.

Cumpra-se e Intime-se.

Dourados, 28 de outubro de 2011.

(assinado digitalmente)

Jairo Roberto de Quadros

Juiz de Direito".

Ou seja, a Ação Penal 0006152-68.2011.8.12.0002 foi remetida ao Superior Tribunal de Justiça. Ainda na ação penal, à f. 2056, em 19 de novembro de 2012, aquela Corte determinou que houvesse o regresso da classe "ação penal" para "inquérito policial". E, quanto aos Inquéritos Policiais de nº 629/MS e 739/MS (por tratarem dos mesmos fatos), determinou-se o apensamento. Assim, a Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002, no Superior Tribunal de Justiça, passou a ter o nº 696/MS. E, quando "retornou" à classe de "inquérito policial" passou a tramitar sob o nº 825/MS (f. 2061; 0006152-68.2011.8.12.0002)**.**

Naquele Sodalício, após o desempenho de outras diligências, em 30 de maio de 2016, por insuficiência de provas, o Ministério Público Federal, por sua Vice-Procuradora-Geral da República, à f. 2255-2257 (0006152-68.2011.8.12.0002), em 1º de junho de 2016, o Superior Tribunal de Justiça determinou o arquivamento do Inquérito Policial nº 825/MS (nº 111/2005; 350/2011; 696/MS), em relação a J.R.P.C.

Com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, os dois inquéritos policiais retornaram – o primeiro formado pelo desmembramento determinado pela Justiça Federal, aquele determinado em 11 de novembro de 2008. E o segundo que chegou ao Superior Tribunal de Justiça como a Ação Penal de nº 0006152-68.2011.8.12.0002, passou a ter o nº 696/MS. E, quando "retornou" à classe de "inquérito policial" passou a tramitar sob o nº 825/MS (f. 2061; 0006152-68.2011.8.12.0002)**.**

Porém, o primeiro inquérito foi distribuído à 5ª Vara Criminal de Campo Grande-MS, sob o nº 0025143-22.2016.8.12.0001. Já o segundo, retornou com o nº 0006152-68.2011.8.12.0002, ou seja, o da ação penal, para a Vara Competente, qual seja 2ª Vara Criminal de Dourados-MS.

Então, de Campo Grande, determinou o declínio de competência. E, em Dourados, a 2ª Vara Criminal de Dourados-MS, decidiu, nos Autos de nº 0025143-22.2016.8.12.000, o arquivamento, ante à litispendência:

"Autos 0025143-22.2016.8.12.0001

Autor(es): Ministério Público Estadual

Réu(s) 1'A Apurar

Vistos (...)

O Ministério Público Estadual pugnou pelo arquivamento do caderno investigativo, ao argumento de ter oferecido denúncia contra A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P. e M.R. nos Autos 0006152-68.2011.

Argumentou ainda que os autos foram desmembrados em relação aos investigados J.R.P.C. e P.R.D., diante da prerrogativa de foro, o que foi acolhido pelo juízo, de modo, a remanescer as investigações tão somente com relação aos investigados A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P. e M.R.

Ocorre que o juízo sustou a Ação Penal 0006152-68.2011 e determinou a remessa do feito ao Superior Tribunal de Justiça, diante da conexão probatória de crimes.

Posteriormente, ao 1º dia de maio de 2016, a Corte Superior determinou o arquivamento do inquérito com relação a J.R.P. e declinou a competência para processamento e julgamento dos crimes remanescentes à Justiça Estadual de Mato Grosso do Sul.

É o relatório. Passo a decidir.

Portanto, assiste razão ao Parquet no sentido que os presentes autos devam ser arquivados, diante da ocorrência de litispendência com os Autos 0006152-68.2011.

Diante do exposto, determino o arquivamento do presente inquérito policial, com espeque no artigo 485, V, do Código de Processo Civil, aplicado supletivamente à espécie, em razão da litispendência dos fatos com os retratados na Ação Penal 0006152-68.2011.

Em seguida, promover o desarquivamento da Ação Penal 0006152-68.2011, a fim de trasladar cópia da presente decisão e do incluso parecer ministerial (f. 5913-9), remetendo aqueles autos ao Parquet para providências.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Dourados, 2 de maio de 2018.

assinatura digital

Marcus Vinícius de Oliveira Elias

Juiz de Direito".

Assim, após todas as decisões, persiste em andamento a Ação Penal de nº 0006152-38.2011.8.12.0002.

Quanto ao alegado pela Defesa, nos Autos do Inquérito Policial nº 0006663.2011.8.12.12.0002, o parecer ministerial fazia menção aos fatos relativos à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários".

E o impetrado, embora tenha feito referência à Ação Penal de nº 0006252-38.2011.8.12.0002, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva descrita no parecer (que tratava dos fatos relativos à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários").

Bem assim, nunca houve pedido de extinção de punibilidade em relação aos fatos narrados na Denúncia da Ação Penal de nº 0006252-38.2011.8.12.0002.

O juiz acolheu o pedido relativo à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários", mencionando, inclusive, as folhas do parecer, em cujo teor nitidamente se vê que se trata dos fatos adstritos à empresa "Paiol Comércio de Produtos Agrícolas e Veterinários".

Logo, não há como se decretar a extinção de punibilidade em feito diverso, ou seja, não há como se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva dos fatos narrados na denúncia da Ação Penal de nº 0006252-38.2011.8.12.0002, nos autos do Inquérito Policial de nº 000663-66.2011.8.12.0002.

E o contrário também é verdadeiro, não há como se decretar a prescrição da pretensão punitiva dos fatos narrados no Inquérito Policial de nº 0006663.2011.8.12.12.0002, mencionando autos diversos.

Portanto, não houve sentença de extinção de punibilidade em qualquer dos autos, seja na Ação Penal de nº 0006252-38.2011.8.12.0002, seja nos autos do Inquérito Policial de nº 000663-66.2011.12.0002.

Desta forma, se não houve a prescrição - tanto que não pleiteada sua declaração por quaisquer das partes - é certo que se fazia ausente o pressuposto da declaração de extinção da punibilidade, não podendo haver coisa julgada.

Assim, a norma jurídica atribui consequências específicas, denominadas efeitos jurídicos, em relação aos homens pela causalidade normativa.

A produção de efeitos é que torna o ato em ato jurídico. E os efeitos devem, concomitantemente, alterar a realidade fática e jurídica. E a ordem jurídica só é alterada quando o ordenamento admite o fato, valorando-o, conferindo-lhe efeitos, em suma, eficaz.

Cabe somente à ordem jurídica dizer quais os efeitos a serem conferidos aos fatos. E, neste sentido, pode-se falar de eficácia dos fatos.

Logo, a decisão impetrada apenas reconheceu a ineficácia da sentença de extinção de punibilidade, haja vista a circunstância exterior, qual seja o fato de ter sido equivocadamente prolatado em feito diverso daquele a qual se referia.

Como se vê, tratou-se de mero equívoco, ora já devidamente corrigido pelo Impetrado.

Ante ao exposto, com o parecer, denega-se a ordem.

O Sr. Des. Emerson Cafure. (1º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Elizabete Anache. (2º vogal)

Analisando detidamente a questão, cheguei a uma conclusão diversa daquela apresentada pelo relator e peço vênia para divergir.

O caso posto em julgamento no presente *habeas corpus* é bastante incomum.

Contudo, devemos lembrar, nas palavras de Andrey Borges de Mendonça que "*O processo penal realmente é um instrumento público que tutela interesses indisponíveis do imputado, assim como interesses difusos da sociedade.*"

No caso concreto: de fato, nunca houve pedido de extinção da punibilidade dos fatos narrados na denúncia contida nos Autos nº 0006152-68.2011.8.12.0002; por equívoco, em 11 de dezembro de 2017, foi declarada extinta a punibilidade de A.J.M., J.L.C., M.V.B., M.P. e do paciente M., e, ainda, dada a sentença como transitada em julgado em razão da preclusão lógica (f. 12); em 2 de maio de 2018, a autoridade apontada como coatora determinou o desarquivamento dos Autos nº 0006152-68. 2011.8.12.0002; em 26 de abril de 2019, no que tange ao denunciado M.P., considerando a redução do prazo prescricional (CP, art. 115), em razão da sua idade (maior de 70 anos), foi reconhecida a prescrição tão somente com relação aos delitos dos artigos 299 e 304 do Código Penal.

Em 18 de junho de 2018 prolatado o ato apontado como coator:

> *"Vistos (...)*
>
> *Assiste razão ao Parquet quanto à problemática de distribuição de procedimentos (1. 1106), diante do equívoco na baixa dos autos.*
>
> *Tal assertiva se faz, pois a Ação Penal 0006152-68.2011, que tramitava fisicamente neste juízo, teve o andamento sustado e fora remetida ao Superior Tribunal de Justiça aos 7 de novembro de 2011.*
>
> *Posteriormente o Inquérito 0006663-66.2011 em trâmite na 1ª Vara Criminal de Dourados, também fora remetido ao Superior Tribunal de Justiça aos 28 de maio de 2012.*
>
> *Lá, os procedimentos foram reunidos, a fim de dar suporte às investigações dos delitos praticados, em tese, pelo Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado J.R.P.C. e pelo Deputado Estadual P.R.D.*
>
> *Dessarte, depois de arquivadas as acusações contra J.R.P.C. e P.R.D., o Inquérito 0006663-66.2011 e a Ação Penal 0006152-68.2011 foram devolvidos à justiça estadual para seguimento das investigações com relação aos demais envolvidos, que não possuíam prerrogativa de foro.*
>
> *Ocorre que, por um equívoco na baixa dos autos, o Inquérito 0006663-66.2011 fora endereçado a 2ª Vara Criminal e passou a tramitar como se fosse a Ação Penal 0006152-68.2011.*
>
> *Da mesma maneira, a Ação Penal 0006152-68.2011 fora remetida à Campo Grande, redistribuída sob o Número 0025143.22.2016 e encaminhada a 5ª Vara Criminal.*
>
> *Desse modo, os atos praticados pelo juízo no bojo do presente caderno policial devem ser anulados, diante da incompetência para julgamento dos fatos, sobretudo porque examinados como se tratassem dos crimes relatos na Ação Penal 0006152.68.2011.*
>
> *Por fim, saliento que não há falar em competência pela prevenção, pois tratam-se de indiciados e fatos indiciados e fatos distintos.*
>
> *Do exposto, torno sem efeito a inclusa decisão (f. 1093) remessa do feito, dos apensos e dos documentos ao juízo da 1ª Vara Criminal de Dourados, a fim de sanar a problemática".*

Temos que levar em consideração para solução do caso duas particularidades.

A primeira é que a extinção da punibilidade pela prescrição pode ser decretada por juiz incompetente é acobertada pelo manto da coisa julgada, principalmente quando não há recurso por parte do Ministério Público Estadual.

E, no caso, o juiz prolator era o competente, apenas houve erro material quanto aos fatos, pois, segundo argumentou, a promoção de arquivamento se referia a outro inquérito policial.

A segunda, é que o próprio juiz não tem como declarar a nulidade de uma sentença que prolatou, salvo se provocado por meio de embargos de declaração, o que não ocorreu na espécie.

Neste caso, em particular, os fatos remetem ao ano de 2001 e 2002, a denúncia foi recebida em 2011 e houve uma sucessão de equívocos pelos quais não podem ser responsabilizados os réus.

Ainda que absolutamente incompetente o juízo, foi prolatada decisão que julgou extinta a punibilidade em decorrência da prescrição, com trânsito em julgado.

Não vejo como o próprio juiz, meses depois, possa anular sua sentença e mandar prosseguir a ação penal, sem que incorra em *reformatio in pejus.*

Saliente-se que:

> *"(...) O princípio ne reformatio in pejus, apesar de não possuir caráter constitucional, faz parte do ordenamento jurídico complementando o rol dos direitos e garantias individuais já previstos na Constituição Federal, cuja interpretação sistemática permite a conclusão de que a Magna Carta impõe a preponderância do direito a liberdade sobre o juiz natural. Assim, somente se admite que este último - princípio do juiz natural - seja invocado em favor do réu, nunca em seu prejuízo. Sob essa ótica, portanto, ainda que a nulidade seja de ordem absoluta, eventual reapreciação da matéria, não poderá de modo algum ser prejudicial ao paciente, isto é, a sua liberdade. Não se trata de vinculação de uma esfera a outra, mas apenas de limitação principiológica."* (STJ, 6ª Turma, HC 146208, Rel. Des. Conv. Haroldo Rodrigues, DJe 16/05/2011)

O processo penal tem suas diferenciações.

A sentença condenatória proferida por juiz incompetente não transita em julgado por ser inexistente, mas se for absolutória é válida e faz coisa julgada.

Da mesma forma, as sentenças de extinção da punibilidade proferidas ainda que por juízes incompetentes, são válidas, existentes, eficazes, pois a coisa julgada tem função sanatória em favor do acusado.

Ao impor a continuação do processo em que anteriormente havia sido declarada a extinção da punibilidade, sem recurso por parte da acusação, é como se houvesse um *bis in idem* e, ainda, maximização do princípio *in dubio pro societate* em detrimento dos princípios que deveriam prevalecer, quais sejam, *favor rei* e do *favor libertatis*, refletindo inclusive na desestabilização da relação jurídico-processual do feito, além da segurança jurídica.

Em voto prolatado no HC nº 83.545/SP - STF, o Ministro Relator Cezar Peluso, sobre o tema, fez os seguintes apontamentos acerca da possibilidade de correção de erro material:

> *"(...) Se é certo que, no processo civil, erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, até ex officio, conforme preceitua o art. 463, inc. I, do Código de Processo Civil, é diverso o sistema que informa o processo penal, em cujo âmbito não consta preceito idêntico nem análogo e, como princípio cardeal, vige proibição de reformatio in pejus.*
>
> *(...)*
>
> *3. Ao sistema processual penal repugna-lhe a reformatio in pejus. É o que, por exemplo, se vê à exceção da regra que faz cognoscível de ofício, a qualquer tempo, toda causa de nulidade absoluta, salvo quando agrave a situação do réu: não pode o tribunal, em recurso exclusivo da defesa, pronunciar nulidade absoluta que, não arguida pela acusação, prejudique a defesa. É a postura que esta Corte sedimentou na súmula 160, a qual preceitua: "É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".*
>
> *E essa repugnância do sistema assume contornos absolutos perante a norma implícita de que, ainda quando contenha gritante erro judiciário, que é o mais, sentença absolutória se reveste, uma vez transitada em julgado, de autoridade incontrastável e, como tal, não admite revisão (art. 621 do Código de Processo Penal, a contrário). Trata-se da cabal confirmação do entendimento de que, neste, como noutros temas, o processo penal não é estruturado por princípios comuns ao processo civil, senão por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico que se presta a decidir e, sobretudo, por força do valor supremo do ius libertatis, do qual o processo é concebido e disciplinado como instrumento de tutela. Como tenho sustentado faz muito, o processo penal não serve ao ius puniendi, que, no uso da força, o Estado poderia*

sempre exercer doutro modo, mas ao resguardo dos direitos do réu a um julgamento legal e justo (due process of law).

(...) 5. Pouco se dá, em suma, conste dos autos causa de nulidade absoluta, ou erro material; nem este nem aquela podem, no âmbito do recurso da defesa, ser reconhecidos ou remediados em termos de agravamento da situação do réu, cuja expectativa jurídica da possibilidade única de obter decisão que o beneficie ou, pelo menos, nunca o desfavoreça, não se pode inverter sem grave dano à certeza, à segurança e ao escopo tuitivo da liberdade no processo penal: (...) (julgamento em 29/11/2005)".

Embora não se encontrem precedentes que se amoldem com exatidão ao caso, transcrevo alguns julgados pertinentes aos princípios citados:

"PENAL – PROCESSO PENAL – SENTENÇA DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NA PRESCRIÇÃO – PROLAÇÃO POR JUIZ ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE – TRÂNSITO EM JULGADO – "NE REFORMATIO IN PEJUS" E "BIS IN IDEM ". 1. Declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva através de decisão transitada em julgado, ainda que prolatada por juiz absolutamente incompetente, está ela revestida pela imutabilidade da coisa julgada, que tem como consequência a proibição da "reformatio in pejus ", sendo que novo julgamento do réu por idênticos fatos importaria em "bis in idem ". Precedentes do STJ. 2. No presente caso, deve prevalecer a sentença emanada pela Justiça Estadual que declarou extinta a punibilidade do réu, sobre a qual se operou o trânsito em julgado. 3. Apelação ministerial prejudicada. Tornada sem efeito a sentença proferida pela 1ª Vara Federal da 15ª Subseção Judiciária de São Paulo." (TRF 3ª R.; ACr 0001342-34.2008.4.03.6115; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Maurício Kato; Julg. 08/05/2017; DEJF 15/05/2017)

"HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA POR JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – OCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO – REPRESENTADO MAIOR DE IDADE – REMESSA À JUSTIÇA COMUM – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA.

1. A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente, não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.

2. Incide, na espécie, o princípio do ne bis in idem, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente.

3. Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal pro societate, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.

4. Ordem concedida.". (STJ. HC 36091/RJ: 2004/0081309-6. Relator (a): Ministro Hélio Quaglla Barbosa. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 24/02/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 14.03.2005 p. 426.)

"TRANSAÇÃO PENAL – CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ACORDO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA POR JUIZ INCOMPETENTE – TRÂNSITO EM JULGADO – COISA JULGADA. 1. CUMPRIDAS PELO RÉU AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ACORDO DA TRANSAÇÃO PENAL, E DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO CRIME POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, POSTO QUE PROFERIDA POR JUIZ ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE, ENCONTRA-SE ELA PROTEGIDA PELO MANTO DA COISA JULGADA. 2. A INSTAURAÇÃO DE NOVO PROCESSO CONTRA O RÉU, PELO MESMO FATO, ACARRETA BIS IN IDEM." (TJDF - APR: 20040111191440 DF, Relator: Getulio Pinheiro, Data de Julgamento: 12/01/2006, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 29/03/2006 Pág.: 91)

Por fim, registro que lamento o ocorrido, uma vez que a ineficiência das Instituições impediu a apuração correta do caso.

Volto a frisar, sobretudo, que os fatos datam de quase duas décadas, sem que tenha havido uma adequada apuração e/ou responsabilização.

Ante o exposto, contra o parecer, concedo a ordem para reconhecer a validade e restabelecer da sentença que declarou a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição dos pacientes M.R.B., A.J.M. e M.V.B. em relação ao Processo 0006152-68.2011.8.12.0002, estendendo a ordem aos corréus J.L.C. e M.P. na forma do artigo 580 do CPP, devendo ser verificado na origem se a peça se encontra digitalizada nos autos, com o devido destaque, ficando sem efeitos todos os atos subsequentes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, nos termos do voto do relator, denegaram a ordem, vencida a 2ª vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 19 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Juiz Waldir Marques
Agravo de Execução Penal nº 0013333-45.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME – EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – PERÍCIA QUE NÃO RECOMENDA A TRANSIÇÃO DE REGIME – AGRAVO IMPROVIDO.

Considerando o teor da Súmula Vinculante nº 26, do STF, e Súmula 439, do STJ, para efeito de progressão do regime, o juiz da execução penal pode determinar a submissão do sentenciado ao prévio exame criminológico quando as circunstâncias concretamente verificadas indicam tal necessidade. Como a perícia apresentou resultado desfavorável à progressão de regime, haja vista o reeducando não ter demonstrado condições suficientes para o convívio social, impositivo o indeferimento do pedido de progressão prisional, diante da ausência do requisito subjetivo.

Com o parecer, 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 ao recurso, por maioria, nos termos do voto do Relator. Vencido o 1° vogal.

Campo Grande, 11 de junho de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Em substituição legal)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Willian Pereira Alves contra decisão de f. 30-31, que indeferiu seu pedido de progressão de regime.

Em suas razões recursais às f. 01-06, o agravante requer a reforma da decisão, sob a alegação de que preenche os requisitos objetivos e subjetivos para concessão do benefício.

Em contrarrazões às f. 37-49, o Ministério Público Estadual pugna pelo não conhecimento e, no mérito, não provimento do recurso.

Em sede de juízo de retratação à f. 50, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer às f. 59-64, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Relator em substituição legal)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Willian Pereira Alves contra decisão de f. 30-31, que indeferiu seu pedido de progressão de regime.

Em suas razões recursais às f. 01-06, o agravante requer a reforma da decisão, sob a alegação de que preenche os requisitos objetivos e subjetivos para concessão do benefício.

Passo ao exame do recurso.

Consta nos autos que o agravante foi condenado à pena total de 20 anos de reclusão, pela prática do crime de latrocínio descrito no art. 157 § 3º, parte 2, do CP (f. 09-10).

Estando no cumprimento regular de sua pena, o agravante atingiu o lapso temporal necessário e requereu o benefício da progressão de regime para o semiaberto. Argumentou que o parecer disciplinar classificou a conduta do agravado como "ótima" (f. 27-28).

Entretanto, após análise do exame criminológico (f. 11-26), o *Parquet* se manifestou pelo indeferimento do pedido de progressão de regime, afirmando que as condições demonstradas no laudo inferem ser necessária a manutenção do agravante em regime fechado.

Desta feita, o magistrado *a quo* indeferiu o pedido da defesa (f. 30-31), restando a decisão assim fundamentada:

> *"(...) constitui direito absoluto do reeducando, deixando a legislação ao prudente arbítrio do Magistrado o exame das condições subjetivas, vez que a progressão está condicionada à segurança da vida em sociedade.*
>
> *Pois bem. No caso dos autos, da leitura de todo o corpo do laudo pericial, está facilmente demonstrada a incapacidade do reeducando de cumprir pena em regime mais brando.*
>
> *Com efeito, o sentenciado cumpre pena de 20 anos pela prática do delito de latrocínio.*
>
> *Nesse contexto, de acordo com o laudo do exame criminológico realizado, o periciado "ainda apresenta estereótipos comportamentais de que voltará a delinquir; que apresenta características de periculosidade latente; que não demonstra estar em condições de aceitar o convívio social e/ou ambiente de trabalho sem supervisão." Por fim, o perito judicial concluído que não está apto a cumprir pena em regime mais brando.*
>
> *Assim, considerando, as conclusões do laudo criminológico, ainda que sua conduta carcerária seja classificada como "ótima", reputo não preenchido o requisito subjetivo para progressão de regime.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, diante de todo o exposto, ausente o requisito subjetivo, com fundamento no artigo 112 da Lei de Execução Penal, indefiro o pedido de progressão do regime prisional.*
>
> *Oficie-se à Direção da Unidade Penal, com cópia do laudo pericial (f. 306-321), para ciência e, ainda, para a disponibilização de tratamento psicológico intramuros. Determino, desde já, a realização de novo exame criminológico no prazo de 06 (seis) meses para a análise do requisito subjetivo para a concessão de Benefícios. (...)"*

Não obstante as alegações da defesa, o art. 112, da Lei de Execução Penal, dispõe que a concessão da progressão de regime está subordinada à constatação de condições pessoais, que façam presumir que o sentenciado tem aptidão para o convívio social e apresente indicativos de que não voltará a delinquir, sendo, portanto, necessário uma análise mais acurada do comportamento do mesmo, dada as circunstâncias pessoais do condenado.

Assim, a análise do requisito subjetivo não está adstrito apenas ao parecer disciplinar, pois, haja vista a natureza do delito praticado pelo agravante, por cautela, é cabível a realização do exame criminológico, nos termos das súmulas 26 e 439, respectivamente, do STF e STJ, *in verbis:*

> *"Súm. Vinculante nº 26 do STF: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".*
>
> *"Súm. nº 439 do STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.* (Súmula 439, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)"

No caso dos autos, o Laudo Pericial de f. 11-26 concluiu que o apenado:

> *"Wilian Pereira Alves revelou condições intelectuais adequadas, embora não esteja bem quanto à visão do conjunto, capacidade de análise e percepção da realidade (percentuais G, D e Dd); o tipo de inteligência é inibida e repetitiva (M combinado com G, e DG, no caso ausente, e F). Pôde-se perceber que o examinando apresenta dificuldades quanto à capacidade de adaptação e relacionamento humano (M, M+% e FC); controle de reações impulsivas e emocionais (FC); capacidade de suportar conflitos e tensão (F% conteúdo disfóricos); capacidade de autocrítica e poder de reparação (FC, F%). Portanto, os dados quantitativos e qualitativos obtidos no Teste de Rorschach, integrados com elementos apanhados no roteiro de entrevista e informações pertinentes a Escala Hare (PCL-R), associados à conduta manifesta do examinando e combinada com seu comportamento funcional ao longo da vida, sugere, por ocasião desta avalição, considera-lo inapto a concessão de benefício. Diante o exposto, entende-se pertinente que o examinado seja inserido em programas educacionais; ocupacionais e/ou profissionalizante, e que seja submetido a um continuo acompanhamento psicoterapêutico durante a execução de pena, na perspectiva de reduzir o grau de periculosidade e reincidência. (...)"*

Atestou ainda:

> *"(...)*
>
> *1) O sentenciado apresenta, ainda, estereótipos comportamentais de que voltará a delinquir?*
>
> *Resposta: No presente momento sim.*
>
> *2) Apresenta características de periculosidade latente com manifestações atuais?*
>
> *Resposta: No presente momento sim.*
>
> *(...)*
>
> *6) Está o condenado apto a cumprir pena em regime prisional mais brando? Demonstra-se psicologicamente capacitado para o trabalho?*
>
> *Resposta: No presente momento não. Sim, demonstra-se psicologicamente capacitado para o trabalho, porém, preferencialmente supervisionado pelo Estado. (...)"*

Diante disso, concluo, assim como o juiz singular, que o agravante não apresentou os sinais esperados que o habilitariam à progressão, pois o interno continua apresentando características de personalidade que comprometem o seu retorno ao convívio social, de modo que não se mostra conveniente a concessão do benefício, ao menos neste momento.

Portanto, constatado que o exame criminológico atestou de forma desfavorável a capacidade do reeducando para progredir ao regime intermediário, não se afigura acertivo o magistrado desconsiderá-lo e conceder o benefício da progressão de regime.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO REGIME SEMIABERTO – SUBMISSÃO SENTENCIADO A EXAME CRIMINOLÓGICO, EMITINDO PARECER DESFAVORÁVEL À CONCESSÃO DA BENESSE – PEDIDO INDEFERIDO PELO JUÍZO MONOCRÁTICO – AUSÊNCIA MÉRITO – REFORMA DECISÃO – INADMISSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE QUE A R. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO DEVE SER REFORMADA, VEZ QUE O SENTENCIADO PREENCHEU OS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE – INADMISSIBILIDADE – O exame criminológico apresenta opinião desfavorável à concessão da benesse pleiteada. Assim, o pedido foi indeferido pelo juízo monocrático, haja vista que as condições comportamentais negativas frustrariam os fins da pena, notadamente o seu caráter preventivo e ressocializador. Agravo improvido."* (TJ-SP - EP: 00125922620188260041 SP 0012592-26.2018.8.26.0041, Relator: Paulo Rossi, Data de Julgamento: 28/11/2018, 12ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/12/2018)

> *"AGRAVO EM EXECUÇÃO – REGIME SEMIABERTO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EXTERNOS – EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO – ROUBO E LATROCÍNIO – REINSERÇÃO GRADATIVA – RECURSO DESPROVIDO. 1. A progressão para cumprimento da pena em regime semiaberto não tem como decorrência imediata a concessão de benefícios externos, devendo a reinserção social de sentenciados ser operada de forma gradativa. 2. In casu,a presença de traços negativos de personalidade devem ser sopesados quando da concessão de benefícios externos. Assim, condicionar a concessão de benefícios externos ao implemento das sugestões veiculadas no Laudo de Exame Criminológico, de acompanhamento psicológico pela equipe da PDF I e manutenção em atividades educacionais se mostra mais adequado para o presente caso. 3. Agravo em Execução desprovido."* (TJ-DF 20180020055933 DF 0005469-31.2018.8.07.0000, Relator: J.J. Costa Carvalho, Data de Julgamento: 04/10/2018, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/10/2018. Pág.: 91/109)

Assim, não preenchido o requisito subjetivo necessário, impõe-se a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de progressão de regime do reeducando.

Ante o exposto, com o parecer, nega-se provimento ao recurso.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1° vogal)

Divirjo do e. Relator para dar provimento ao agravo defensivo.

Na hipótese, o magistrado singular indeferiu o pedido de progressão de regime em razão da ausência do requisito subjetivo, com base no resultado do laudo pericial de f. 11-26, elaborado pelo Psicólogo Renato Palhares Ribeiro, CRP 14/04366-0.

Contra tal *decisum* recorre o apenado aduzindo que preenche os requisitos legais para obtenção da progressão.

Com razão à defesa.

Pois bem, inicialmente é necessário registrar que o artigo 112 da LEP (aplicável ao caso do recorrente em razão da data do crime - anterior à Lei 11.464/2007) prevê dois requisitos para progressão do regime de pena privativa de liberdade, quais sejam: (i) o cumprimento de pelo menos um sexto da pena – requisito objetivo; e (ii) bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento – requisito subjetivo. Quando da elaboração da Lei de Execuções Penais, tal artigo contava com um parágrafo único, cujo

teor estipulava que "*a decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário*". Não obstante a revogação do parágrafo pela Lei nº 10.792/03, ainda há certo impasse em relação à aplicação e à valoração do exame criminológico.

Com fulcro no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que dá forma ao princípio da individualização da pena, a versão inicial da LEP concedeu a devida importância à realização do exame criminológico no início da execução, para que se fosse possível constatar a evolução – ou eventual involução – do preso durante o cumprimento da pena.

Pretendeu-se, ademais, atribuir à Comissão Técnica de Classificação (CTC) competências específicas para elaborar o programa de individualização e para acompanhar a execução de penas privativas de liberdade e restritivas de direito. Ainda nessa direção, vide item 31, do Anexo II, da Exposição de Motivos da LEP:

A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinante da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.

Para o cumprimento satisfatório da proposta inicial da LEP, seria necessário dispor de um sistema prisional minimamente eficaz nos processos de individualização e acompanhamento da execução penal. Nesse cenário, o exame criminológico inicial buscaria individualizar a pena de forma mais precisa, considerando as necessidades e características do preso, bem como sua personalidade e seu potencial de desenvolvimento. Com isso, seria possível, desde o princípio da execução, inseri-los em grupos condizentes com suas características e criar-se-ia um ponto de partida para futuras avaliações de progresso (ou de regresso) de cada preso.

À equipe multiprofissional da CTC, por sua vez, competiria o acompanhamento da execução penal e a avaliação do preso nos programas oferecidos (estudo, trabalho, lazer, acompanhamento psicológico, entre outros). Assim, nos casos cabíveis, a CTC seria capaz de elaborar um parecer mais preciso, analisando o desenvolvimento do preso durante o período da execução penal.

Para os fins aos quais se propõe, não há que se falar em efetividade de uma avaliação posterior – ou seja, após o cumprimento do requisito objetivo para a progressão de regime – sem que haja o exame criminológico inicial. Sem esse ponto de partida, avaliar-se-ia não os efeitos da execução penal no autor (sua evolução ou possível involução), mas suas características que, por vezes, poderiam estar presentes antes mesmo do início do cumprimento da pena. Com isso, estar-se-ia diante de um direito penal de autor, punindo o indivíduo até por questões alheias ao delito.

É clarividente a lamentável condição do sistema carcerário brasileiro, permeado com problemas de superlotação, ambientes insalubres, número insuficiente de profissionais aptos e inúmeros outros problemas. Onde não há sequer condições dignas de sobrevivência, como falar em ressocialização? Por ora, seria mais razoável buscar, ao menos, evitar a dessocialização. Nesse cenário, faz-se necessário registrar crítica à práxis brasileira, que corrobora com uma aplicação ineficaz do exame criminológico, não respeitando sequer o princípio da individualização da pena.

Não obstante esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento de aceitar que o magistrado exija realização de exame criminológico, desde que haja motivos suficientes para tanto, nos termos da Súmula Vinculante n. 26. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça também se posicionou sobre o tema, como se pode aferir da Súmula nº 439: *"Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada"*.

Assim, registrada crítica a respeito da aplicação falha do exame criminológico no sistema prisional brasileiro, passo a analisar o "exame criminológico" realizado neste caso concreto.

Nesse trilhar, ao contrário do julgador de primeira instância, entendo que o laudo psicológico em questão não permite negar ao recorrente a progressão de regime prisional.

É necessário esclarecer que a Resolução nº 012/2011, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, vedava ao profissional da referida área elaborar prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexo causal a partir do binômio delito-delinquente ao realizar a perícia psicológica realizada no contexto da execução penal.

É certo que o referido normativo foi anulado por força de decisão judicial, por restar reconhecido que o mencionado órgão de classe extrapolou o poder regulamentar ao impor proibições não previstas em lei em sentido estrito. Porém, fato é que o normativo apontado não foi editado ao acaso. Ao revés, é fruto de intenso debate entre profissionais da categoria, membros dos Poderes constituídos e sociedade civil, e foi aprovada amplamente em maio/2011 pelo órgão deliberativo da Psicologia Brasileira.

Aliás, o próprio Conselho Federal de Psicologia editou parecer técnico para subsidiá-lo, do qual se extraem as seguintes observações pertinentes:

> *"Instituído pela Lei de Execução Penal (LEP), nº 7210 de 1984, o 'exame criminológico' é realizado por psicólogos (as), psiquiatras e assistentes sociais atuantes no sistema prisional. A função desse exame, demandado pelo judiciário, é avaliar se o preso 'merece' ou não receber a progressão de regime (que é caracterizada pela passagem do regime fechado para o semiaberto) e/ou livramento condicional. Ou seja, parte do princípio de que esses profissionais teriam a capacidade de 'prever se os indivíduos irão fugir ou cometer outros crimes' se receberem esses direitos garantidos legalmente.*
>
> *Antes da Lei 10.792 de 2003, que alterou a LEP, o exame era condição obrigatória para as progressões de regime e/ou livramento condicional. Com a referida Lei esse procedimento passou a ser exigido somente no início do cumprimento da sentença com vistas à individualização da pena, evitando ao máximo o impacto negativo do cárcere. Tal objetivo, infelizmente,não foi alcançado. Pois, a demanda por subterfúgios para manter o condenado em regime fechado para além das fronteiras da legalidade fez com que surgisse a seguinte interpretação: 'a lei retirou a obrigatoriedade, mas também não vedou a utilização em certos casos, como condição às progressões de regime'.*
>
> *Apesar de a Lei 10.792, de 2003, ter extinguido a obrigatoriedade do exame, muitos juízes continuaram a exigi-lo como pré-requisito para a concessão dos direitos constitucionais, na maioria das vezes sem apresentar qualquer fundamentação jurídica coerente e plausível para tal exigência. Mesmo sendo legalmente uma excepcionalidade, o exame criminológico continuou e continua sendo a principal prática dos psicólogos (as) no sistema prisional, restando pouco ou quase nenhuma possibilidade de prestar assistência integral à saúde dos sentenciados, dentre elas a assistência psicológica. O Conselho Federal de Psicologia coaduna com a ideia de que o exame criminológico não deve ser realizado, inclusive editando pronunciamentos e confeccionando documentos sobre o tema.*
>
> *Tramitam projetos de Lei tanto no Senado quanto na Câmara que preveem o retorno da obrigatoriedade do exame. Entre os argumentos usados, está o de que o exame poderia subsidiar o juiz na soltura ou não dos presos, amparado nos pareceres dos profissionais que avaliariam condutas delituosas futuras e também possibilitaria a individualização da pena, já que esta estaria condicionada ao mérito pessoal.*
>
> *Além da impossibilidade de qualquer profissional, com qualquer instrumento, prever as ações futuras de uma pessoa, as celas estão superlotadas, não há separação de presos por crime cometido ou tempo de reclusão e não há projetos que garantam os direitos legais previstos pela LEP para os presos, como escolas, oficinas profissionais, trabalho, etc. Dessa forma, não é possível avaliar mérito individual se os presos não têm como exercer sua autonomia na prisão."* (*In*: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2016/04/PARECER-T%C3%89CNICO-SOBRE-A-ATUA%C3%87%C3%83O-DO-PSIC%C3%93LOGO-NO-SISTEMA-PRISIONAL-E-A-SUSPENS%C3%83O-DA-RESOLU%C3%87%C3%83O-CFP-N.-12-2011-VERS%C3%83O-FINAL-TIMBRADO-1.Pdf, acesso aos 23.11.2018.)

Ainda, no mesmo parecer o Conselho Federal de Psicologia teceu as seguintes considerações sobre o exame criminológico:

> *"a) Viola o princípio da legalidade, pois tal condição para a progressão de regime ou de livramento condicional não advêm de lei, mas sim de um laudo (cada avaliador pode ter os seus parâmetros para considerar o condenado apto ao convívio social), sendo um instrumento de eternização das penas em nome da defesa da sociedade. As súmulas vinculantes n. 26 do STF (Supremo Tribunal Federal) e nº 439 do STJ –Superior Tribunal de Justiça deixam a cargo do juiz solicitar sempre excepcionalmente o exame criminológico, desde que fundamentado. Ou seja, dependendo do juiz o exame criminológico poderá ou não ser exigido;*
>
> *b) Substitui o paradigma da "culpabilidade" pelo da "periculosidade", o que em tese só se aplicaria aos submetidos às medidas de segurança: a constrição da liberdade dos plenamente capazes de entender o caráter ilícito dos seus atos deve estar vinculada ao tempo de pena, calculada conforme a reprovabilidade da conduta (art. 59 do CP). A indeterminabilidade das restrições à liberdade com base no "enquanto perdurar a periculosidade" já permite absurdos em demasia no uso das medidas de segurança;*
>
> *c) Está afeto ao direito penal de autor e não de fato: onde se pune mais gravemente o condenado pelo que ele é e não pelo que fez. Se o réu se adequar aos requisitos objetivos e subjetivos de progressão de regime ou do livramento condicional não há que se falar em 'tendência a cometer novos crimes', sob pena de se violar o princípio constitucional da isonomia na execução penal: os 'normais' teriam privilégios na execução penal;*
>
> *d) Revela certa 'vergonha de julgar': os juízes transferem o oficio de julgar aos 'técnicos morais' (ou juízes secundários) e seus saberes 'científicos', o que viola o princípio da fundamentação das decisões e da inafastabilidade do poder judiciário, pois o laudo (ou o documento produzido pelo psicólogo, decorrente de uma avaliação psicológica e as informações que nele constam tem a função de instruir e subsidiar decisões judiciais) deve ser um elemento de convencimento e não a decisão em si, sob pena de tornar juízes autômatos e produzir decisões incontroláveis. O saber 'científico' retira os freios da legalidade ampliando o controle;*
>
> *e) Seus princípios recusam o fato de que o crime é um acontecimento, uma eventualidade, pois a grande maioria dos atos de uma pessoa são lícitos e não criminosos. Os 'criminólogos' que buscam as causas do delito atualmente concordam que converge para o atuar delitivo uma pluralidade de fatores: muitas vezes o crime é fruto do desespero ou de situações sociais extremas;*
>
> *f) No pouquíssimo tempo de entrevista, geralmente uma hora ou duas horas (as vezes as condições externas de avaliação permitem muito menos que isso)não é possível conhecer a personalidade do condenado e não existem condições técnicas ou estruturais para fazer uma 'prognose criminal' sobre possíveis reincidências;*
>
> *g) Mesmo que no exame criminológico fosse possível mapear a personalidade do indivíduo: não pode o Direito atuar no sentido de modificar moralmente a pessoa e muito menos tratá-la de forma mais rígida se não estiver subjetivamente inserida nos 'parâmetros éticos da sociedade'. Essa atuação viola o direito constitucional à intimidade (o Estado não pode interferir neste âmbito da personalidade do indivíduo)e o princípio da alteridade (o direito penal só pune o que se torna externo ao agente);*
>
> *h) Fere o princípio do contraditório, pois o periciado, geralmente oriundo de classe social empobrecida e possuindo baixa escolaridade, não apresenta condições de contraditar o exame através de um processo de contestação legítima pela contratação de assessor técnico que possa questionar a metodologia e o resultado do documento produzido. Além disso, o juiz geralmente considera a versão do perito oficial em detrimento a posição do assessor técnico;*
>
> *i) Viola a proteção contra a autoincriminação, ou seja, o direito de qualquer o ser humano não produzir prova contra si mesmo. Na seara penal, isso pode ocorrer tanto pelo*

direito a permanecer em silêncio durante o processo deavaliação quanto pelo direito a mentir, que nos exames criminológicos sempre são interpretados contra o periciado, muitas vezes determinando a negação do direito pleiteado."

A partir da leitura de tais excertos é possível concluir que, em exames criminológicos como o presente, não é possível ao profissional da Psicologia traçar a personalidade do condenado nem tampouco fazer uma prognose sobre possíveis reincidências. Aliás, embora atualmente seja inviável a anulação do laudo ora em análise por violação à indigitada norma regulamentar, nada impede que sejam observadas as considerações constantes do mencionado parecer técnico, por serem pertinentes e possuírem base científica válida.

Deveras, exatamente em razão dos obstáculos sustentados pelo referido órgão de classe que, no presente caso, exame criminológico baseia-se em expressões genéricas, linguagem técnica vaga e apresenta conclusões subjetivas, constantes, aliás, de todo o documento.

Destacou-se no laudo pericial, mais de uma vez, que o recorrente "*apresenta dificuldades quanto à capacidade de adaptação e relacionamento humano, controle de reações impulsivas e emocionais, capacidade de suportar conflitos e tensão, capacidade de autocrítica e poder de reparação"*. Porém, cuida-se de diagnóstico que não se relaciona com comportamento carcerário, muito menos com o mérito do condenado. Referida patologia, tida como característica "negativa", na verdade constitui doença e, por conseguinte, não pode impedir a progressão de regime, exigindo, ao contrário, tratamento, se realmente existente.

Aliás, não houve apuração se o referido transtorno tem relação com os delitos pelos quais o recorrente foi condenado. Por isso, o indigitado exame deixou de ser criminológico para ser unicamente um exame de personalidade e do histórico pessoal do preso, o qual é previsto na LEP como uma avaliação à parte, distinta do criminológico, conforme fica muito claro no item 34 da Exposição de Motivos da LEP. Assim, na medida em que se está negando ao preso o benefício pleiteado por conta dos resultados do tal exame (de personalidade), aquele estará sendo punido por ter determinadas características de personalidade e de histórico pessoal. A prevalecer este tipo de raciocínio, por certo se estará regredindo ao vetusto direito penal do autor, agora travestido de direito penal do inimigo e invadindo as searas da execução penal.

As características negativas apontadas pelo perito buscam indicar a possibilidade do recorrente voltar a delinquir. Porém, como assentado anteriormente, a pretensão de se realizar um prognóstico de reincidência é ultrapassada e até impossível, por ser improvável que um exame consiga predizer se o apenado voltará ou não a delinquir. Vale dizer, diante da diversidade de situações que podem levar ao crime, a análise de apenas alguns deles não é capaz de precisar a possibilidade da ocorrência ou não de outro fato criminoso. Em outras palavras, analisar somente alguns aspectos da vida do apenado não garante a precisão do exame em avaliar as possibilidades de reincidência.

Aliás, o próprio exame pericial, ao responder quesito defensivo, apontou que: "*Entende-se como imprevisível o comportamento reincidente, portanto, hão há possibilidade de firmar prognóstico no sentido de que o reeducando voltará ou não a delinquir caso seja colocado em regime mais brando*".

Destarte, restando comprovado que o recorrente preenche o requisito objetivo para a progressão de regime, apresenta "ótima" conduta carcerária atestada pela direção da unidade penal (Parecer Disciplinar de f. 27-28) e não havendo motivos idôneos justificando o cumprimento da pena em regime fechado, a progressão é medida que se impõe.

Ante o exposto, divirjo do e. Relator e voto no sentido de dar provimento ao agravo interposto por Willian Pereira Alves a fim de determinar a progressão do agravante ao regime prisional semiaberto, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo da execução.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2° vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o 1° vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator em substituição legal, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 11 de junho de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Juiz Waldir Marques
Apelação Criminal nº 0001038-68.2018.8.12.0014 - Maracaju

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ARTIGO 157, § 2°, II, DO CÓDIGO PENAL – PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE TENTADA – INCABÍVEL – INVERSÃO DA POSSE OPERADA – RECURSO IMPROVIDO – DE OFÍCIO, APLICAÇÃO DE CONCURSO FORMAL.

A inversão da posse, ainda que por curto espaço de tempo, é suficiente para consumar o delito de roubo, sendo desnecessária a posse mansa e/ou a efetiva utilização dos bens objeto do crime.

Deve ser reconhecido o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores na hipótese em que, mediante uma única ação, o réu praticou ambos os delitos, tendo a corrupção de menores se dado em razão da prática do delito patrimonial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao recurso e, de ofício, reconhecer concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menores, por maioria, nos termos do voto do revisor. Vencido em parte o relator.

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Jael Moraes da Silva interpôs apelação contra a sentença que o condenou à pena de 5 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, II, do CP e art. 244-B do ECA.

Requereu o reconhecimento da forma tentada em relação ao delito de roubo majorado sob o argumento de que os produtos que seriam objeto do delito ficaram no local. Elaborou prequestionamento (f. 218-225).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 232-240).

A PGJ opinou pelo não provimento do apelo (f. 250-254).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Jael Moraes da Silva interpôs apelação contra a sentença que o condenou à pena de 5 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, II, do CP e art. 244-B do ECA.

A denúncia narrou os fatos nos seguintes termos (f. 1-5):

> *"Consta nos autos de inquérito policial, que no dia 26 de abril de 2018, por volta das 15h30min, na Rua Querubina, 331, Bar do Aranha, Vila Margarida, nesta urbe, o denunciado, em unidade de desígnios e comunhão de esforços com o adolescente Mário Alberto Fuertes Braga, mediante grave ameaça e violência empregada com arma branca, subtraiu, para si, coisa alheia móvel, qual seja: seis latas de cerveja da marca Conti, uma garrafa de aguardente da marca Jamel, uma garrafa de aguardente da marca Fortim, um litro de conhaque, um litro de catuaba, bem como a quantia de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), pertencentes à vítima Sérgio Martines Sanguino.*
>
> *Consta ainda que, nas mesmas condições de data, horário e local, o denunciado, com ele praticando infração penal, facilitou a corrupção de Mário Alberto Fuertes Braga, menor de dezoito anos.*
>
> *Segundo restou apurado, na data e hora dos fatos, a vítima estava em seu estabelecimento comercial, denominado "Bar do Aranha", momento em que o denunciado e o adolescente Mário chegaram ao local e pediram duas fichas de sinuca.*
>
> *Momentos após, o denunciado propôs ao adolescente Mário a realização do assalto, tendo o adolescente aceitado, oportunidade em que o denunciado foi em direção à vítima, anunciou o assalto, desferiu socos em sua cabeça e, de posse de uma faca, colocou-a no pescoço da vítima, passando a indagá-la sobre o dinheiro.*
>
> *Nesse passo, enquanto o denunciado mantinha a vítima sob ameaça com a arma branca, o comparsa Mário, adolescente, subtraiu os pertences do estabelecimento, bem como, o dinheiro que estava no bolso da vítima.*
>
> *Após a subtração, o denunciado e o adolescente ameaçaram novamente a vítima, dizendo que a matariam se a polícia fosse acionada.*
>
> *Ocorre que, os Policiais do Setor de Investigações Gerais - SIG já haviam sido acionados e, chegando ao local e, depararam-se com os criminosos no interior do estabelecimento, todavia, o denunciado conseguiu se evadir, sendo apreendido somente o adolescente Mário, que resistiu à apreensão.*
>
> *A autoria e materialidade do delito restam evidenciadas pelos depoimentos e documentos constantes nos autos, mormente pelo auto de apreensão de f. 31 e pelo Laudo Pericial de f. 35. A autoria por sua vez é inconteste.*
>
> *Ante o exposto, Jael Moraes da Silva incidiu nas penas do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal e do artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual o Ministério Público Estadual requer que, após a autuação e recebimento desta, seja o denunciado citado para apresentar resposta à acusação, para se ver processado, julgado, ao final, condenado, intimando-se as testemunhas do rol abaixo para virem depor em Juízo, em dia e hora a serem designados, sob as cominações legais."*

Requereu o reconhecimento da forma tentada em relação ao delito de roubo majorado sob o argumento de que os produtos que seriam objetos do delito ficaram no local.

Razão não assiste ao apelo.

Para a consumação do crime de roubo, de acordo com a teoria da *amotio* ou *apprehensio*, que é a adotada em nosso ordenamento jurídico, basta a mera inversão da posse, sendo irrelevante o fato do agente ter tido ou não a posse mansa e pacífica da *res furtiva*.

Nesse sentido:

> *RECURSO ESPECIA – ROUBO – MOMENTO CONSUMATIVO – TEORIA DA AMOTIO – INVERSÃO DA POSSE – CONSUMAÇÃO – DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA – RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.499.050/RJ – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.* (STJ; REsp 1.751.789; Proc. 2018/0159888-4; SP; Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 15/08/2018; DJE 20/08/2018; Pág. 8504)

Na hipótese vertente, observa-se que o apelante, ao contrário do alegado, infringiu a norma do artigo 157, § 2°, II, do Código Penal, na modalidade consumada.

Aliás, observa-se que a prisão do apelante e a restituição da *res furtiva* somente concretizaram-se após aquele e seu comparsa terem guardado diversos pertences do estabelecimento e o dinheiro da vítima dentro de uma mochila, momento em que policiais do Setor de Investigações Gerais (SIG) que já haviam sido acionados chegaram ao local e impediram o exaurimento do delito.

Dessa forma, não há falar em desclassificação para a modalidade tentada, eis que demonstrada a inversão da posse do bem, embora por curto espaço de tempo, o que é suficiente para consumar o delito de roubo, sendo desnecessária a posse mansa e/ou a efetiva utilização dos bens objeto do delito.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CPP – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL – INOCORRÊNCIA – PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL – MOMENTO CONSUMATIVO – TEORIA DA AMOTIO – REGIME INICIAL – RECLUSÃO INFERIOR A QUATRO ANOS – REINCIDÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SÚMULA 269 DO STJ – INAPLICABILIDADE – ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CP – SEMIABERTO MANTIDO. DESPROVIMENTO. I – Inconsistente a negativa de autoria quando o conjunto probatório aponta induvidosamente no sentido de que o apelante praticou o fato delituoso a ele imputado. II Conforme decidido em sede de repercussão geral pelo STF: "Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência." III – Para a consumação do crime de furto, de acordo com a teoria da amotio ou apprehensio, basta a mera inversão da posse, sendo irrelevante o fato de o 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. IV – Pela inteligência dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a caracterização da reincidência, somada à existência de circunstância judicial desfavorável, obriga à fixação de regime prisional mais gravoso, ainda que a pena imposta seja inferior a quatro anos de reclusão. A Súmula 269 do STJ permite a fixação de regime menos gravoso ao reincidente apenas quando todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis. V – Em parte com o parecer, nega-se provimento ao recurso.* (TJMS. Apelação nº 0004979-78.2017.8.12.0008, Corumbá, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 11/09/2018, p: 12/09/2018).

Assim, rejeito o pleito de desclassificação da conduta consumada para a tentada.

Quanto ao prequestionamento, a matéria foi suficientemente debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada. Permanecem inalterados os demais termos da sentença.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Revisor)

Acompanho o relator para negar provimento ao recurso.

Todavia, de ofício reconheço o concurso formal entre os crimes de roubo majorado e corrupção de menores.

Considerando que os crimes de roubo majorado e corrupção de menores foram cometidos mediante uma só ação, o que configura o concurso formal previsto no art. 70 do Código Penal, aplico a pena mais grave, 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, aumentada em 1/6 (um sexto), ficando o réu condenado definitivamente à pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso e, de ofício, reconheceram concurso formal entre os crimes de roubo e corrupção de menores, por maioria, nos termos do voto do revisor. Vencido em parte o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 20 de agosto de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Juiz Waldir Marques
Habeas Corpus Criminal nº 1410076-30.2019.8.12.0000 - Maracaju

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO – PACIENTE PRESO HÁ APROXIMADAMENTE DOIS ANOS E SEIS MESES SEM QUE HOUVESSE PROLAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – EXCESSO DE PRAZO NÃO CAUSADO PELA DEFESA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.

No caso em tela, verifica-se que o excesso de prazo não foi causado pela defesa. O paciente está preso há aproximadamente dois anos e seis meses e não houve prolação de decisão de pronúncia.

Não há motivo aparente para a excessiva morosidade, por se tratar de ação penal sem maior complexidade. Impende ressaltar que o artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo, buscando maior qualidade, celeridade e eficácia na atividade jurisdicional do Estado.

Também, não há notícias de que o paciente tenha contribuído para o eventual atraso no julgamento do feito, pelo contrário, a demora para a formação da culpa decorre exclusivamente do Poder Judiciário.

Em matéria de constrição cautelar devem ser respeitados os princípios que lhe são ínsitos, quais sejam, os da brevidade, da excepcionalidade e da provisoriedade.

Contra o parecer, concedo a ordem para que o paciente seja colocado em liberdade por haver excesso de prazo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, conceder a ordem, por maioria, nos termos do voto do 1° Vogal. Vencido o relator.

Campo Grande, 10 de setembro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente Tamir Souza da Costa, apontando como autoridade coatora o juiz de Direito da 1ª Vara Criminal na Comarca de Maracaju.

Narrou que o paciente foi preso em flagrante no dia 06/03/2017 pela prática, em tese, do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal; e, por ocasião da audiência de custódia, teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva tendo como fundamento a garantia da ordem pública e assegurar a instrução criminal.

Afirmou que a defesa do paciente apresentou pedido de revogação da prisão preventiva, em 13/03/2019, em razão de excesso de prazo e de inexistência de motivos para manutenção da prisão; e, que o pedido foi indeferido pela autoridade apontada como coatora.

Alegou que há excesso de prazo na formação da culpa, visto que o paciente está preso há 2 anos e 5 meses e a instrução criminal ainda não se encerrou.

Sustentou, também, que não estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do CPP, bem como as condições pessoais do paciente são favoráveis.

Assim, requereu o deferimento de liminar e, ao final, a concessão definitiva da ordem para revogar a prisão preventiva do paciente.

A liminar foi indeferida (f. 240-243).

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (f. 250-252).

A PGJ opinou pela denegação da ordem (f. 256-261).

VOTO (EM 10/09/2019)

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor do paciente Tamir Souza da Costa, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da 1ª vara criminal na comarca de Maracaju.

Narrou que o paciente foi preso em flagrante no dia 06/03/2017 pela prática, em tese, do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal; e, por ocasião da audiência de custódia, teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva tendo como fundamento a garantia da ordem pública e assegurar a instrução criminal.

Afirmou que a defesa do paciente apresentou pedido de revogação da prisão preventiva, em 13/03/2019, em razão de excesso de prazo e de inexistência de motivos para manutenção da prisão; e, que o pedido foi indeferido pela autoridade apontada como coatora.

Alegou que há excesso de prazo na formação da culpa, visto que o paciente está preso há 2 anos e 5 meses e a instrução criminal ainda não se encerrou.

Sustentou, também, que não estão presentes os fundamentos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do CPP, bem como as condições pessoais do paciente são favoráveis.

Assim, requereu o deferimento de liminar e, ao final, a concessão definitiva da ordem para revogar a prisão preventiva do paciente.

A ordem deve ser denegada.

Inicialmente, cumpre registar que o artigo 5°, LXXVIII, da Constituição Federal, garante a todos no âmbito judicial e administrativo a duração razoável do processo, buscando maior qualidade, celeridade e eficácia na atividade jurisdicional do Estado.

No entanto, a questão de excesso de prazo não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, segundo as circunstâncias detalhadas do caso concreto. Nesse sentido, segue orientação do STJ:

"HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA – SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO – EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – DELONGA NÃO

CONFIGURADA – PARTICULARIDADES DA CAUSA – AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA – INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que os prazos indicados na legislação pátria para a finalização dos atos processuais servem apenas como parâmetro geral, não se podendo deduzir o seu excesso tão somente pela soma aritmética, admitindo-se, em homenagem ao princípio da razoabilidade, certa variação, de acordo com as peculiaridades de cada processo, devendo o constrangimento ser reconhecido como ilegal somente quando o retardo ou a delonga sejam injustificados e possam ser atribuídos ao Judiciário. 3. Na hipótese, observa-se que o inquérito foi instaurado em 19/7/2018, data do flagrante, tendo a preventiva sido decretada na mesma ocasião. A denúncia, oferecida em 6/8/2018, foi recebida em 11/8/2018. Das informações extraídas do sítio eletrônico da Corte de origem, verificou-se também que a autoridade judicial decretou a prisão preventiva do corréu, em 22/11/2018, sendo necessária a expedição de várias cartas precatórias. 4. Além do mais, foram prestadas informações aos Tribunais superiores em pelo menos três oportunidades (22/11/2018, 2/1/2019 e 8/2/2019) e analisados pedido de revogação da prisão em 9/1/2019, restando a audiência de instrução e julgamento designada para 25/3/2019, tudo a indicar a proximidade da conclusão do feito. 5. Assim, forçoso reconhecer que o conjunto dos atos praticados denotam a regular tramitação do feito, não havendo notícias recentes de que esteja ocorrendo morosidade ou retardo excessivo na implementação das fases processuais, tampouco desídia ou inércia na prestação jurisdicional. 6. Não há como, em sede de habeas corpus, concluir que o agente será beneficiado com regime diverso do fechado ou com a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito. 7. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade, consoante ocorre in casu. 8. Habeas corpus não conhecido." (HC 488.166/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019)

"HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – ROUBO MAJORADO – PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO – DESÍDIA ESTATAL NÃO CARACTERIZADA – WRIT DENEGADO. 1. A análise do excesso de prazo na instrução criminal deve ser realizada segundo as peculiaridades do caso concreto, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e não pela simples soma aritmética. 2. Embora superados os prazos legais, o caráter multitudinário no polo passivo da persecução penal, com 14 (quatorze) réus, a par da expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas da Acusação e da Defesa, justifica a razoável demora na conclusão da instrução. 3. Habeas corpus denegado, com recomendação de urgência na conclusão do feito." (HC 483.708/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019)

No caso, verifica-se que o paciente está respondendo pela prática de crime grave e rigorosamente apenado (art. 121, § 2º, inciso II, do CP), bem como, de acordo com as informações da autoridade apontada como coatora e também em consulta ao processo originário pelo SAJ (Autos nº 0000537-51.2017.8.12.0014), verifica-se que o feito é complexo e que foram arroladas várias testemunhas, sendo necessária a realização de vários atos processuais, inclusive em outras comarcas, bem como que foi necessária a redesignação de audiência em razão de uma das testemunhas não ter comparecido espontaneamente, sendo determinada sua condução coercitiva e marcada a audiência para o dia 28/08/2019 . Essas circunstâncias certamente demandam maior tempo que o normal para a conclusão do feito.

Por outro lado, destaca-se que os autos não se encontram estagnados, pois está havendo impulso processual regular.

Desta forma, restando o atraso justificado e não havendo desídia por parte do Poder Judiciário, não há falar em excesso de prazo na formação da culpa.

Nesse sentido, colhe-se julgado desta Corte:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – NÃO CONFIGURADO – FEITO QUE RECEBEU NECESSÁRIO IMPULSO PROCESSUAL – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA. I. Configura-se o excesso de prazo somente quando o retardamento se dá por ineficiência da prestação jurisdicional, o que não se verifica, já que o feito recebeu o devido impulso processual. Nem sempre é possível concluir os processos dentro do lapso de tempo considerado razoável, tendo em vista a complexidade do feito ou mesmo as dificuldades de natureza administrativa que acabam por impedir que a marcha processual seja concluída em curto lapso temporal, especialmente quando se trata de processo com pluralidade de réus, como no caso dos autos. Com o parecer, ordem denegada."* (TJMS. *Habeas Corpus* nº 1403563-46.2019.8.12.0000, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 02/04/2019, p: 04/04/2019).

Quanto à alegada ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, melhor sorte não lhe assiste.

Cumpre registrar que para ser justificada a prisão preventiva, sem que haja ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, o julgador deve emitir decisão com fundamentação concreta, demonstrando que a custódia é admitida em uma das hipóteses contidas nos incisos do art. 313, do CPP, bem como a presença dos pressupostos e fundamentos descritos no art. 312, do CPP.

No caso, a prisão é admitida nos termos do art. 313, I, do CPP, pois o crime de homicídio comina pena máxima superior a quatro anos.

Outrossim, os pressupostos e fundamentos do art. 312 do CPP, ficaram evidenciados.

Os pressupostos afloram da materialidade do delito e dos fortes indícios de autoria que foram evidenciados pela investigação criminal, que ensejaram o oferecimento e o recebimento da denúncia.

O fundamento da garantia da ordem pública também está presente em face da gravidade concreta da conduta e da periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi* empregado, pois, de acordo com a denúncia, o paciente teria chamado a vítima para briga e, quando essa se aproximou, o paciente sacou uma faca e desferiu-lhe inúmeros golpes, causando-lhe a morte, sendo que, em tese, agiu por motivo fútil, por conta de uma dívida, que já havia sido quitada, no valor irrisório de R$ 20,00. Tal circunstância justifica a manutenção da segregação.

Nesse sentido é a orientação desta Corte:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS DOS ART. 312 E 313, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – INSUFICIÊNCIA – ORDEM DENEGADA. I – À luz do artigo 313, do CPP, mostra-se necessária a manutenção da prisão preventiva quando verificados os pressupostos do artigo 312, do mesmo diploma legal, quais sejam: fumus comissi delicti (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e periculum in libertatis (para garantir a ordem pública), consubstanciado nos detalhes que permeiam a apuração do fato, pois o paciente teria segurado os braços da vítima para trás, a qual se encontrava ferida, reduzindo-lhe as chances de defesa, para que o menor golpeasse ainda mais a vítima. II – Condições pessoais favoráveis, por si sós, não garantem direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar. Com o parecer, ordem denegada."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal nº 1403824-11.2019.8.12.0000, Coxim, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 16/04/2019, p: 17/04/2019).

> *"HABEAS CORPUS – ROUBO SIMPLES – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CORRUPÇÃO MENOR – CRIME DE ELEVADO POTENCIAL OFENSIVO – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO – PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – INDEFERIMENTO – PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 312 E 313 DO CPP – ORDEM DENEGADA. Não há falar em revogação da prisão preventiva se o magistrado*

> *de primeiro grau, ao decretar a conversão da prisão em flagrante em preventiva da paciente, apontou, de forma fundamentada e concreta, os elementos ensejadores da necessidade dessa medida, sobretudo os destinados à garantia da ordem pública, diante da manifesta gravidade concreta do delito, e para a aplicação da lei penal e instrução criminal, além dos demais requisitos legais estampados no artigo 312 do Código de Processo Penal."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal nº 1409449-26.2019.8.12.0000, Costa Rica, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 20/08/2019, p: 21/08/2019).

Assim, sendo a prisão preventiva admitida e estando presentes seus pressupostos e fundamentos, não há falar em sua revogação ou na concessão da liberdade provisória condicionada às medidas cautelares, ainda que as condições pessoais do paciente sejam favoráveis.

Ante o exposto, com o parecer, denego a presente ordem de *habeas corpus.*

O Sr. Juiz Waldir Marques. (1º vogal)

Divirjo do i. Relator para conceder a ordem.

A ordem merece ser concedida.

Da leitura das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (f. 250-252), extrai-se que em 06.03.2017 foi convertida a prisão em flagrante do paciente em preventiva. Na data de 17.03.2017 foi oferecida a denúncia e na data de 04.04.2017. Em 12.05.2017 o paciente foi citado e realizada audiências de instrução em 22.02.2018, 02.08.2018 e em 28.08.2019, data em que foi encerrada a instrução processual, tendo as partes já apresentado as alegações finais.

Quanto ao alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, razão assiste ao impetrante.

Apesar da gravidade dos fatos, se faz necessário conceder a medida. Percebe-se claramente a morosidade do Poder Judiciário.

O paciente está preso há aproximadamente 02 (dois) anos e 06 (seis) meses, tendo a instrução criminal se encerrado recentemente e até a data de 05.09.2019 não foi prolatada a decisão que encerra a primeira fase do Tribunal do Júri.

Forçoso reconhecer que não há motivo aparente para a excessiva morosidade, por se tratar de ação penal sem maior complexidade. Impende ressaltar que o artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo, buscando maior qualidade, celeridade e eficácia na atividade jurisdicional do Estado.

Não há notícias de que o paciente tenha contribuído para o eventual atraso no julgamento do feito, pelo contrário, a demora para a formação da culpa decorre exclusivamente do Poder Judiciário.

Em matéria de constrição cautelar devem ser respeitados os princípios que lhe são ínsitos, quais sejam, os da brevidade, da excepcionalidade e da provisoriedade.

Neste sentido:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.* ***- Se o retardamento no curso do processo se deu sem contribuição do paciente, não se pode ter como razoável que ele permaneça preso. - Com base no entendimento do STF, a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar, sem julgamento, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e configura constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave.*** *" (TJMG - Habeas Corpus* Criminal 1.0000.17.104685-7/000, Relator(a): Des.(a) Catta Preta , 2ª Câmara Criminal, julgamento em 08/02/2018, publicação da súmula em 21/02/2018) (g.n)

Contra o parecer, concedo a ordem apenas para que seja colocado em liberdade o paciente Tamir Souza Costa, devendo comparecer a todos os atos do processo, mantendo o endereço sempre atualizado em juízo, sob pena de nova decretação da prisão.

Caso seja este voto vencedor, expeça-se alvará de soltura e cumpra-se, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se com urgência ao juiz da causa.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam a ordem, por maioria, nos termos do voto do 1° vogal. Vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 10 de setembro de 2019.

***

Noticiário



Tribunal de Justiça de MS disciplina programa de Residência Judicial - 03/07/2019



Está publicada no Diário da Justiça desta quinta-feira (4) a Resolução nº 221, que disciplina o programa de Residência Judicial, uma atividade de aprendizado auxiliada por meio de bolsa de estudo, prestado pelo Poder Judiciário de MS, sem vínculo empregatício ou encargos trabalhistas, por aluno vinculado ao programa de preparação para o ingresso da carreira da magistratura da Escola Superior da Magistratura (Esmagis). A norma foi aprovada por unanimidade na sessão do Órgão Especial desta quarta-feira (3).

Pela resolução, os residentes auxiliarão juízes e desembargadores em atividades jurídicas, com carga horária semanal de 20 a 30 horas, e finalidade de aprendizado da atividade prático-jurídica, em complementação ao conhecimento teórico adquirido na Esmagis.

A atividade deve ser desenvolvida em gabinete de magistrado de primeiro ou segundo graus, sob orientação de magistrado vitalício, além da supervisão do Conselho Superior da Magistratura e da Esmagis. O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, ao apresentar a proposta aos desembargadores lembrou que a louvável iniciativa da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul) tem o mérito de enfrentar dois problemas: o aumento da carga de trabalho dos gabinetes dos magistrados e a crise financeira.

"O aumento da carga de trabalho é decorrente da informatização dos processos judiciais, que permite aos advogados acompanhar e peticionar em tempo real, fazendo com que os autos retornem à conclusão - com petição - logo após uma decisão ser proferida. E a crise financeira que impede a expansão proporcional da força de trabalho para o devido enfrentamento da crescente judicialização", esclareceu Des. Paschoal.

O juiz auxiliar da Presidência, Fernando Chemin Cury, destaca a importância da implantação do programa. "O acolhimento da proposta proporcionará melhor aparelhamento da força de trabalho nas unidades judiciárias de primeiro e segundo graus, fomentando o desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade para fins de cumprimento das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça".

O juiz Fernando Cury, durante sua gestão na Presidência da Associação do Magistrados de MS, juntamente com os juízes Alessandro Carlo Meliso Rodrigues, José de Andrade Neto e Mário José Esbalqueiro Jr desenvolveram o projeto que teve continuidade e conclusão na administração da atual diretoria da Amamsul

e da Esmagis, com o juiz Eduardo Siravegna e o Des. Vilson Bertelli. À época da elaboração do projeto uma comitiva de magistrados esteve em Santa Catarina para conhecer o modelo e aperfeiçoar a proposta para MS.

Destaque-se que a Esmagis é uma instituição de ensino vinculada à Amamsul, tem por objetivo a preparação dos alunos para o ingresso na carreira da magistratura, está alinhada às recomendações do CNJ e às orientações emanadas das diretrizes educacionais aprovadas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Além disso, a Amamsul constitui a única congregação associativa que contempla exclusivamente no seu corpo de associados os juízes que exercerão a função de orientadores e destinatários finais das funções exercidas pelos residentes judiciais.

Importante lembrar que eventual oferta de vaga dependerá de disponibilidade financeira do TJMS e o programa terá as etapas I e II, do módulo III do curso de preparação para a magistratura da Esmagis. Cada etapa terá, no máximo, dois anos de duração, e os residentes judiciais serão orientados exclusivamente por magistrados filiados à Amamsul, podendo estes integrar o corpo de formadores da Escola Judicial.

Ao final, o residente receberá certificado que valerá como prova da atividade jurídica. Outros entes públicos já instituíram programa semelhante, com absoluto sucesso tanto para os magistrados quanto para os residentes, em razão do incremento de mão de obra qualificada e, ao mesmo tempo, servindo de valiosa experiência aos egressos da faculdade - como é o caso do TJSC, tribunal em que o projeto já ultrapassou 11 anos de duração.

Confira a íntegra da Resolução.

Anexos: **Resolução n. 221**

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Implantada biometria para apenados na comarca de Costa Rica - 04/07/2019



O Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins, acompanhado do juiz auxiliar César Castilho, está na comarca de Costa Rica para correições ordinárias e nesta quinta-feira (4) acompanhou o início da operação de um sistema facilitador, que permite a apresentação de sentenciados em liberdade condicional de forma mais fácil e rápida.

Com o Corregedor e o juiz auxiliar estavam o juiz Francisco Soliman, da 1ª Vara de Costa Rica, e Adriano Martins da Silva, presidente da Subseção da OAB daquela comarca.

A nova ferramenta tecnológica permite 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.

Assim, a unidade disponibilizada pela Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS garante mais rapidez, transparência e fidelidade ao processo, pois evita que os apenados façam a apresentação no balcão, insiram os dados no sistema e assinem o comprovante, que precisaria ser digitalizado.

Saiba mais – O projeto-piloto da Unidade Eletrônica de Apresentação em Juízo foi iniciado em Campo Grande, em junho de 2018, e a nova solução tecnológica está sendo implantada aos poucos nas comarcas do interior. A comarca de Mundo Novo instalou o totem em fevereiro desse ano e o desembargador também presenciou o início de tal ação.

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.



Corregedor, juízes Francisco Soliman e César Castilho com presidente da subseção da OAB local

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadora da Mulher debate violência de gênero em Genebra - 16/07/2019



Responsável pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, a juíza Jacqueline Machado está em Genebra, na Suíça, para participar como debatedora de duas mesas redondas no evento "Derechos y Progreso para todos los Niños en la Era de los ODS", realizado no Palácio das Nações, sede europeia das Nações Unidas (ONU).

A magistrada representou o Tribunal de Justiça de MS e a Cátedra Unesco de Gênero, Diversidade Cultural e Fronteiras da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), que faz parte de projetos de pesquisa. Todos os custos com a viagem, hospedagem e participação foram pagos pela própria juíza.

O curso integra professores de outras cátedras como da Argentina, Colômbia, Chile e Espanha e é patrocinada pela OIDEL, entidade internacional e não governamental, com fins educacionais.

Jacqueline integrou, nesta terça-feira (16), a mesa "Discriminação baseada no gênero: O desafio foi superado?". Na quinta-feira (18) ela participa como debatedora da mesa redonda intitulada "Crianças e Adolescentes em situação de vulnerabilidade (rua, trabalho e exploração sexual): entre a violência e a invisibilidade".

"Falei hoje sobre a desigualdade de gênero, os números da violência contra a mulher no Brasil e no Mato Grosso do Sul, além dos projetos que já implementamos na Coordenadoria da Mulher", relatou ela, que considerou riquíssima a experiência no evento.

"Ouvi testemunhos muito fortes de mulheres que foram violadas em seus direitos e pude conhecer as situações de outros países quanto à desigualdade entre homens e mulheres, bem como práticas positivas para a mudança", finalizou contando que o consenso entre os participantes é que a mudança só é possível com a educação para a equidade de gênero.

Participaram da mesa o advogado do escritório da ONU para a defesa dos povos indígenas Andrés Castilho, professor da Faculdade de Direito de Genebra; Gladys Acosta Brandrup, professora e conselheira municipal de Vernier, e Andrés Del Castillo, assessor jurídico sênior do DOCIP.

Agenda 2030 - Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são uma coleção de 17 metas globais, estabelecidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas e fazem parte da Resolução 70/1 da Agenda 2030. Entre as metas que devem ser alcançadas por todas as nações estão a igualdade de gênero e a justiça social, temas relacionados com a atuação do Poder Judiciário no Brasil.



Na quinta-feira (18), a juíza participa de outra mesa redonda

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto leva esporte para adolescentes acolhidos na Capital - 16/07/2019



Professores voluntários e alunos com muita vontade de aprender artes marciais. Esse foi o resultado de reunião de esforços para melhor aproveitamento dos tatames presenteados pelo Procurador de Justiça, Hudson Shiguer Kinashi, aos acolhidos da unidade IV da Unidade de Acolhimento Institucional (UAI), adolescentes masculinos, da Capital.

Essa unidade é mantida pela Secretaria de Assistência Social do Município e, segundo Milton Emílio dos Santos, coordenador da unidade, a proposta é socializar os adolescentes para que, por meio do esporte, consigam viver melhor em sociedade quando deixarem a entidade de acolhimento e, quem sabe, utilizar as artes marciais como forma de trabalho.

O projeto foi idealizado pelo professor de jiu-jitsu Carlos André Justino dos Santos, que convocou outros colaboradores para servirem de instrutores aos adolescentes. Assim, na noite desta segunda-feira (15), um fotógrafo, um coordenador de sistema, um programador e um farmacêutico uniram-se no tatame para iniciar as aulas esportivas com os adolescentes.

Para iniciar as atividades, voluntários como Elton Hideaki Yoshinaga, conhecido como Tiba, arrumaram alguns kimonos, embora pretendam doar mais algumas unidades para quem não conseguiu desta vez uma roupa utilizada nessa modalidade de esportes. A intenção agora é treinar os adolescentes para que possam participar dos campeonatos, realizados todo mês.

A coordenadora do Projeto Padrinho, Andrea Espíndola Alvarenga Cardoso, lembra que toda ajuda é bem-vinda e que os voluntários podem escolher a forma que melhor se enquadre em seu perfil para se tornar um padrinho. Ele convida a sociedade a fazer parte desta ação que tanto ajuda crianças e adolescentes.

Além dos voluntários e convidados, estavam no início das atividades os promotores de justiça Nicolau Bacarji Jr.e Fabrícia Barbosa Lima, e a esposa do padrinho financeiro que fez a doação dos tatames, Tereza Kinashi.

Saiba mais - O Projeto Padrinho atende entidades, atua auxiliando o judiciário como um apoio técnico e ainda cria oportunidades de crianças fora da faixa etária de adoção convencional de serem adotadas em razão do convívio familiar. Criado em junho de 2000, em Campo Grande, tornou-se referência nacional.

Além da Capital de MS, a proposta é desenvolvida em muitas comarcas do interior e auxilia centenas de padrinhos e jovens a oportunidade de convivência afetiva. Existem várias opções de apadrinhamento:

- padrinho afetivo: proporciona atenção e carinho à criança abrigada;

- padrinho voluntário: faz algum tipo de trabalho esporádico nas entidades de acolhimento;

- prestador de serviço: aquele que atende os abrigos de acordo com sua especialidade profissional, de maneira gratuita ou com ajuda material.

Os responsáveis pelo projeto fazem a captação dos padrinhos e mantêm parcerias com empresas, universidades e agências de publicidade que auxiliam na divulgação da proposta, na doação de camisetas, na manutenção dos projetos voltados para crianças e adolescentes que vivem em entidades de acolhimentos.

Em 2007, o Projeto Padrinho foi premiado como melhor projeto na área de infância e juventude pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Os interessados em estabelecer parcerias ou fazer parte do Projeto Padrinho podem procurar o Fórum de Campo Grande, na Rua da Paz, 14, em fazer conato pelo 3317-3512.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Direitos da criança e do índio são preservados em adoções por indígenas
19/07/2019



Casos de adoção e destituição do poder familiar de crianças indígenas são sempre situações de conflitos de direitos: de um lado o direito das crianças de crescerem em uma família e de outro o direito da preservação da identidade dos povos indígenas. No momento, a Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Campo Grande está lidando com o acolhimento de três crianças indígenas e tem buscado uma solução que atenda da melhor forma todas as garantias legais envolvidas.

Em um dos casos, um casal de gêmeos nasceu num contexto familiar bem complicado e, por intermédio da Funai e com a interlocução da Vara da Infância, foram localizados parentes e os gêmeos serão reintegrados para os tios na sua própria aldeia, preservando os laços culturais. Embora os tios precisem de apoio material para cuidar dos bebês, os demais familiares se comprometeram a unir esforços para que os gêmeos possam crescer na comunidade, o que é próprio da cultura indígena.

Em outro caso, a Vara da Infância solicitou consulta ao Conselho Terena para saber sobre o destino do bebê, uma vez que não foi possível a reintegração familiar. A solução encontrada foi a indicação de um casal indígena que, embora não seja parente de sangue, é da mesma etnia terena. Eles vão adotar o pequeno, preservando assim sua cultura de origem.

Estes bons exemplos, segundo a juíza da Infância, da Juventude e do Idoso, Katy Braun do Prado, mostram que é possível, com a articulação dos órgãos públicos, respeitar o direito da convivência familiar das crianças indígenas sem afastá-las também das suas tradições.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

6º Prêmio "Benjamim Padoa" marca 20 anos do Conselho da Comunidade
23/07/2019



Marcando os 20 anos de funcionamento do Conselho da Comunidade de Campo Grande (CCCG), um dos mais atuantes do país, foi realizada na última sexta-feira (19) a 6ª edição do Prêmio "Benjamim Padoa". O evento aconteceu no auditório da Faculdade Estácio de Sá, campus TV Morena.

O objetivo da ação é promover atividades de reinserção social do reeducando e estimular empresas que verdadeiramente assumem seu papel com a responsabilidade social. Este ano foram agraciados e premiados em dinheiro os reeducandos Valmir Souza Silva e Arquimeia Conceição Rodrigues. Além deles, personalidades e empresas parceiras do Conselho da Comunidade de Campo Grande receberam homenagens.

O "prêmio Benjamin Padoa" leva o nome de um dos fundadores do Conselho da Comunidade de Campo Grande, figura de destaque na história da instituição e que, segundo os criadores da premiação, "ensinou muito por onde passava, sendo exemplo para todos que o conheceram, de honestidade, bondade e respeito ao próximo". Familiares do homenageado também estiveram presentes na premiação.

O evento contou com a presença do supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, e do juiz da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Albino Coimbra Neto.

Saiba mais – O Conselho da Comunidade de Campo Grande comemora 20 anos de fundação. Criado em 1999, o Conselho tem a missão de encaminhar pessoas que estão saindo do sistema carcerário para o mercado de trabalho. A instituição faz a intermediação entre a AGEPEN- Agência de Administração do Sistema Penitenciário com empresários e órgãos públicos, para viabilizar emprego para pessoas do regime aberto e semiaberto. A instituição tem papel fundamental para evitar a reincidência no crime, pois o preconceito da sociedade com quem passou pela prisão é muito grande, e sem apoio fica muito difícil a sua reinserção.

Atualmente, 227 pessoas estão trabalhando sob o gerenciamento do Conselho, atuando em parceria com o Governo do Estado de MS, além de diversos órgãos federais e estaduais: Secretaria de Estado de Infraestrutura, Secretaria de Trabalho e Assistência Social, Instituto de Meio Ambiente, UFMS, TRT 24ªRegião e empresas privadas. Nos 20 anos, o Conselho já auxiliou mais de 15 mil reeducandos e seus familiares.

O Conselho da Comunidade de Campo Grande é considerado um dos mais atuantes do Brasil e serve de modelo para muitos municípios, que vem a Campo Grande estudar o seu modelo de gestão. Foi contemplado com o Selo Resgata nos anos de 2018 e 2019, tornando-se o único do país a receber tal reconhecimento, oferecido pelo Departamento Penitenciário Nacional. O título foi um reconhecimento pela seriedade e compromisso no trabalho desenvolvido nos últimos 20 anos, que atendeu todos os critérios exigidos pelo DEPEN.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Agepen MS

Corregedoria torna possível adoção de sobrenome do cônjuge em união estável
23/07/2019



Um e-mail encaminhado à Ouvidoria Judiciária do Tribunal de Justiça de MS, de um usuário do serviço notarial e registral, resultou em uma decisão do Corregedor-Geral de Justiça que abrange todos os cartórios extrajudiciais de Mato Grosso do Sul e o reconhecimento do excelente trabalho realizado pelo Des. Sérgio Fernandes Martins, que responde pela Corregedoria-Geral de Justiça.

"Com muita alegria recebo a resposta. Não esperava outro posicionamento do Poder Judiciário deste Estado. Parabéns ao TJMS por seu posicionamento em defesa dos direitos fundamentais do cidadão". O texto foi escrito por Fabiano Diniz de Queiroz, que buscou no Judiciário a solução para sua demanda.

Para que se entenda melhor, no dia 7 de dezembro de 2018, Fabiano e o companheiro, por meio de escritura pública, declararam sua união estável de mais de nove anos, no cartório do 7º Ofício de Campo Grande. No momento da lavratura do ato, foram indagados sobre o desejo de acrescentar o patronímico (nome da família) do companheiro e Fabiano aceitou.

Por não se tratar de ato judicial e não resultar na emissão de certidão de casamento, Fabiano deveria solicitar a averbação da alteração em seu registro de nascimento. Ele então contatou o 2º Ofício de Paranaíba, onde foi registrado seu nascimento, foi informado que tal averbação não seria possível e que a Corregedoria-Geral de Justiça não permitia tal ato de forma extrajudicial.

Assim, ele buscou informações na Ouvidoria do TJMS por não entender o funcionamento do sistema, pois pagou por um ato extrajudicial que não teria efetividade sem a devida alteração do sobrenome. "O fato é que estou com uma escritura pública de união estável, lavrada em cartório, constando que optei por acrescentar o sobrenome de meu companheiro, mas não podia efetivar o desejo por necessitar de ordem judicial", apontou à justiça.

Questionado sobre o fato de acionar o Judiciário para resolução de sua demanda, Fabiano informou que a atuação do Corregedor foi formidável e destacou que o cartório de Paranaíba deixou claro que a negativa não tinha nenhuma relação com o fato de ser união homoafetiva, mas que a averbação não estava sendo realizada em nenhuma união estável.

"É importante deixar claro que não houve discriminação. Quando liguei para o cartório de Paranaíba, eles pensaram que eu falava de outro estado por acreditarem que esse tipo de averbação não seria possível em união estável em MS. Então, fiz a reclamação em janeiro e fui informado de todo andamento. No início de junho saiu a decisão. Foi muito mais rápido que o cartório. Eu havia ajuizado ação para fazer o pedido judicialmente e, quando saiu a decisão da Corregedoria, desisti da ação", explicou Fabiano.

Ao falar sobre o resultado do trabalho da Corregedoria, Fabiano confessou que ficou aliviado. "Fiquei aliviado, pois uma coisa tão básica estava sendo tão complicada. Eu realmente me senti protegido, essa é a palavra. O ideal seria que não fosse necessária intervenção do Poder Judiciário, mas ainda bem que o TJMS está atento a essas questões. Confesso que fiquei emocionado e não sou muito disso. De público, agradeço ao Des. Sérgio Fernandes Martins", acrescentou.

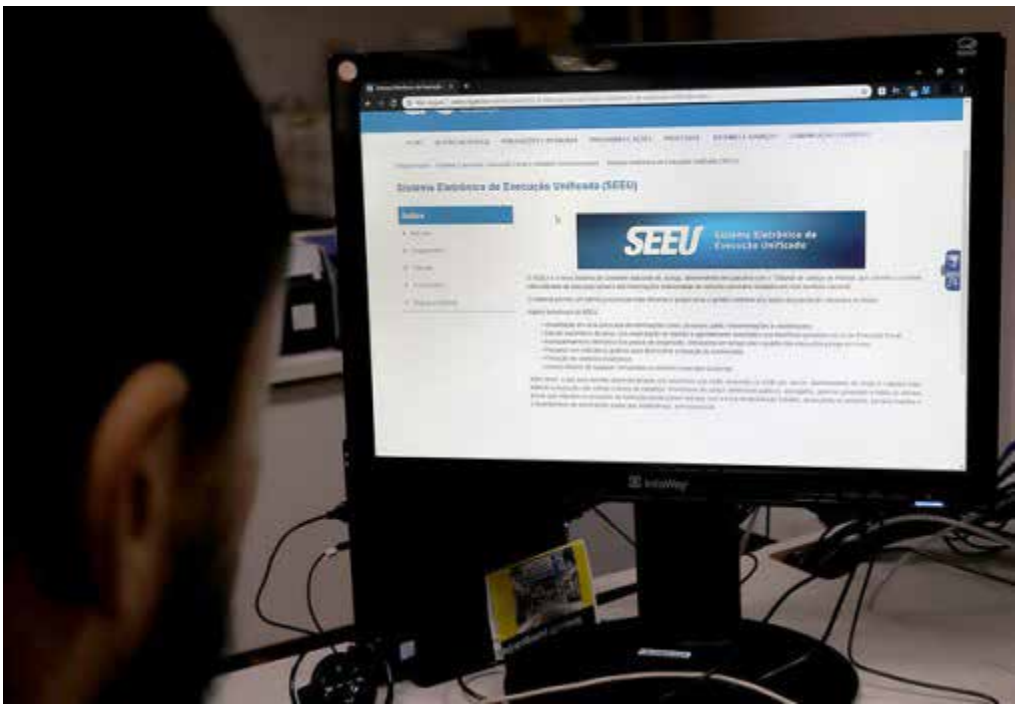
Decisão – Na decisão que permitiu o acréscimo do patronímico, o Corregedor lembrou que a Carta Magna reconhece expressamente a união estável como entidade familiar, incentivando sua conversão em casamento; citou que o Código Civil de 2002 traz um título específico para o tema e apontou que o art. 57, da Lei nº 6.057/73, prévia a alteração por sentença judicial.

"No entanto, uma interpretação literal do dispositivo nos leva a flagrante incompatibilidade com o atual ordenamento jurídico (…) O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar um Recurso Especial, reconheceu a possibilidade de adoção do sobrenome dentro de uma união estável, em aplicação analógica das disposições constantes no Código Civil, quando dispõe que qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro", escreveu o magistrado na decisão.

Desta forma, considerando a manifestação do STJ acerca do tema, o Corregedor decidiu não haver óbice para que Fabiano acrescente a seu nome o patronímico do companheiro, como fez constar quando lavrada a escritura pública de união estável. A decisão criou jurisprudência sobre o tema em Mato Grosso do Sul e vale para todos os cartórios extrajudiciais do Estado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CNJ destaca iniciativa do TJMS que migra processos do SAJ para SEEU
24/07/2019



O portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), destaca hoje (24), a iniciativa inédita que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) estreou neste mês, com apoio do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se do projeto-piloto para a migração automatizada dos processos de execução penal do Sistema de Automação da Justiça (SAJ) para o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU). A ação deve impactar a tramitação de milhares de processos no país. Adotado como política nacional do CNJ em 2016 para otimizar e unificar a execução penal no país, o SEEU já está presente em 20 unidades da federação com 950 mil processos cadastrados e é obrigatório em todos os tribunais até o final deste ano (Resolução 280/2019).

Atualmente, além de Mato Grosso do Sul, o SAJ é o sistema usado em estados como São Paulo, Santa Catarina, Ceará, Amazonas, Alagoas e Acre, e juntos somam algo em torno de 700 mil processos de execução penal segundo levantamento feito pelo CNJ em fevereiro deste ano (os dados do Ceará não foram informados até o momento). Outra unidade da federação que também usava o SAJ para a execução penal, a Bahia já havia migrado para o SEEU anteriormente.

"A política difundida pelo Conselho Nacional de Justiça objetiva consolidar um mesmo e único processo de execução penal no país e o fará executando uma mesma e única plataforma eletrônica dispondo de ferramental e recursos tecnológicos destinados a atender e facilitar o trabalho de todos os juízes, juízas, servidores e atores externos que intervêm na execução penal. Alcançaremos com isso, e de uma vez por todas, um cenário que permitirá fiscalização e monitoramento diários do sistema prisional, para além da uniformização do processamento das execuções penais, em condições de assegurar uma melhor qualificação da jurisdição, em tempo e modo compatíveis com uma justiça que se posicione e se implemente garantindo direitos", explica Luís Lanfredi, juiz coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ (DMF/CNJ).

A migração de sistemas é complexa, mas o CNJ tem pensado em todos os atores envolvidos na execução penal neste processo. As atualizações do SEEU levam em conta a realidade de cada localidade e cada tribunal, ou seja, cada processo de migração é executado de forma única, de acordo com os sistemas, as especificidades e os detalhes. Neste processo, também são envolvidos os atores externos, como Ministério Público, Defensoria Pública e advocacia, que contribuem com sugestões e integração de sistemas próprios.

Automatização

Na última semana, o tribunal do Mato Grosso do Sul iniciou um projeto-piloto na Vara Militar do estado e, posteriormente, expandirá a experiência para outras varas. A implantação total dos cerca de 32 mil processos de execução penal no TJ local deve estar concluída até outubro. A Corte desenvolveu um programa de computador (espécie de robô) para realizar a extração automática de dados e expedientes do SAJ para a implantação no SEEU – neste primeiro momento, a implantação ainda é feita manualmente.

Também está em desenvolvimento, em parceria com o programa Justiça Presente, do CNJ, um migrador automático. Quando for lançado, o software fará de forma automatizada a extração de dados do SAJ e o cadastramento e implantação do processo no SEEU. Esta novidade promete facilitar a migração de sistemas, agilizando a adesão ao SEEU.

Para o presidente do TJMS, desembargador Paschoal Carmello Leandro, o SEEU é um facilitador pois permite maior organização dos dados em todo o país. "Os envolvidos na execução penal terão dados sincronizados o que, em conjunto, traz como resultado concreto a melhoria do sistema prisional brasileiro", afirma. "Falamos em resultados de curto, médio e longo prazos, mas só de ver organismos se comprometendo e multiplicando esforços para a superação do quadro de crise atual, já podemos destacar a importância do sistema", completa.

Ainda segundo o presidente do tribunal, todos os envolvidos na área de execução penal devem trabalhar pelo cumprimento de pena na medida exata a que o reeducando foi condenado, o que implica na adesão a esforços tecnológicos voltados a esse fim. "Todas as ferramentas tecnológicas são bem-vindas. Sua utilização correta, com pessoal qualificado para operar, terá como consequência lógica uma melhor gestão judiciária em todos os aspectos", explica.

Segundo o juiz da 2ª Vara de Execução Penal, Albino Coimbra Neto, a migração dos processos de execução penal do SAJ para o SEEU permitirá um maior acompanhamento e controle dos cumprimentos da pena. O magistrado, que faz parte da força-tarefa instituída pelo CNJ para implantação do SEEU em todo o país, destaca funcionalidades como o acompanhamento em tempo real da pena e os avisos automáticos de benefícios.

"Funcionalidades como estas tranquilizam o trabalho nas Varas de Execução Penal, independentemente do volume de processos. Há a tranquilidade de que ninguém cumpre pena fora do prazo", explica Coimbra Neto. "O SEEU usa a tecnologia a favor da Justiça, do Judiciário e dos juízes", avalia. Outro aspecto é a economia de recursos, já que o SEEU é fornecido sem custos para os tribunais, assim como as futuras atualizações.

Vantagens

Para o diretor de Tecnologia da Informação do TJMS, Altair Junior Ancelmo Soares, os desafios no desenvolvimento de um migrador automático estão na própria integração de sistemas, principalmente o trabalho com metadados [dados sobre outros dados, que facilitam o entendimento dos relacionamentos e a utilidade das informações]" Esta primeira experiência está sendo bem-sucedida, conseguimos avançar bastante. O objetivo é que, quando houver a instalação do SEEU de forma geral, ela seja mais tranquila. E que tudo que aprendemos possamos compartilhar com outros tribunais que usem SAJ", diz.

Para a diretora criminal da Central de Processamento Eletrônico do TJMS, Andréa do Carmo Alves, a ideia de começar com um piloto facilitará a transição. "Precisamos entender o sistema para poder avançar

para o restante do Estado", explica a servidora, que também aponta a melhora na gestão do Judiciário como a grande vantagem do SEEU.

"Diferentemente do SAJ, a sistemática do SEEU é muito automatizada. Não precisaremos mais, por exemplo, de equipes com oito servidores para realizar cálculos de pena. O retorno ao juiz após juntada de documentos também é automática. Podemos focar o tempo e os esforços em outras atividades", explica. Após a experiência piloto, haverá capacitação técnica a magistrados e servidores de todas as comarcas de Mato Grosso do Sul.

Autor da notícia: Com informações de Iuri Tôrres - Agência CNJ de Notícias e SCom TJMS

Projeto Mais que Doce formará mulheres para reinserção no mercado de trabalho 25/07/2019



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em parceria com o Serviço Nacional de Aprendizagem (Senac/MS) e o Ministério Público do Trabalho de MS, oportunizará o aprendizado e formação em técnicas de confeitaria básica a mulheres vítimas de violência doméstica e a encarceradas e egressas do sistema prisional em Mato Grosso do Sul. O termo de cooperação técnica, que objetiva a reinserção no mercado de trabalho e ao aumento do potencial de empregabilidade das participantes, foi assinado na manhã desta quinta-feira (25), na sala de reuniões da Presidência do TJMS.

O documento foi assinado pelo presidente do TJ, Des. Paschoal Carmello Leandro, pela coordenadora da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, juíza Jacqueline Machado, pelo diretor regional do Senac/MS, Vitor dos Santos de Mello Junior, e pelo procurador-chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 24ª Região, Leontino Ferreira de Lima Junior. O termo de cooperação estabelece as condições de mútua colaboração entre os órgãos para execução do curso. O juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Fernando Chemin Cury, e a gerente regional de Gastronomia do Senac, Roberta Valos, também participaram do ato.

Para o presidente do Tribunal de Justiça, parcerias como esta são importantes não somente para as instituições, mas também para a população. “Estamos sempre na busca de melhorias, procurando dar qualidade de vida para as pessoas, especialmente neste caso com a capacitação destas mulheres, que permitirá a reinserção delas no mercado de trabalho com melhores perspectivas de futuro”, afirmou o Des. Paschoal Carmello Leandro.

A juíza coordenadora da mulher agradeceu aos parceiros e à visão da administração do TJMS com o apoio às ações da Coordenadoria. “Esse projeto faz com que estas mulheres tenham uma alternativa, um objetivo, já que as que saem do sistema prisional estarão qualificadas para o mercado de trabalho e aquelas vítimas de violência, que tem dependência econômica e não conseguem sair dessa situação, consigam se qualificar e a partir daí ter uma nova vida. Parcerias como esta são fundamentais para que a gente evolua nesses projetos sociais e consiga cada vez mais colocar as mulheres, de forma digna, no mercado de trabalho”, destacou a juíza Jacqueline Machado.

Os custos do projeto Mais que Doce ficarão a cargo do Ministério Público do Trabalho, que inclusive oferecerá bolsa-auxílio para as participantes conseguirem se manter no curso. "Nós custearemos esse projeto com recursos de condenações em ações civis públicas. Essa condenação se reverterá diretamente para o mercado de trabalho, porque são pessoas que sofrem discriminação por estarem nessa situação de vulnerabilidade. Este curso será uma forma delas se qualificarem e estarem no mercado de trabalho, por isso é tão importante para o Ministério Público do Trabalho estar nesse projeto, nessa parceria", concluiu o procurador Leontino Ferreira de Lima Junior.

O diretor regional do Senac agradeceu a confiança do TJMS e do MPT na instituição para o desenvolvimento do curso. "É uma triste realidade a violência contra a mulher, mas a gente vê tantas ações positivas que é para o Senac uma grande satisfação fazer parte desta ação. Contem sempre conosco", ressaltou Vitor de Mello.

Saiba mais – O Curso Básico de Confeitaria – Mais que Doce será ministrado pelo Senac/MS e contará com a participação de 15 mulheres (7 em cárcere ou egressas do sistema prisional e 8 em situação de violência doméstica) selecionadas pelo Tribunal de Justiça.

Com carga horária de 66 horas/aula, a capacitação se estenderá de 5 a 29 de agosto e dentre os temas de sua programação, além do conteúdo prático de confeitaria e comunicação e expressão, terá aulas em que serão abordados os aspectos jurídicos e psicossociais da violência doméstica, ministradas pela juíza Jacqueline Machado e técnicas da Coordenadoria da Mulher do TJMS.

Ao final do curso, o Senac disponibilizará até quatro vagas de estágio de 30 dias no restaurante Escola Senac 'Terra das Águas' para as alunas com melhor desempenho, além de realizar o acompanhamento pedagógico referente à aprendizagem, mediante instruções e conselhos às participantes.





Projeto Mais que Doce formará mulheres para reinserção no mercado de trabalho

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ atualiza regulamentação do Projeto Padrinho em MS - 26/07/2019



Está publicado no Diário da Justiça de quinta-feira (25) o Provimento nº 442, que dispõe sobre o Programa de Apadrinhamento de Criança e de Adolescente, em regime de acolhimento institucional ou familiar, denominado Projeto Padrinho.

A iniciativa, idealizada pela então juíza da Vara da Infância e Juventude da Capital, Maria Isabel de Matos Rocha, existe em Mato Grosso do Sul desde junho de 2000, com objetivo de sensibilizar a sociedade a conhecer da realidade das crianças institucionalizadas e contribuir com ajuda humana e material.

Importante lembrar que o Provimento 442 foi editado em substituição ao regulamento estabelecido pela Resolução nº 429/2003, com a finalidade de contemplar as atualizações trazidas pela Lei nº 13.509/2017, e mantendo a nomenclatura original de Projeto Padrinho, marca sul-mato-grossense nacionalmente reconhecida e utilizada como precursor do Programa de Apadrinhamento trazido na legislação de 2017.

O programa de apadrinhamento pretende estimular a manutenção de vínculos de crianças e adolescentes, em situação de acolhimento institucional ou familiar, com pessoas da comunidade que se habilitam na forma de padrinhos e madrinhas, compromissados a estabelecer relação de afeto, de respeito e de cuidado, ampliando oportunidades de convivência familiar e comunitária a este público infantojuvenil.

De acordo com o provimento, o juiz que desejar implantar o programa deve manifestar sua intenção ao Conselho Superior da Magistratura, órgão que autoriza a implantação do apadrinhamento em cada comarca e, nestas, o Projeto Padrinho será coordenado pelo magistrado com competência para processar e julgar os feitos cíveis relativos à infância e à adolescência, auxiliado por uma equipe técnica.

A equipe técnica será composta por assistente social ou psicólogo da estrutura de pessoal da comarca ou da circunscrição, além de servidor, estagiário ou voluntário que manifestar interesse em participar do programa. Podem ser padrinho ou madrinha pessoas maiores de 18 anos e pessoa jurídica.

São modalidades de apadrinhamento:

- afetivo: proporciona atenção e carinho a crianças ou adolescentes acolhidos, orientando-as quanto à saúde e à educação, promovendo a convivência familiar e social saudáveis que gerem experiências gratificantes;

- material: presta atendimento às necessidades materiais ou financeiras da criança ou do adolescente e suas respectivas famílias, das entidades de acolhimento ou das famílias acolhedoras, com auxílio material ou financeiro como a doação de material escolar, vestuário, brinquedo, o patrocínio de curso profissionalizante, reforço escolar, prática esportiva, idiomas ou outra especificidade da criança ou adolescente, conhecendo ou não os afilhados;

- prestador de serviço: presta serviço gratuitamente, de acordo com a natureza de sua profissão ou ofício, a crianças e adolescentes acolhidos e suas respectivas famílias em vias de reintegração, das entidades de acolhimento ou das famílias acolhedoras;

- cultural: patrocina o acesso à cultura para crianças e aos adolescentes de forma coletiva, como cinema, teatro, museu, espetáculos artísticos e livros.

O cadastro do padrinho afetivo ou do cultural pressupõe a autorização judicial para retirar a criança ou o adolescente para atividade externa ou evento cultural. O interessado no apadrinhamento fica sujeito a avaliação psicossocial para fins da elaboração de parecer pela equipe técnica do Projeto Padrinho e o desligamento do padrinho, por vontade própria, não impede a renovação do cadastro posteriormente.

Destaque-se que a participação no Projeto Padrinho não resultará em privilégios ou preferência em eventual processo de adoção do apadrinhado ou de qualquer outra criança ou adolescente. Assim, o padrinho afetivo que requerer habilitação para adoção será desligado do Projeto Padrinho, caso o perfil da criança ou adolescente desejado para adoção coincida com o perfil do qual está disposto a apadrinhar.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS digitalizará estoque físico de ações em trâmite no 1º grau - 29/07/2019



Embora toda a tramitação de processos no Poder Judiciário estadual seja eletrônica, existe um acervo de ações físicas que foram distribuídas antes da mudança para os processos digitais. Com o objetivo de acabar com este remanescente, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul editou o Provimento nº 445, que prevê a digitalização de autos físicos em tramitação em todo o primeiro grau de jurisdição de MS. Assim, o trabalho que já vem sendo feito na Capital será estendido também a todas as comarcas do interior do Estado.

A medida trará maior eficiência e facilidade na consulta e na movimentação dos autos por parte dos jurisdicionados, como também para os trabalhos dos juízes e servidores. A execução ficou a cargo do Departamento de Administração Geral do Fórum de Campo Grande, por meio da Coordenadoria de Apoio Administrativo e Digitalização, que irá comunicar e solicitar o envio dos respectivos acervos físicos para o procedimento de digitalização, bem como estabelecer o cronograma, de acordo com sua disponibilidade técnica.

De acordo com o diretor do Departamento de Administração Geral do Fórum, Paulo Cesar Pereira de Freitas, "o Fórum de Campo Grande recebeu esta missão com o intuito de colaborar com a implantação da CPE (Central de Processamento Eletrônico) do 2º grau, uma vez que os recursos precisam ser encaminhados ao TJ de forma digital".

Na Capital, os trabalhos em prol de zerar o estoque físico de ações estão em andamento desde 2010, quando foi criado o Núcleo de Digitalização do Fórum de Campo Grande, que nos primeiros quatro anos de funcionamento transformou 14.580 processos físicos em eletrônicos, segundo levantamento do setor de dezembro de 2014.

Os primeiros processos a serem digitalizados pelo Núcleo foram os da 1ª, 2ª e 3ª Varas de Família. Já no ano de 2016 foi entregue a digitalização da 8ª Vara Cível, que foi a primeira vara cível residual a ter todos os seus feitos digitalizados.

O trabalho minucioso do setor veio conquistando espaço e procura dos próprios magistrados para serem contemplados com o serviço e, nos últimos anos, uma grande quantidade de varas eliminou seu acervo físico. Somente neste ano de 2019 foram finalizadas a digitalização da 5ª e da 13ª Vara Cível, além da 2ª e 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos.

Já passaram pela digitalização 3 varas de família, 15 varas cíveis (incluindo as especializadas), as varas de direitos difusos, 7 varas criminais, as varas de violência doméstica, além dos processos oriundos do setor de distribuição.

Ao todo, foram digitalizados de 2010 até o primeiro semestre de 2019, aproximadamente 25 mil processos, totalizando 4.820.774 páginas.

Saiba mais – A transformação de um processo físico para digital é uma tarefa minuciosa, laborosa e que demanda bastante tempo para ser concluída, devido às condições de muitas ações antigas e de alguns processos bastante volumosos, e, até mesmo, pela especificidade da execução do trabalho.

Cada processo exige uma leitura de peça por peça, página a página, para fins de categorização no meio digital. Ou seja, primeiro é preciso conhecer o processo físico e tudo o que existe dentro dele, para só então torná-lo digital e disponibilizá-lo no novo formato a fim de que o respectivo cartório dê continuidade aos andamentos necessários.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargador de MS fala sobre Ativismo Judicial na Câmara dos Deputados 27/08/2019



Para falar sobre Ativismo Judicial, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence participou da sessão extraordinária da Comissão de Justiça e Cidadania, na Câmara dos Deputados, na manhã desta terça-feira (27).

Com uma fala que prendeu a atenção dos presentes, o magistrado citou o livro Ativismo Judicial, de autoria do juiz José Henrique Kaster Franco, recomendando-a como leitura obrigatória sobre o tema por ter sido escrita de maneira científica. Ao iniciar sua fala, o desembargador de MS esclareceu que participava dos trabalhos como estudioso do Direito Penal, já que há 39 anos é professor.

Para Ruy Celso, não é possível imaginar que o judiciário, por exemplo, coloque uma condenação de segunda instância como determinação para prisão de alguém quando a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos que o Brasil ratificou e participou, dizem que ninguém pode ser preso naquelas condições se não em flagrante delito, prisão preventiva ou por sentença condenatória com trânsito em julgado.

"O juiz não pode ter ideologia no processo e compete às escolas de formação separar suas convicções da aplicação da lei. Não temos o direito de colocar nossas convicções pessoais no julgamento de uma causa. Infelizmente o Brasil atravessa um momento difícil e cabe ao judiciário preencher as lacunas que o parlamento ainda não o fez".

Para assistir a íntegra da participação do desembargador basta acessar: https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/56807?video=1566911650147

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CNJ divulga relatório Justiça em Números e destaca o Judiciário de MS
28/08/2019



O Conselho Nacional de Justiça divulgou na tarde desta quarta-feira (28), em Brasília, o relatório Justiça em Números 2019 – ano base 2018. A 15ª edição do anuário estatístico do Poder Judiciário destacou mais uma vez a justiça sul-mato-grossense. O presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Paschoal Carmello Leandro, o juiz auxiliar da Presidência, Alexandre Branco Pucci, e o diretor de Planejamento, Newton Cesco Junior, representam o Judiciário de MS no evento.

Nesta edição do relatório Justiça em Números, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul apresentou números de destaque em diversos aspectos pesquisados. Confira:

- Taxa de Congestionamento: Com 66,8% de Taxa de Congestionamento Líquida e 72,2% Bruta, o TJMS alcançou índices inferiores à média Nacional (71,1% e 73,9% respectivamente). Com destaque para o 2º Grau, que obteve a 6º melhor Taxa de Congestionamento (38%) da Justiça Estadual.

- Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM): o TJMS apresentou o número de 1.692 processos baixados por Magistrado, 10º maior índice da Justiça Estadual.

- Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária (IPS-Jud): os servidores da área judiciária do 2º Grau tiveram a 4ª melhor produtividade de toda a Justiça Estadual. 178 processos baixados por servidor, sendo que a média nacional é de 142 processos.

- Índice de Conciliação: o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul alcançou o melhor resultado, com 22,5% dentre todos os tribunais de justiça do país.

Justiça em Números – Uma das principais publicações anuais sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro, o relatório Justiça em Números inclui os principais indicadores da Justiça no que diz respeito à sua estrutura, orçamento e litigiosidade. Número de processos novos, baixados e julgados, gastos com recursos humanos, receita, quantidade de magistrados e servidores são apenas alguns dos dados que fazem parte da pesquisa, que contém ainda informações detalhadas por ramo de Justiça, por tribunal e por instância.

TJMS realiza ação “Tecido de afeto e cura” com ajuda de parceiros - 28/08/2019



Na manhã desta quarta-feira (28), no Estabelecimento Penal Irmã Irma Zorzi, na Capital, foi realizada a ação “Tecido de afeto e cura”, composta por oficinas de teatro, poesia e prosa. Toda a programação foi conduzida pela atriz, escritora e poetiza brasileira Cristiane Sobral.

A ação teve o objetivo de prevenir e combater a violência contra as mulheres e mostrar a igualdade de direitos, ressocialização e eliminação de todas as formas de descriminação. Na sexta-feira (30) será realizado o mesmo evento para internas no regime semiaberto.

As atividades realizadas têm foco no desenvolvimento pessoal e profissional das internas, vislumbrando uma ação integrada na perspectiva da educação. Foram ministradas aulas expositivas e práticas, jogos teatrais e exercícios de leituras dramatizadas e construção de “esquetes” cênicas destinadas às mulheres em cárcere.

O evento foi proposto pelo Tribunal de Justiça, por intermédio da Coordenadoria da Mulher, das Varas de Execução Penal da Capital, pela Covep e pela Agepen, por meio da direção da Assistência Penitenciário, dos Departamentos de Divisão do Trabalho, de Educação e de Promoção Social.

Do evento participou ainda o juiz Mário José Esbalqueiro Jr., da 1ª Vara de Execução Penal da Capital.

A juíza Jacqueline Machado, coordenadora da Mulher em MS, fez um agradecimento especial às diretoras dos presídios pelo apoio e aos envolvidos com uma fala que reforçou a ideia de mudança. “Sabemos que não se pode mudar o passado, mas podemos sim construir um novo futuro, traçar um novo caminho, e para isso precisamos de oportunidades. É o que estamos trazendo aqui”.

O projeto foi pensado para cumprir a elaboração e execução de políticas públicas judiciárias de enfrentamento à violência contra a mulher previstas na Lei Maria da Penha, além de cumprir as atribuições previstas na Resolução nº 254/2018 do CNJ.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

A Juíza: magistrados discutem igualdade de gênero após exibição de documentário
29/08/2019



Um evento para discussão dos avanços e dos problemas sobre igualdade de gênero. Assim foi a exibição do documentário A Juíza, um filme que relata a história de vida e da carreira da juíza norte-americana Ruth Bader Ginsburg, pioneira na luta pelos direitos das mulheres.

A história do longa-metragem acompanha a carreira da juíza Ginsburg desde que era advogada perante a Suprema , década de 70. O filme, lançado no Brasil em maio deste ano, mostra como Ruth construiu um legado que a transformou em ícone inesperado da cultura pop aos 86 anos.

Após a exibição do filme, a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher, auxiliada por duas integrantes da Coordenadoria, coordenou o debate sobre a participação feminina no Judiciário, equidade de gênero, entre outros aspectos.

O evento foi realizado na noite desta quinta-feira (29), na sede campo da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), pela Coordenadoria da Mulher do Tribunal de Justiça, em parceria com a associação.

O evento foi direcionado a profissionais de carreiras jurídicas como magistradas, promotoras, procuradoras, defensoras, advogadas, entre outros debatedores e conferencistas do I Fórum Igualdade de Gênero das Instituições, que será realizado na sexta-feira (30), no auditório da Esmagis, também na sede campo da entidade associativa, como resultado de uma parceria entre a Amamsul e o Comitê de Gênero, Raça e Diversidade do TJMS.







Evento foi realizado na sede campo da AMAMSUL

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Alunos da Capital e do interior participarão do Projeto "Mulheres Inspiradoras"
30/08/2019



Aliar leitura, produção de texto e debate sobre o papel da mulher é o objetivo do Projeto "Mulheres Inspiradoras", realizado em Mato Grosso do Sul pelo Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Um encontro com a escritora Cristiane Sobral marcou o lançamento da 2ª edição do projeto, nesta quinta-feira (29), no Salão Pantanal do TJMS, e reuniu educadores da Capital e do interior, que acreditam no poder transformador desta iniciativa. O público-alvo são alunos e alunas que farão a leitura das obras.

Todos os livros são sobre mulheres (e escrito por elas) e buscam a construção de uma identidade de gênero, onde o feminino tem relevância social. Entre as obras que contemplam o Projeto "Mulheres Inspiradoras" estão: Um Verso e Mei, de Meimei Bastos; A mulher de Pés Descalços, de Scholastique Mukasonga; Metade Cara, Metade Máscara, de Eliana Potiguara; Não Vou mais Lavar Pratos, de Cristiane Sobral; Ponciá Vicêncio, de Conceição Evaristo; Diário de Bitita, de Carolina Maria de Jesus; e a Outra Face, de Deborah Ellis.

Com nove obras publicadas em 19 anos, sendo três contempladas neste programa, Cristiane Sobral é símbolo de empoderamento feminino e de resistência ao status quo. Produziu uma literatura própria, em que o ponto central é a vida da maioria das meninas no Brasil, que são como ela – negra e da classe econômica baixa.

"É urgente fazermos esta transformação na sociedade. Buscar o engajamento dos estudantes, porque o Brasil já está sendo apontado como um dos países com os mais altos índices de feminicídio. Então, essa educação para paz é uma educação urgente nas nossas escolas. Nós temos que nos perguntar se vamos combater o feminicídio apenas com encarceramento ou ir mais fundo no ponto de vista da educação. Uma educação muito eurocêntrica, distanciada das questões da identidade negra e indígena, que é a nossa verdadeira identidade, é o que eu vejo", disse Sobral.

No dia a dia de uma escola pública da periferia de Campo Grande, o professor e coordenador de projetos Nisael Flores de Almeida, lembra que a escola é espaço público de vivência e de debate. Ele atua na Escola Municipal Professor Hércules Maymone, no Bairro Nova Lima, e para o professor o projeto "Mulheres Inspiradoras" vai muito além de voltar o olhar apenas para as meninas.

"Ele é voltado para crianças, para adolescentes e adultos. Não adianta empoderar as meninas e não conscientizar o menino. Quando a gente fala de violência de gênero, estamos falando de uma violência que percorre toda a sociedade. Elas precisam saber que podem reagir à situações de violência e os meninos precisam, cada vez, mais respeitar essas meninas, essas mulheres e construir espaços menos violentos, uma comunicação e relações menos violentas", disse Nisael.

Interior – Nesta segunda edição do Projeto "Mulheres Inspiradoras" as comarcas de Angélica, Corumbá, Nova Andradina e São Gabriel do Oeste, no interior de MS, também participam. Este foi o início da interiorização do projeto.

Miriam Amaral Bonilha Nogueira, representante sindical do município de São Gabriel do Oeste é professora e já atuou no Conselho municipal da Mulher. Por intermédio da juíza Samantha Ferreira Barione, conheceu o projeto, trazido pela coordenadora da Mulher, juíza Jacqueline Machado, para MS.

Ela conta que, no município, tanto os professores da rede pública, quanto da rede privada, tem diálogo permanente. "É uma cidade pequena, então nós (professores) somos bastante articulados e temos uma política de formação continuada em conjunto. Pretendemos fazer um grande evento na cidade e tornar permanente este trabalho", contou a educadora.

Capacitação – Esta edição do Mulheres Inspiradoras contou com a capacitação EmPENHAdas pela Educação, que une o projeto Mulheres Inspiradoras com o programa Maria Faz a Diferença na Escola. Realizado pelo Tribunal de Justiça, por meio da Escola Judicial (Ejud) e da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, o curso reuniu juízas, professores e gestores educacionais da rede de ensino de Campo Grande, Corumbá, Nova Andradina, Angélica e São Gabriel do Oeste.

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 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

Judicialização da saúde está em pauta no Congresso Brasileiro Médico e Jurídico 17/09/2019



Começou nesta segunda-feira (16), em Vitória (ES), o 7º Congresso Brasileiro Médico, Jurídico e da Saúde, com a participação do ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, e do desembargador federal da Lava Jato, João Pedro Gebran Neto. O Des. Nélio Stábile, coordenador do Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde do TJMS, está no evento representando a magistratura sul-mato-grossense.

Participam do congresso médicos, advogados, magistrados, representantes do Ministério Público e todos os que têm interesse na interface entre medicina, saúde, direito e justiça. Assim, esta edição do evento se impõe como uma discussão importante e necessária ao sistema de saúde brasileiro, já que ética, gestão e judicialização das políticas de saúde no Brasil são o foco dos debates.

Importante lembrar que o Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, divulgado recentemente, aponta a existência de 1.346.931 demandas judiciais de natureza cível, sobre a Judicialização da Saúde no Brasil, considerando os processos ajuizados até 31 de dezembro de 2016 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização.

O presidente do congresso, Carlos Humberto Manato, explicou aos presentes que o que move esta edição é o desejo de intensificar o debate sobre temas relacionados a assistência à saúde e ao direito a essa assistência.



Des. Nélio com Gabriel Schulman, Arnaldo Hossepian e Ramiro Nobrega Santana

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto de reinserção de presos em Mundo Novo vence concurso nacional
18/09/2019



O projeto "Da pena alternativa criminal às tecnologias sociais", desenvolvido na Universidade Estadual de MS (UEMS), campus de Mundo Novo, em parceria com a comarca de Mundo Novo, foi uma das iniciativas vencedoras, na categoria estadual, do 23º Concurso Inovação da Escola Nacional de Administração Pública (Enap), realizado em parceria com o Ministério da Economia.

O prêmio existe há 23 anos e esta é a primeira vez que Mato Grosso do Sul é vencedor. A iniciativa sul-mato-grossense impressionou tanto as autoridades pela qualidade do trabalho e originalidade da ideia que a embaixada da Dinamarca vai custear um curso em Copenhague, por 20 dias, para o gestor do projeto.

Desenvolvido há dois anos, o projeto permite que réus prestem serviços comunitários na UEMS daquela cidade, como forma de pena alternativa criminal. A iniciativa, sem onerar o Estado, conseguiu melhorar a manutenção dos espaços por meio de mão de obra dos serviços dos reeducandos, além de oportunizar à comunidade carcerária a execução de reprimendas alternativas. O resultado é qualitativo, com a inclusão social, reinserção e ressocialização dos réus.

O certame valoriza as equipes de servidores públicos que se dedicam a repensar atividades cotidianas, por meio de pequenas ou grandes inovações que geram melhoria na gestão das organizações e políticas públicas, e contribuem para o aumento da qualidade dos serviços prestados à população, tornando mais eficientes as respostas do Estado às demandas da sociedade.

O reitor da UEMS, Fábio Edir dos Santos Costa, destaca que essa vitória é o reconhecimento do trabalho desenvolvido pela equipe de Mundo Novo. "É um exemplo de gestão pública e demonstra para as pessoas que é possível fazer mais e melhor, sem necessariamente precisar de mais recurso. Precisamos de boas ideias, de boa vontade, de compromisso dos nossos gestores públicos", comentou o reitor.

Para o juiz Guilherme Henrique Berto de Almada, a parceria é de extrema valia, pois permite ressocialização dos apenados, não ficando a pena apenas como sanção pelo crime praticado.

"Alguns reeducandos, ao final da pena, já foram indicados para empregos na cidade, contribuindo para que possam retomar a sua vida, pois não se pode perder de vista que a pena tem caráter temporário e o

apenado retorna ao convívio social, sendo uma das funções da pena ser apta a transformar a vida daquele que a cumpre. E parcerias como essa são muito válidas para isso. Parabenizo a UEMS de Mundo Novo pelo trabalho desenvolvido nesse tempo e pelo reconhecimento alcançado!", disse o juiz.

Saiba mais – A cerimônia de premiação será realizada durante a 5ª Semana de Inovação, no Instituto Serzedello Corrêa (ISC), em Brasília, de 4 a 7 de novembro. O Concurso Inovação é promovido anualmente, desde 1996, pela Enap, em parceria com o Ministério da Economia.

As categorias premiadas são Inovação em processos organizacionais, serviços ou políticas públicas no Poder Executivo Estadual/Distrital; Inovação em processos organizacionais no Poder Executivo Federal; Inovação em serviços ou políticas públicas no Poder Executivo Federal.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza vencedora de premiação nacional participa de imersão na Alemanha
24/09/2019



Até o dia 27 de setembro, os vencedores do Prêmio Espírito Público 2019, entre eles a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher do TJMS, estarão em Berlim para trocar conhecimentos e continuar transformando o serviço público no Brasil.

Além da juíza, mais 17 servidores públicos de diferentes estados brasileiros estão na Capital da Alemanha em uma imersão sobre governança e administração pública. As aulas do programa alemão são diárias, das 9 às 18 horas, para se discutir Liderança, Gestão Pública e Transformação Digital. Os vencedores foram recebidos para uma recepção na Embaixada do Brasil em Berlim.

"A programação é extensa, com inúmeras aulas e visitas para conhecer o trabalho governamental nos Ministérios do Transporte e Infraestrutura, Educação, Trabalho e Ação Social, no Parlamento Alemão e no museu da história alemã. A grande importância deste curso é a possibilidade de apreender com experiências e trabalhos construídos na Alemanha, principalmente no que diz respeito à gestão no serviço público. Está sendo extremamente gratificante participar dessa experiência e importante lembrar que o curso e todas as despesas de viagem foram custeadas pelo Prêmio Espírito Público", explicou a juíza.

Saiba mais – No dia 28 de outubro, a juíza Jacqueline Machado receberá o Prêmio Espírito Público por ter sido uma das três vencedoras na categoria Segurança Pública. Criado em 2018, o prêmio é o reconhecimento de trajetórias no setor público brasileiro, revelando a importância de profissionais que se dedicam ao setor e suas histórias.

Na edição 2019, foram conhecidas 1.049 trajetórias de profissionais que se dedicam ao serviço público no Brasil e, dentre todas, 18 foram escolhidas e receberão a honraria. De acordo com a organização do prêmio, mais de 160 jurados e juradas trabalharam voluntariamente para premiar histórias que ajudam a mostrar um pouco do serviço público.

O Prêmio Espírito Público é uma iniciativa coletiva de diversas instituições, correalizado pelo Instituto República e pela Agenda Brasil do Futuro, organizações sem fins lucrativos que têm entre seus objetivos o apoio e o reconhecimento de profissionais públicos.

Entre os objetivos do prêmio estão ressignificar a imagem do profissional público no Brasil, a fim de que a sociedade brasileira valorize as pessoas que atuam diariamente em prol do país; inspirar profissionais públicos brasileiros a fortalecer seu protagonismo na busca de soluções para os mais variados desafios; inspirar, por meio de histórias reais, talentos de todo o Brasil a ingressarem na administração pública e disseminar boas práticas, inovações e bons resultados entre as diferentes esferas governamentais e setoriais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Turma Recursal implanta julgamento virtual de processos - 25/09/2019



A 1ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul realizou seu primeiro julgamento virtual. O ato simbólico foi marcado por uma cerimônia que ocorreu na manhã de segunda-feira (23), no prédio do Cijus, sob a presidência do juiz Alexandre Antunes da Silva. Também estavam presentes os demais membros titulares, os juízes Ariovaldo Nantes Corrêa e Wagner Mansur Saad.

Antes de iniciarem o primeiro Julgamento Virtual da Turma Recursal, foram julgados três outros casos, tendo um dos processos uma sustentação oral da advogada Vanessa da Rocha Nunes.

Encerrada a sessão presencial, deu-se início a Cerimônia do Julgamento Virtual com a presença do juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo, representando o presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Geraldo de Almeida Santiago, além da supervisão técnica do Coordenador de Sistemas de Segunda Instância, da Secretaria de Tecnologia e Informação do Tribunal de Justiça, Rodrigo Hiroyuki Kanezaki.

Foram julgados outros três processos de forma virtual, o primeiro de relatoria do juiz Wagner Mansur Saad, o segundo do juiz Ariovaldo Nantes Corrêa e o terceiro processo de relatoria do juiz Alexandre Antunes da Silva.

O representante da Secretaria de TI orientou a forma de executar as atividades no Julgamento Virtual, dentro do programa SAJ até o encaminhamento do resultado do julgamento (acórdão) para a fila dos cartórios para a publicação no Diário da Justiça Eletrônico.

O funcionamento do sistema de julgamento virtual é simples e seguro, tornando assim a justiça mais rápida e eficiente, promovendo celeridade e maior número de julgamentos, diminuindo custos e facilitando o trabalho do magistrado. Por meio dessa ferramenta eletrônica, dá-se um salto considerável na qualidade do trabalho realizado com a mesma segurança jurídica. Com isso, saem ganhando o Judiciário, que se torna mais eficaz atuando no não acumulo das ações, e o jurisdicionado, que terá suas ações resolvidas com maior rapidez.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Índice Onomástico



Jurisprudência Cível

Des. Alexandre Bastos

Agravo de Instrumento nº 1412137-92.2018.8.12.0000 - Campo Grande 010
Apelação Cível nº 0801541-48.2016.8.12.0007 - Cassilândia 017

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação Cível nº 0835840-06.2015.8.12.0001 - Campo Grande 023
Apelação Cível nº 0800342-49.2017.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo 035
Apelação Cível nº 0801162-21.2013.8.12.0005 - Aquidauana 040

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível nº 0807243-98.2014.8.12.0021 - Três Lagoas 054
Apelação Cível nº 0803485-43.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 066
Ação Rescisória nº 1402854-11.2019.8.12.0000 - Campo Grande 078

Des. Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível nº 0806063-10.2014.8.12.0001 - Campo Grande 086
Agravo de Instrumento nº 1409055-19.2019.8.12.0000 - Dourados 091
Apelação Cível nº 0828080-35.2017.8.12.0001 - Campo Grande 095

Des. Dorival Renato Pavan

Apelação Cível nº 0806426-68.2017.8.12.0008 - Corumbá 100
Apelação Cível nº 0830786-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande 104
Agravo Interno Cível nº 1600829-17.2014.8.12.0000/50046 - Campo Grande 118

Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação Cível nº 0058481-94.2010.8.12.0001 - Campo Grande 143
Direta de Inconstitucionalidade nº 1406065-55.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 153
Apelação Cível nº 0802002-89.2018.8.12.0026 - Bataguassu 158

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível nº 0801613-67.2014.8.12.0019 - Ponta Porã 166
Apelação Cível nº 0803017-45.2017.8.12.0021 - Três Lagoas 172
Apelação nº 0803455-39.2014.8.12.0001 - Campo Grande 178

Relator Des. João Maria Lós

Apelação nº 0803408-72.2018.8.12.0018 - Paranaíba 186
Apelação Cível nº 0814641-25.2015.8.12.0001 - Campo Grande 190
Apelação Cível nº 0800062-38.2017.8.12.0022 - Anaurilândia 194

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível nº 0001674-81.2011.8.12.0013 - Jardim 206
Agravo de Instrumento nº 1406192-90.2019.8.12.0000 - Campo Grande 210
Apelação Cível nº 0833960-08.2017.8.12.0001 - Campo Grande 214

Des. Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível nº 0804640-36.2019.8.12.0002 - Dourados 219
Apelação Cível nº 0806359-24.2017.8.12.0002 - Dourados 222
Apelação Cível nº 0800150-46.2017.8.12.0032 - Deodápolis 227

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Direta de Inconstitucionalidade nº 1409520-62.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 237

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0843827-59.2016.8.12.0001 - Campo Grande 245
Apelação Cível nº 0900932-91.2016.8.12.0001 - Campo Grande 258
Apelação Cível nº 0802266-09.2018.8.12.0026 - Bataguassu 274

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação Cível nº 0801124-80.2017.8.12.0033 - Eldorado 283
Apelação Cível nº 0816753-93.2017.8.12.0001 - Campo Grande 295
Remessa Necessária Cível nº 0816079-57.2013.8.12.0001 - Campo Grande 300

Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0800721-39.2015.8.12.0015 - Miranda 304
Apelação nº 0821851-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande 311
Agravo de Instrumento nº 1405886-24.2019.8.12.0000 - Campo Grande 318

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo de Instrumento nº 1408060-06.2019.8.12.0000 - Campo Grande 323
Apelação Cível nº 0808240-39.2017.8.12.0001 - Campo Grande 327
Apelação Cível nº 0805656-75.2017.8.12.0008 - Corumbá 338

Des. Nélio Stábile

Apelação Cível nº 0550110-07.2003.8.12.0009 - Costa Rica 341
Conflito de Competência Cível nº 1600006-67.2019.8.12.0000 - Campo Grande 345
Agravo de Instrumento nº 1404293-57.2019.8.12.0000 – Miranda 348

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação Cível nº 0802658-29.2015.8.12.0001 - Campo Grande 352
Apelação Cível nº 0803395-35.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 359
Apelação Cível nº 0836579-71.2018.8.12.0001 - Campo Grande 371

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 2000393-17.2019.8.12.0000 - Campo Grande 377
Apelação Cível nº 0839154-86.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....381
Apelação Cível nº 0800115-90.2015.8.12.0021 - Três Lagoas.....384

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000514-95.2018.8.12.0900 - Tribunal de Justiça 391

Des. Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível nº 0801978-09.2015.8.12.0045 - Sidrolândia.....406
Apelação nº 0002331-49.2013.8.12.0014 - Maracaju.....414
Apelação Cível nº 0802276-05.2017.8.12.0021 - Três Lagoas.....421

Des. Vilson Bertelli

Agravo de Instrumento nº 1408402-17.2019.8.12.0000 - Ponta Porã 426
Apelação Cível nº 0800151-26.2015.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 430
Apelação Cível nº 0827452-46.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....433

Des. Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível nº 0833997-69.2016.8.12.0001 - Campo Grande.....438
Agravo de Instrumento nº 2000415-75.2019.8.12.0000 - Campo Grande 443
Apelação Cível nº 0001233-72.2009.8.12.0045 - Sidrolândia.....447

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Cível nº 0800234-40.2014.8.12.0036 - Inocência 458
Apelação Cível nº 0900006-31.2017.8.12.0016 - Mundo Novo.....462
Agravo de Instrumento nº 1412440-43.2017.8.12.0000 - Chapadão do Sul 467

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Apelação Cível nº 0800116-90.2016.8.12.0037 - Itaporã.....472
Apelação nº 0804295-91.2015.8.12.0008 - Corumbá.....476
Apelação nº 8000798-10.2018.8.12.0800 - Corumbá.....483
Apelação Cível nº 0800859-26.2014.8.12.0052 - Anastácio 491

Jurisprudência Criminal

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Recurso em Sentido Estrito nº 0002674-95.2015.8.12.0007 - Cassilândia 497
Apelação Criminal nº 0000289-45.2013.8.12.0008 - Corumbá 506
Apelação Criminal nº 0034382-55.2013.8.12.0001 - Campo Grande 514

Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal nº 0063591-40.2011.8.12.0001 - Campo Grande 523
Recurso em Sentido Estrito nº 0002488-40.2014.8.12.0029 - Naviraí 531
Apelação Criminal nº 0032049-96.2014.8.12.0001 - Campo Grande 534

Des. Emerson Cafure

Apelação Criminal nº 0000321-28.2010.8.12.0017 - Nova Andradina 542
Apelação Criminal nº 0000642-55.2013.8.12.0018 - Paranaíba 550
Apelação Criminal nº 0001359-11.2015.8.12.0014 - Maracaju 564

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Agravo de Execução Penal nº 0015389-51.2019.8.12.0001 - Campo Grande 569
Agravo de Execução Penal nº 0016293-71.2019.8.12.0001 - Campo Grande 574
Habeas Corpus Criminal nº 1408645-58.2019.8.12.0000 - Ponta Porã 578

Des. Jairo Roberto de Quadros

Apelação Criminal nº 0004526-36.2019.8.12.0001 - Campo Grande 583
Habeas Corpus Criminal nº 1409174-77.2019.8.12.0000 - Amambai 589
Habeas Corpus Criminal nº 1411216-02.2019.8.12.0000 - Itaquiraí 596

Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação Criminal nº 0019843-45.2017.8.12.0001 - Campo Grande 603
Apelação Criminal nº 0019664-77.2018.8.12.0001 - Campo Grande 606
Agravo de Execução Penal nº 0009829-28.2019.8.12.0002 - Dourados 610

Des. José Ale Ahmad Netto

Carta Testemunhável nº 0009614-55.2019.8.12.0001 - Campo Grande 613
Apelação Criminal nº 0007150-34.2014.8.12.0001 - Campo Grande 617
Apelação Criminal nº 0900379-73.2018.8.12.0001 - Campo Grande 630

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Recurso em Sentido Estrito nº 0000153-27.2014.8.12.0036 - Inocência 641
Apelação Criminal nº 0024553-45.2016.8.12.0001 - Campo Grande 648
Revisão Criminal nº 1408044-52.2019.8.12.0000 - Dourados 655

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Recurso em Sentido Estrito nº 0014112-34.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....661
Recurso em Sentido Estrito nº 0019861-66.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....669

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal nº 0027256-80.2015.8.12.0001 - Campo Grande 675
Apelação Criminal nº 0026352-94.2014.8.12.0001 - Campo Grande 683

Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0000546-48.2011.8.12.0038 - Nioaque 689
Apelação Criminal nº 0006282-51.2017.8.12.0001 - Campo Grande 693
Apelação Criminal nº 0801024-07.2016.8.12.0019 - Ponta Porã 707

Juiz Lúcio R. da Silveira

Apelação Criminal nº 0001733-60.2016.8.12.0024 - Aparecida do Taboado.....710
Apelação Criminal nº 0042959-17.2016.8.12.0001 - Campo Grande 716
Habeas Corpus Criminal nº 1408805-83.2019.8.12.0000 - Dourados 724

Juiz Waldir Marques

Agravo de Execução Penal nº 0013333-45.2019.8.12.0001 - Campo Grande 738
Apelação Criminal nº 0001038-68.2018.8.12.0014 - Maracaju 747
Habeas Corpus Criminal nº 1410076-30.2019.8.12.0000 - Maracaju 751

Índice de Assuntos



Jurisprudência Cível

Ação civil pública

Desvirtuamento do objeto do convênio firmado entre associação filantrópica e Município. Contratações ilegais. Improbidade administrativa. Ofensas ao princípio da moralidade, eficiência e impessoalidade. Ressarcimento do prejuízo ao erário. Multa. Redução do *quantum*.
Apelação Cível nº 0900932-91.2016.8.12.0001 - Campo Grande.....258

Preliminar de irregularidade processual do advogado. Ausência de documento essencial. Prejudicial de prescrição por dano ao erário público por ausência de dolo. Afastado por ser processo eletrônico. Rejeição de plano da ação civil pública por suposto ato de improbidade administrativa.
Agravo de Instrumento nº 1412137-92.2018.8.12.0000 - Campo Grande 010

Reintegração de servidores públicos estaduais do cargo de defensor público por adesão ao plano de demissão voluntária. Atribuição de efeito suspensivo. Poder de autotutela. Atos nulos que não podem surtir eficácia. Reintegração mediante indenização de montante aos cofres públicos.
Apelação nº 0821851-30.2015.8.12.0001 - Campo Grande 311

Ação de arrolamento

Bens de indígena. Condicionamento de expedição de alvará ao recolhimento de ITCMD. Inconstitucionalidade do § 2° do art. 689 do Código de Processo Civil. Isenção tributária. Princípio de *saisine* e da anterioridade do crédito tributário. Aplicação da Lei Tributária vigente na data do óbito.
Apelação Cível nº 0800721-39.2015.8.12.0015 - Miranda 304

Ação de cobrança

Arbitragem. Cláusula compromissória. Incidência. Unicidade da relação jurídica. Autonomia de vontade. Convenção de arbitragem. Extinção do processo sem resolução do mérito. Novo regime processual.
Apelação Cível nº 0800115-90.2015.8.12.0021 - Três Lagoas.....384

Contrato de abertura de crédito fixo com repasse finame. Sentença *citra petita.* Aplicação da teoria da causa madura. Indevida a cláusula *del credere.* Súmula 295 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Cível nº 0001233-72.2009.8.12.0045 - Sidrolândia 447

Ação de decretação

Averbação. Confidencialidade. Interdição. Omissão na certidão de nascimento. Manutenção da informação.
Apelação Cível nº 0805656-75.2017.8.12.0008 - Corumbá 338

Ação de divórcio

Litigioso. Divergência dos valores das benfeitorias. Liquidação de sentença. Fixação de aluguel. Julgamento *ultra petita*. Violação aos Artigos 141 e 492, do Código de Processo Civil.
Apelação Cível nº 0800116-90.2016.8.12.0037 - Itaporã.....472

Ação de indenização por danos morais

Cobrança vexatória. Mensagens no aplicativo *whatsapp*. Ameaça. Ligações constantes no serviço da consumidora. Dano moral configurado. Art. 42, *caput* do Código de Defesa do Consumidor.
Apelação Cível nº 0816753-93.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....295

Erro médico. Dose aplicada 10 vezes maior que a prescrita. Óbito da paciente. Nexo de causalidade. Dano moral configurado.
Apelação nº 0804295-91.2015.8.12.0008 - Corumbá.....476

Homicídio em praça pública. Responsabilidade subjetiva do Município. Conduta omissiva. Ausência de culpa ou dolo estatal. Ato de terceiro.
Apelação Cível nº 0833960-08.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....214

Prestação de serviços médicos. Desídia na conduta profissional. Óbito de recém-nascido. Dano e nexo causal comprovados. Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Cível nº 0058481-94.2010.8.12.0001 - Campo Grande.....143

Responsabilidade objetiva. Prestadora de serviço público. Morte por choque elétrico. Negligência da concessionária de serviço público. Configurada. Afastada culpa exclusiva da vítima. Pensão por morte.
Apelação Cível nº 0828080-35.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....095

Trote. Falsa propagação da morte do filho da autora. Inexistência de prova. Pedido de desculpas pelos transtornos em rede social facebook. Comprovado ato ilícito.
Apelação Cível nº 0807243-98.2014.8.12.0021 - Três Lagoas 054

Veiculação de matéria jornalística. Conflito entre a liberdade de imprensa e a inviolabilidade da intimidade. Informação depreciativa que extrapola o *animus narrandi*. Ofensa à honra.
Apelação Cível nº 0806063-10.2014.8.12.0001 - Campo Grande.....086

Ação de obrigação de fazer

Adicional de produtividade. Administração pública eivada sobre o princípio da legalidade. Lei Complementar Municipal. Direito à incorporação do adicional. Art. 37 da Constituição Federal.
Apelação nº 0803408-72.2018.8.12.0018 - Paranaíba.....186

Direito à educação. Aluna portadora de necessidades especiais. Síndrome de *down*. Atendimento educacional especializado. Acompanhamento por professor de apoio.
Apelação Cível nº 0900006-31.2017.8.12.0016 - Mundo Novo 462

Plano de saúde. Negativa de autorização de exame pet-scan. Emergência. Abusividade. Descumprimento contratual. Dano moral. Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Cível nº 0808240-39.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....327

Reforma ou construção de estabelecimento penal. Transferência para outra unidade carcerária. Proibição de aceitar novos custodiados. Estado de coisas inconstitucional. Precedente de observância obrigatória. Multa mantida.
Apelação Cível nº 0801978-09.2015.8.12.0045 - Sidrolândia 406

Ação de rescisão contratual

Distrato. Culpa do comprador. Retenção de 20% do valor pago. Cláusula penal. Imóvel não edificado. Taxa de fruição. *Bis in idem*.
Apelação Cível nº 0806359-24.2017.8.12.0002 - Dourados 222

Pessoa jurídica. Justiça gratuita. Falha na prestação de serviço. Escola de aviação civil. Autorização para funcionamento cancelada pela ANAC. Restituição dos valores pagos. Dano moral.
Apelação Cível nº 0814641-25.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....190

Restituição de valores. Ilegitimidade passiva. Empresa franqueadora que não possui relação com o produto oferecido. Cláusula que veda a prestação de serviços similares pelo franqueado. Curso de enfermagem à distância sem reconhecimento pelo MEC. Irregularidade que obsta a inscrição perante o Coren/MS. Princípio da Causalidade.

Apelação Cível nº 0801162-21.2013.8.12.0005 - Aquidauana 040

Ação de retificação

Pretensão de alteração de prenome. Retificação de registro civil por motivo vexatório. Comprovado. Ausência de prejuízo à sociedade.

Apelação Cível nº 0836579-71.2018.8.12.0001 - Campo Grande 371

Registro civil. Pedido de alteração do prenome e gênero. Transexual. Cirurgia de transgenitalização. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Apelação Cível nº 0803017-45.2017.8.12.0021 - Três Lagoas 172

Ação direta de inconstitucionalidade

Comercialização e consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol. Município de Campo Grande. Preliminar de inadequação da via eleita. Afastada. Mérito.

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000514-95.2018.8.12.0900 - Tribunal de Justiça 391

Lei Municipal. Instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas creches e escolas públicas municipais. Obrigatoriedade. Inconstitucionalidade formal. Suspensão do ato normativo. Impossibilidade.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1406065-55.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 153

Lei proposta pelo legislativo. Matéria de competência privativa do poder executivo local. Vício de iniciativa. Declaração de inconstitucionalidade formal. Lei Municipal. Julgamento do mérito.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1409520-62.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 237

Ação rescisória

Violação de norma jurídica. Princípio constitucional da separação dos poderes. Ação anulatória de ato jurídico. Acórdão que confirmou sentença de promoção por bravura de militares. Princípio da isonomia. Ato discricionário da Administração. Mérito administrativo. Ausência de ilegalidade.

Ação Rescisória nº 1402854-11.2019.8.12.0000 - Campo Grande 078

Agravo de instrumento

Dissolução parcial da sociedade. Liquidação. Apuração de haveres. Balanço de determinação. Função social dos contratos e boa-fé objetiva.

Agravo de Instrumento nº 1408402-17.2019.8.12.0000 - Ponta Porã 426

Impugnação. Recuperação judicial. Alienação fiduciária. Essencialidade do bem. Prazo de suspensão. Competência do juízo universal. Princípios da função social da propriedade e da preservação da empresa.

Agravo de Instrumento nº 1412440-43.2017.8.12.0000 - Chapadão do Sul 467

Tutela de urgência. Esterilização de mulher curatelada. Discernimento comprometido. Laqueadura. Segunda gravidez. Risco de dano.

Agravo de Instrumento nº 1405886-24.2019.8.12.0000 - Campo Grande 318

Agravo regimental

Precatório. Respeito à coisa julgada material. Inexistência de mero erro aritmético ou material. Decadência administrativa. Impossibilidade de alteração de indexadores. Segurança jurídica.
Agravo Interno Cível nº 1600829-17.2014.8.12.0000/50046 - Campo Grande 118

Apelação cível

Alvará judicial. Levantamento de FGTS, PIS/PASEP. Imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação ou direitos. Recolhimento posterior. Possibilidade.
Apelação Cível nº 0800342-49.2017.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo..... 035

Anulatória de escritura de doação. Decadência do direito. Causa de pedir. Vício de consentimento. Art. 178, II, do Código Civil. Nulidade da sentença.
Apelação Cível nº 0800151-26.2015.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 430

Furto de veículo em estacionamento. Feira Central. Danos morais configurados. Quantificação. Razoabilidade e proporcionalidade.
Apelação Cível nº 0802658-29.2015.8.12.0001 - Campo Grande..... 352

Imóveis gravados com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Princípio da função social da propriedade. Mitigação dos gravames. Possibilidade da livre circulação de riqueza.
Apelação Cível nº 0801124-80.2017.8.12.0033 - Eldorado 283

Matéria jornalística. Via rádio. Colisão de princípios. Proteção da honra, imagem e liberdade de expressão. Ponderação de valores. Dever informativo.
Apelação Cível nº 0803395-35.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 359

Servidora pública. Contrato temporário. Gestante. Estabilidade provisória. Indenização devida pelo período da estabilidade. Matéria de ordem pública. Art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
Apelação nº 0002331-49.2013.8.12.0014 - Maracaju 414

Vasectomia. Posterior gravidez. Suposto erro médico. Não comprovação. Caso fortuito. Inexistência de nexo de causalidade.
Apelação Cível nº 0800859-26.2014.8.12.0052 - Anastácio 491

Conflito negativo de competência

Conflito entre Vara da Infância, Adolescência e do Idoso, Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos e Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. Fiscalização das Entidades de Atendimento de Adolescentes em conflito com a Lei. UNEIS. Melhorias das condições estruturais.
Conflito de Competência Cível nº 1600006-67.2019.8.12.0000 - Campo Grande..... 345

Cumprimento de sentença

Agravo de instrumento. Decisão que não concede a desconsideração da pessoa jurídica. Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. Descabimento.
Agravo de Instrumento nº 1408060-06.2019.8.12.0000 - Campo Grande 323

Expurgos inflacionários. Execução individual da sentença. Prescrição quinquenal. Ação civil pública proposta pelo IDEC. Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal.
Apelação Cível nº 0800150-46.2017.8.12.0032 - Deodápolis..... 227

Vedação à decisão surpresa. Ausência de intimação. Inclusão de terceiros no polo passivo da execução. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Instauração de Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Formação de grupo econômico. Possibilidade.
Agravo de Instrumento nº 1404293-57.2019.8.12.0000 – Miranda 348

Dano ambiental

Ação Civil Pública. Processo erosivo e assoreamento de córregos. Condenação do Município na realização de obras. Dano moral coletivo.
Apelação nº 0803455-39.2014.8.12.0001 - Campo Grande 178

Ação de conhecimento de natureza condenatória. Teoria da *actio nata*. Interrupção do prazo prescricional para ajuizamento de ação individual. Ação coletiva.
Apelação Cível nº 0802266-09.2018.8.12.0026 - Bataguassu.....274

Prescrição. Reparação de danos individuais por dano ambiental. Inaplicabilidade da tese de imprescritibilidade. Direito fundamental. Art. 206, § 3°, inciso V, do Código Civil. Teoria da *actio nata*.
Apelação Cível nº 0802002-89.2018.8.12.0026 - Bataguassu.....158

Proliferação de insetos vetores de zoonose. Má conservação de lote em terreno urbano. Pena de multa. Danos morais coletivos.
Apelação Cível nº 0835840-06.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....023

Embargos à execução

Cédula de crédito industrial. Alegação de nulidade da execução em razão do método de cálculo. Constituição da hipoteca mediante escritura pública. Não ocorrência. Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Cível nº 0800062-38.2017.8.12.0022 - Anaurilândia 194

Obrigação tributária. Crédito de ICMS. Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo. Multa única sob pena de *bis in idem*. Impossibilidade de efeito confiscatório. Limitação.
Apelação Cível nº 0827452-46.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....433

Embargos de terceiro

Arrematação. Ausência de cientificação. Pequena propriedade rural trabalhada pela família. Impenhorabilidade. Sentença insubsistente.
Apelação Cível nº 0804640-36.2019.8.12.0002 - Dourados 219

Cônjuge do executado. Preliminar de ilegitimidade ativa. Dívida contraída em benefício da família. Presunção. Ônus da prova do cônjuge do executado.
Apelação Cível nº 0001674-81.2011.8.12.0013 - Jardim 206

Evicção

Ação indenizatória. Preliminar de ilegitimidade passiva. *Teoria statu assertionis*. Ausência de interesse de agir. Inovação recursal. Ausências de excludentes.
Apelação Cível nº 0801613-67.2014.8.12.0019 - Ponta Porã 166

Execução fiscal

Automóvel de pequeno valor. Utilizado para transportar portador de paralisia cerebral. Princípio da dignidade da pessoa humana. Impenhorabilidade. Princípio da adequação e da necessidade.
Apelação Cível nº 0839154-86.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....381

Carteira nacional de habilitação. Pedido de suspensão e apreensão. Art. 139, IV, do Código de Processo Civil. Inadmissibilidade. Medida excepcional.
Agravo de Instrumento nº 2000415-75.2019.8.12.0000 - Campo Grande 443

Penhora. Título de arrendamento rural. Débito não alimentar. Relativização da impenhorabilidade das verbas remuneratórias. Princípios do direito ao mínimo existencial e o direito à satisfação executiva.
Agravo de Instrumento nº 1409055-19.2019.8.12.0000 - Dourados 091

Responsabilidade tributária. Dissolução irregular da pessoa jurídica devedora. Redirecionamento da execução para os sócios-administradores. Distrato social arquivado na Junta Comercial.
Agravo de Instrumento nº 2000393-17.2019.8.12.0000 - Campo Grande 377

Improbidade administrativa

Acidente de trânsito causado por agente público. Veículo oficial fora do horário de expediente e em estado de embriaguez. Violação ao princípio da moralidade administrativa. Exclusão da pena de perda do cargo público. Inaplicabilidade do princípio da insignificância.
Apelação Cível nº 0802276-05.2017.8.12.0021 - Três Lagoas 421

Ato de desonestidade. Elaboração de fato e documento falso. Pena de perda de função pública. Acolhido. Devolução de valores ao poder público. Atenuante. Arrependimento posterior. Desistência voluntária. Arrependimento eficaz. Excludente de ilicitude.
Apelação Cível nº 0801541-48.2016.8.12.0007 - Cassilândia 017

Servidores públicos que se apropriaram de valores integrantes do acervo patrimonial do poder judiciário. Condenados no âmbito criminal. Período de suspensão dos direitos políticos e valor da multa. Apuração da extensão dos danos em sede de liquidação de sentença.
Apelação Cível nº 0550110-07.2003.8.12.0009 - Costa Rica.....341

Mandado de segurança

Apreensão de mercadorias. ICMS. Aquisição de materiais empregados na construção civil. Diferencial de alíquotas. Empresas de incorporação. Inaplicabilidade da Súmula 432 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação nº 0843827-59.2016.8.12.0001 - Campo Grande 245

ICMS. Aquisição e transporte de mercadorias. Equiparação a estabelecimento varejista. Fornecimento de refeições. Fato gerador. Inaplicabilidade da súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Cível nº 0833997-69.2016.8.12.0001 - Campo Grande.....438

Imposto sobre transmissão onerosa de bens imóveis. Imunidade no caso de incorporação do bem para realização do capital social da empresa. Exceção à regra. Desenvolvimento de atividade preponderantemente imobiliária. Requisitos do art. 37, § 2° do Código Tributário Nacional.
Remessa Necessária Cível nº 0816079-57.2013.8.12.0001 - Campo Grande 300

Incidência do imposto de transmissão de bens imóveis. Empresa constituída para administração de bens imóveis. Integralização de capital. Inocorrência de imunidade tributária.
Apelação Cível nº 0800234-40.2014.8.12.0036 - Inocência 458

Notificação. Inexistência de prejuízos ao ente Municipal. Classificação fora do limite de vagas. Mera expectativa de nomeação. Ausência de prova pré-constituída da preterição alegada.
Apelação nº 8000798-10.2018.8.12.0800 - Corumbá.....483

Plano de saúde

Teoria da aparência. Necessidade de acompanhamento multidisciplinar para os portadores de transtorno do aspecto autista. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Conduta abusiva. Danos morais configurados.
Apelação Cível nº 0803485-43.2016.8.12.0021 - Três Lagoas 066

Recuperação judicial

Decisão que autorizou a oneração do imóvel. Obtenção de capital de giro. Possibilidade da alienação, nos termos do art. 66 da Lei 11.101/2005.
Agravo de Instrumento nº 1406192-90.2019.8.12.0000 - Campo Grande 210

Responsabilidade civil

Rodovia Estadual. Acidente de trânsito. Colisão com animal doméstico. Responsabilidade do Estado.
Apelação Cível nº 0830786-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande..... 104

Transporte rodoviário. Embarque e desembarque. Partida do ônibus sem a presença do passageiro. Ausência de comprovação de conduta ilícita do motorista. Culpa exclusiva do viajante. Excludente de responsabilidade.
Apelação Cível nº 0806426-68.2017.8.12.0008 - Corumbá 100

Jurisprudência Criminal

Aborto

Consentimento da gestante. Qualificado pela lesão corporal grave. Ocultação de cadáver. Tráfico de drogas. Prova da materialidade. Art. 413 do Código de Processo Penal.
Recurso em Sentido Estrito nº 0019861-66.2017.8.12.0001 - Campo Grande 669

Agravo em execução

Falta grave. Procedimento administrativo disciplinar. Observância do contraditório e da defesa técnica. Regressão de regime. Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça.
Agravo de Execução Penal nº 0015389-51.2019.8.12.0001 - Campo Grande 569

Novo crime no curso da execução. Marco inicial para progressão de regime. Data da prisão.
Agravo de Execução Penal nº 0016293-71.2019.8.12.0001 - Campo Grande 574

Progressão de regime. Perícia desfavorável. Súmula vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal. Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça.
Agravo de Execução Penal nº 0013333-45.2019.8.12.0001 - Campo Grande 738

Recurso defensivo Novo cálculo. Falta de interesse. Continuidade típico normativa. Art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Delito previsto no Art. 1° da Lei 2.252/54.
Agravo de Execução Penal nº 0009829-28.2019.8.12.0002 - Dourados 610

Apelação criminal

Furto qualificado. Absolvição por insuficiência probatória. Circunstâncias atenuantes genéricas. Redução da pena aquém do mínimo legal. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade. Prescrição declarada de ofício.
Apelação Criminal nº 0024553-45.2016.8.12.0001 - Campo Grande 648

Homicídio tentado. Vítima bebê de dez meses. Pedido de submissão a novo júri. Impossibilidade. Meio cruel. Reincidência. Agravante.
Apelação Criminal nº 0001733-60.2016.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 710

Apropriação indébita

Elemento subjetivo configurado. Atenuante da confissão espontânea. Inaplicável. Arrependimento posterior. Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Criminal nº 0000289-45.2013.8.12.0008 - Corumbá 506

Carta testemunhável

Recurso em sentido estrito. Inadmissibilidade. Decisão que concede liberdade provisória. Pagamento de fiança. Assistente de acusação. Ilegitimidade do interessado. Fase de inquérito policial.
Carta Testemunhável nº 0009614-55.2019.8.12.0001 - Campo Grande 613

Crimes ambientais

Destruir ou danificar floresta. Impedir ou dificultar regeneração de vegetação. *Emendatio libelli.* Preclusão *pro judicato.* Inocorrência. Materialidade delitiva não comprovada.

Apelação Criminal nº 0000321-28.2010.8.12.0017 - Nova Andradina 542

Poluição sonora. Violação ao princípio do devido processo legal e da correlação. Contravenção penal de perturbação do sossego. Desclassificação. Reconhecimento da prescrição.

Apelação Criminal nº 0026352-94.2014.8.12.0001 - Campo Grande 683

Crime contra a administração da justiça

Operação *Oiketicus*. Obstrução da persecução penal. Organização criminosa entre militares. Crime comissivo e formal. Princípio da não-autoincriminação. Pena de exclusão dos quadros da polícia militar estadual. Incompetência da justiça militar. Inocorrência. Pena acessória de aplicação automática.

Apelação Criminal nº 0900379-73.2018.8.12.0001 - Campo Grande 630

Crime militar

Prevaricação. Abandono de posto. Preliminar de prescrição. Condenação mantida. Suspensão condicional da pena concedida.

Apelação Criminal nº 0042959-17.2016.8.12.0001 - Campo Grande 716

Estelionato

Golpe do "bilhete premiado". Pleito absolutório. Condenação mantida. Pena base. Idoneidade. Personalidade. Substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

Apelação Criminal nº 0034382-55.2013.8.12.0001 - Campo Grande 514

Venda de automóveis. Falsas promessas de quitação do gravame. Estelionato na forma simples. Confissão parcial. Qualificadora contraposta. Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. Condenação mantida. Habitualidade delitiva. Concurso material.

Apelação Criminal nº 0007150-34.2014.8.12.0001 - Campo Grande 617

Estupro de vulnerável

Vítima com 12 anos de idade. Consentimento para o ato sexual irrelevante. Incidência da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça. Situação excepcional. Relativização da vulnerabilidade. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0001359-11.2015.8.12.0014 - Maracaju 564

Falsificação de documento público

Carteira nacional de habilitação. Art. 297 do Código de Penal. Configuração do dolo. Objeto jurídico. Fé pública. Réu Reincidente.

Apelação Criminal nº 0004526-36.2019.8.12.0001 - Campo Grande 583

Uso de documento público adulterado. Farto conjunto probatório. Redução da pena provisória. Incabível. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0019843-45.2017.8.12.0001 - Campo Grande 603

Falsidade ideológica

Atipicidade formal e material. Insuficiências de provas do dolo. Absolvição impositiva. Artigo 386, III E VII, do Código de Processo Penal.

Apelação Criminal nº 0027256-80.2015.8.12.0001 - Campo Grande 675

Falsidade ideológica. Alegada atipicidade da conduta. Exercício da autodefesa. Aplicação da fração de 1/8 para cada circunstancia judicial. Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0801024-07.2016.8.12.0019 - Ponta Porã 707

Peculato. Falsificação ou alteração de assentamento. Registro civil. Sentença de extinção de punibilidade decretada no inquérito policial. Ato existente. Mero equívoco.

Habeas Corpus Criminal nº 1408805-83.2019.8.12.0000 - Dourados 724

Feminicídio

Anulação do julgamento. Decisão contrária à prova dos autos. Aumento da pena prevista no inciso III do § 7° do Art. 121 do Código Penal. Ausência de elementos de prova. Julgamento anulado.

Apelação Criminal nº 0019664-77.2018.8.12.0001 - Campo Grande 606

Habeas Corpus

Busca e apreensão. Trancamento da ação penal. Medida excepcional. Endereço equivocado. Erro material. Falta de materialidade.

Habeas Corpus Criminal nº 1411216-02.2019.8.12.0000 - Itaquiraí 596

Homicídio triplamente qualificado. Tentativa de homicídio quadruplamente qualificado. Estupro. Excesso de prazo. Ordem pública afetada. Art. 56, da Lei 6.001/73. Inaplicabilidade.

Habeas Corpus Criminal nº 1409174-77.2019.8.12.0000 - Amambai 589

Tráfico de drogas. Procedimento ordinário. Rito mais benéfico ao réu. *Pas de nullité sans grief*. Ausência de prejuízo ao acusado. *Periculum libertatis*.

Habeas Corpus Criminal nº 1408645-58.2019.8.12.0000 - Ponta Porã 578

Homicídio culposo

Direção. Embriaguez. Modificação legislativa. Concentração de álcool no sangue. Ausência de prova. Afastamento da embriaguez.

Apelação Criminal nº 0032049-96.2014.8.12.0001 - Campo Grande 534

Homicídio qualificado

Homicídio. Paciente preso. Excesso de prazo. Ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Constrangimento ilegal configurado. (1410076-30.2019.8.12.0000) Juiz Waldir Marques .....

Habeas Corpus Criminal nº 1410076-30.2019.8.12.0000 - Maracaju 751

Homicídio triplamente qualificado. Pronúncia. Prova da materialidade delitiva. Exclusão das qualificadoras. Impossibilidade. Tribunal Júri.

Recurso em Sentido Estrito nº 0002674-95.2015.8.12.0007 - Cassilândia 497

Sequestro. Cárcere privado. Ocultação de cadáver. Integrante de organização criminosa. Exclusão de qualificadoras.

Recurso em Sentido Estrito nº 0014112-34.2018.8.12.0001 - Campo Grande 661

Inserção de dados falsos em sistema de informações

DETRAN. Preliminar de extinção. Condenação mantida. Atenuante da confissão. Prescrição retroativa.

Apelação Criminal nº 0063591-40.2011.8.12.0001 - Campo Grande 523

Latrocínio

Crime praticado com emprego de tortura e fogo. Posse ilegal de arma de fogo. Potencialidade de causar dano

à incolumidade pública. Competência do juízo singular. Súmula 603 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Criminal nº 0000642-55.2013.8.12.0018 - Paranaíba.....550

Peculato

Funcionário público. Pleito absolutório. Atipicidade da conduta. Arrependimento eficaz. Impossibilidade. Princípio da insignificância. Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça.
Apelação Criminal nº 0000546-48.2011.8.12.0038 - Nioaque.....689

Recurso em sentido estrito

Homicídio qualificado. Pronúncia. Excesso de linguagem. Juízo de prelibação. Submissão ao conselho de sentença.
Recurso em Sentido Estrito nº 0000153-27.2014.8.12.0036 - Inocência.....641

Quebra de fiança. Punibilidade extinta. Prescrição punitiva do Estado. Perda integral da fiança. Restituição. Art. 343 do Código de Processo Penal.
Recurso em Sentido Estrito nº 0002488-40.2014.8.12.0029 - Naviraí.....531

Revisão criminal

Estupro de vulnerável. Art. 217-A do Código Penal. Desclassificação para o crime do art. 215-A do Código Penal. Impossibilidade.
Revisão Criminal nº 1408044-52.2019.8.12.0000 - Dourados.....655

Roubo

Corrupção de menores. Modalidade tentada. Incabível. Inversão da posse. Concurso formal.
Apelação Criminal nº 0001038-68.2018.8.12.0014 - Maracaju.....747

Tráfico de drogas

Organização criminosa. Porte de armas. Preliminar de nulidade das interceptações telefônicas. Perícia de voz. Preliminar rejeitada. Acusada em local incerto e não sabido. Desmembramento do feito e citação por edital. Nulidade afastada.
Apelação Criminal nº 0006282-51.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....693