

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 40 - nº 214 - Outubro a Dezembro de 2019



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 40 - nº 214 - Outubro a Dezembro de 2019

Expediente

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

Ano 40, n. 214

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. 214(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
Vitor Luis de Oliveira Guibo – Juiz convocado

Sumário

Expediente 002

Composição 003

Sumário 004

Doutrina 005

Jurisprudência Cível 015

Jurisprudência Criminal 557

Noticiário 888

Índice Onomástico 925

Índice de Assuntos 931

Doutrina



HARMONIZAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: DA OFICINA DE PARENTALIDADE À SESSÃO DE MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL NO CEJUSC COMARCA DE CAMPO GRANDE/MS

Gisele Gutierrez de Oliveira Albuquerque[1]

Resumo: *O presente artigo descreve como o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul vem contribuindo para a evolução da garantia da ordem jurídica justa como forma de democratização do acesso à justiça dentro do seu sistema Judiciário, especialmente através dos mecanismos autocompositivos adotados.*

Além disso, o estudo tem como objeto de análise as práticas consensuais de solução de conflitos desenvolvidos nos CEJUSCS (Centro Judiciário de Solução de conflitos e cidadania) nos processos de natureza familiar da Comarca de Campo Grande/MS. Dá-se especial ênfase na implementação das oficinas de parentalidade aplicadas pelo NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos), bem como, das sessões de mediação pré-processual realizadas.

Palavras-chaves: *MEDIAÇÃO – OFICINA DE PARENTALIDADE – ACESSO À JUSTIÇA – HUMANIZAÇÃO.*

Abstract: *This article describes how the Mato Grosso do Sul State Court of Justice has contributed to the evolution of the guarantee of the fair legal order as a way of democratizing the access to justice within its judicial system, especially through the adopted self – compositional mechanisms.*

In addition, the study has as its object of analysis the consensual practices of conflict resolution developed in CEJUSCs (Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship) in the Family processes of the Campo Grande District. Special emphasis is given to the implementation of the parenting workshops applied by NUMPEMEC (Permanent Nucleus of Consensual Conflict Resolution Methods), as well as to the pré-procedural mediation sessions held at CEJUSCs.

Keywords: *MEDIATION – PARENTING WORKSHOP – ACESS TO JUSTICE – HUMANIZATION.*

1. INTRODUÇÃO

A finalidade deste artigo dedica-se à análise e a implementação das oficinas de parentalidade e as sessões de mediação pré-processuais dentro do CEJUSC/TJ na Comarca de Campo Grande, definindo-os como um meio autocompositivo, no qual as partes envolvidas em conflitos de natureza familiar são convidadas a participar antes mesmo da propositura de demanda judicial, buscando alcançar a harmonização conjugal e minimizar os efeitos de uma relação parental.

Inicialmente, de forma simples, faremos a diferenciação entre conflito - inerente à natureza humana - da formação do litígio, que se inicia quando a divergência entre as partes se transforma em uma demanda judicial. Estas considerações são relevantes para demonstrar que vivemos a transição da cultura tradicional do litígio, na qual se delega a solução de conflitos a um terceiro Estado-juiz para a cultura de pacificação social.

A seguir, faz-se uma breve análise do microssistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, delineado com a criação de políticas públicas em conjunto com valores consensuais do

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, advogada e mediadora/conciliadora judicial no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul - TJMS. E-mail: giselegutierrezadv@gmail.com

CPC de 2015, com a lei da mediação e com a Resolução 125 do CNJ, representando um avanço na construção de uma nova realidade no sistema judicial através da implementação de práticas consensuais participativas.

Por fim, encerra-se com aspectos práticos sobre as oficinas, como são desenvolvidas no âmbito familiar e seus reflexos nas sessões de mediação pré-processual realizadas no CEJUSC do TJMS observadas a partir de uma análise prática sobre as partes envolvidas no conflito.

2. A TEORIA DO CONFLITO E O LÍTIGIO

Analisando o homem - segundo os grandes filósofos gregos, este tem vocação natural e características para a sociabilidade e possui singularidade na formação e no comportamento. Segundo Aristóteles, revestido em sua natureza social e inata inclinação para a vida em sociedade - o homem é animal social - e observando-se sua interação contínua e dinâmica ele transforma e igualmente é transformado, resolvendo, assim, seus próprios conflitos.

Partindo desta premissa o conflito mostra-se desde o início da humanidade, em todas as nações e comunidades fazendo parte destas relações, seja no âmbito pessoal, familiar, social ou no trabalho, definindo-o como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas fixam suas posições reagindo a ideias e concepções divergentes.

Nesta premissa o conflito aparece desde o início da humanidade, em todas as nações e comunidades fazendo parte destas relações, seja no âmbito pessoal, familiar, social ou no trabalho.

Neste enredo, o conflito é abordado como um fenômeno negativo nas relações sociais e responsável por perdas, ao menos, para uma das partes envolvidas.[2]

Entretanto, numa versão mais moderna do conflito, argumenta-se que nem sempre nas reações e práticas de resoluções de disputas o conflito se sustentará em um fenômeno negativo, *a contrário sensu,* este fenômeno poderá desencadear mudanças e resultados mais democráticos e positivos nas relações envolvidas.

Ao conceituar o conflito, a doutrina moderna o faz a partir de uma reconstrução factual deste movimento, partindo da análise de se perceber o conflito de forma produtiva, ou seja, um fenômeno natural e inevitável nas relações de qualquer ser humano mas com grande potencial para contribuir positivamente nessas relações. [3]

Nesta direção, abre-se caminho para diferenciar o conflito da disputa, do litígio, aquele se instaura mediante um desentendimento ou uma incompatibilidade seja na divergência de interesses, opiniões ou de ideias. Já a disputa somente se materializa quando uma das partes propõe uma ação judicial buscando uma solução para o conflito dada por meio do Estado-Juiz, que poderá conceder total ou parcialmente sua pretensão, ou, ainda, negá-la.

3. DO LITÍGIO À CULTURA DO CONSENSO

Com o advento da Constituição Federal de 1998 e a consolidação de um direito básico garantidor ao acesso à justiça de forma igualitária e inclusiva para todos, legitimou o Poder Judiciário a ser um órgão de controle social, tornando-o a forma tradicional de resolver os conflitos.

2 O conceito etimológico de conflito encontrado nos dicionários indica que conflito significa: 1) falta de entendimento grave ou oposição violenta entre duas ou mais partes; 2) encontro violento entre dois ou mais corpos; choque, colisão; 3) discussão veemente ou acalorada; altercação; 4) encontro de coisas que se opõem ou divergem; 5) luta armada entre potências ou nações; guerra. (MICHAELIS, 2016, p.23).

3 Nesta perspectiva positivista do conflito, a professora Quitéria Peres faz a seguinte reflexão: (...) a experiência do conflito não precisa ser vivenciada num campo de confronto (como se um ringue fosse), pois seu resultado, diferentemente de uma luta, não precisa revelar um vencedor e um perdedor. Ao resolvê-lo conjuntamente, ambas as partes se beneficiam segundo os parâmetros por ela definidos. (PERES, 2018).

Diante desta premissa, quando não conseguem sozinhas, dar fim aos seus problemas, as partes abdicam de buscar uma solução pacífica e declinam a lide à autoridade do Estado-Juiz que irá aplicar o direito e intermediar o conflito existente entre elas.

Neste contexto ressalta-se que o conflito, muitas vezes, se propõe a renunciar à análise dos fenômenos sociais que deram origem ao litígio para se ater somente aos fundamentos inerentes às técnicas do processo e a subsunção da norma ao caso concreto.[4]

Para alguns doutrinadores essa "superficialidade instrumental" se deve ao fato de que o processo judicial ao tratar exclusivamente dos interesses juridicamente tutelados exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto, ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados.[5]

Por conseguinte, o processo rende, com frequência, muito menos do que deveria, resultando numa excessiva demora e elevado custo, colaborando para que as partes o abandonem antes de uma decisão de mérito.[6]

Ademais, outro aspecto importante é o desgaste emocional que um processo judicial pode causar, especialmente quando as ações versam sobre as relações familiares, em que as questões vão muito além de aspectos jurídicos tutelados e a morosidade na prestação jurisdicional acaba prejudicando sua função pacificadora.[7] Assim, a decisão vinda de um terceiro implexo no conflito – Estado-juiz – que põe fim ao litígio pode se apresentar insuficiente e insatisfatória para as partes envolvidas no problema.

Para os estudiosos do direito o grande desafio do Poder Judiciário neste século é superar a ideia de que somente o Estado-juiz pode dar a solução correta para um conflito, como bem coloca o manual de mediação do judiciário, *verbis:*

> *Um dos grandes desafios do Poder Judiciário, no século XXI, consiste em combater a posição singularista de que para cada conflito de interesse só pode haver uma solução correta – a do magistrado, que sendo mantida ou reformada em grau recursal, se torna a "verdadeira solução" para o caso. A ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz na ânsia de receber a solução de um terceiro para suas questões, vem, progressivamente, sendo alterada para uma visão de Estado que orienta as partes a resolverem, de forma consensual e amigável, seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, como última hipótese, se decidirá em substituição às partes. Nesse sentido, tem se trabalhado a noção de que o Estado precisa preparar o jurisdicionado para utilizar, adequadamente, o sistema público de resolução de disputas bem como, quando possível, resolver seus próprios conflitos. (2017, p. 51)*

Por conseguinte, assim como a sociedade contemporânea é altamente conflitiva, atingida por um crescente número de desavenças envolvendo cada vez mais os seus integrantes, também os conflitos passaram

4 Ao intermediar o conflito, o juiz não conhece inicialmente a situação que originou os fatos. Toma consciência do conflito, de acordo com o apresentado pelos advogados de ambas as partes, os quais também não conhecem a situação geradora da controvérsia. Dessa forma, o juiz toma conhecimento de uma situação derivada, que já passou por várias etapas anteriores de interpretação (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, apud Relatório Analítico Propositivo USP-CNJ).

5 Segundo o professor Kasuo Watanabe, o processo judicial deixa de cumprir em parte o direito fundamental previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura aos cidadãos um acesso ao judiciário de forma justa, pois a sentença em si nem sempre é justa, visto que a imposição de uma ordem por vezes gera inconformidade às partes, ou ainda, desconforto. (WATANABE, ed. Del Rey, 2017).

6 Para receber uma sentença no Poder Judiciário, um processo em fase de conhecimento (a fase inicial) leva em média 1 ano e 4 meses. Terminada essa fase, o processo segue para a fase de execução e a demora aumenta ainda mais: 4 anos e 6 meses em média (CNJ, 2017, p. 133). Isso significa uma espera de quase 6 anos para ver um processo resolvido em primeira instância. Caso haja recurso, a espera é ainda maior. (Relatório Analítico Propositivo: Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente. USP/CNJ, p.16, 2019).

7 Sobre este fato, o professor e juiz André Gomma de Azevedo, diz que: As partes, quando buscam auxílio do Estado para solução de seus conflitos, frequentemente os têm acentuados ante procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídica-processual – contudo, no cotidiano, acabam por frequentemente se mostrar ineficientes na medida em que enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as partes em conflito. Exemplificativamente, quando um juiz de direito sentencia determinando com quem ficará a guarda de um filho ou os valores a serem pagos a título de alimentos, põe fim, para fins do direito positivado, a um determinado litígio; todavia, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos. Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser resolvido por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao examinar quais fatos encontram-se presentes para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção), o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano. (AZEVEDO, 2013, p.248 apud Revista da ESMESC, v. 25, n. 31, p. 288, 2018).

a se configurar de modo diferente, e o processo clássico passou a ser reconhecido como um instrumento insuficiente para resolver os litígios ainda que visto como uma solução adequada no Judiciário.[8]

Assim, o Judiciário vem desenvolvendo mecanismos alternativos com o intuito de provocar mudanças estruturais no seu interior, para tornar a justiça mais efetiva e pacificadora, e assim harmonizar as relações sociais intersubjetivas a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos, com o mínimo de sacrifício e desgaste.

Diante desta breve análise da realidade judiciária brasileira percebe-se que sua principal função/tarefa para com a sociedade é ser o canal de harmonização social, utilizando-se de critérios justos e equitativos na prestação jurisdicional, conforme explicitado na obra dos eminentes processualistas abaixo transcrito:

> *Os meios alternativos de solução de conflitos primam pela ênfase na democracia participativa, responsabilizando os próprios envolvidos pela solução. Esses meios democráticos de solução de conflitos permeiam a atividade jurisdicional, com o propósito de que se transformem em prática constante e não em mera formalidade (SAMPAIO JÚNIOR, 2011). Ainda, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, valoriza a responsabilização dos envolvidos pela decisão, o que prestigia a democracia, igualdade de tratamento, solidariedade, prevenção de novos litígios, harmonização e, também, transformação social, pois quando as partes resolvem amigavelmente uma contenda acabam extraindo muitas lições que representam um avanço nos seus ideais, construindo, portanto, uma nova realidade. (*CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013 apud CNJ. Relatório Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente, p.17.2019).

Através dos sistemas multiportas e a utilização de métodos autocompositivos (mediação/conciliação) o Judiciário oferece soluções mais amigáveis que valorizem a autonomia e responsabilidade das partes envolvidas no conflito, prestigiando, assim, a democracia, a igualdade de tratamento, a solidariedade, a cooperação e a prevenção de novos litígios.

4. BREVE ANÁLISE SOBRE O MICROSSISTEMA BRASILEIRO DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS COM ENFOQUE NA MEDIAÇÃO

O Estado por meio do Poder Legislativo, do próprio Judiciário e da sociedade civil têm colaborado para promover justiça mais democrática e participativa, através da implementação de políticas públicas destinadas ao uso de mecanismos adequados para a resolução de conflitos na busca de alcançar a efetividade na prestação jurisdicional e a pacificação social.

Através da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu-se uma política pública nacional de resolução adequada de conflitos. Considerada como um marco para o Poder Judiciário foi a primeira normatização que trouxe um novo paradigma ao acesso à justiça, mudando as perspectivas metodológicas até então empregadas na sua administração, habilitando o profissional do direito a ser mais pacificador e legitimando o Judiciário a implementar as suas próprias políticas públicas.[9]

De igual modo, segundo a doutrina, as motivações trazidas no Novo Código de Processo Civil (CPC/2015 em vigor desde 2016) tornou o processo mais célere, mais justo e menos complexo, utilizando-se de mecanismos consensuais como a mediação e a conciliação, conforme se observa da exposição de motivos abaixo transcrita:

> *Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das*

8 CINTRA et.al., 2016, p. 30.

9 A resolução nº 125/2010 do CNJ, foi um marco para o Poder Judiciário; trouxe a primeira normatização do novo paradigma ao acesso à justiça, mudando as perspectivas metodológicas da administração da justiça, mudando as perspectivas metodológicas da administração da justiça, habilitando o profissional do direito a ser mais pacificador. A partir dessa política, passa-se a redimensionar o judiciário como efetivo centro de harmonização social. (RIBAS, Lídia, COSTA, Thaise, 2017, p. 197).

> *partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência poderão participar conciliador e mediador, e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação. (CPC, 2015, p.10)*

Redimensionando o judiciário como efetivo centro de harmonização social, o CPC/2015, direcionou suas atenções, de modo especial, aos conflitos de natureza familiar com a adoção dos mecanismos alternativos através da mediação.[10]

Na sequência, a Lei da Mediação n. 13.140/2015 foi editada para regulamentar o procedimento e os princípios da mediação, cuja preocupação do legislador baseou-se em oferecer instrumentos adequados para auxiliar os interessados na busca de soluções autocompositivas, e assim, resolver seus conflitos de forma simples e com reduzida formalidade.

Ademais, a Lei n. 13.140/2015 trouxe inovações no direito de forma geral, quando autorizou a inclusão na pauta de uma sessão de mediação, conflitos que envolvam direitos disponíveis ou indisponíveis passíveis de autocomposição. Isso quer dizer que os direitos indisponíveis podem ser objetos de uma mediação, com a ressalva de que por força de lei exige-se a oitiva do Ministério Público e a homologação em juízo.

À vista do surgimento na legislação processual de um microssistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, a mediação se apresenta como o caminho para se chegar à superação do conflito, na medida em que técnicas e ferramentas são utilizadas por um mediador com o propósito de promover mudanças no trato social das partes interessadas, partindo de uma concepção de ganhos mútuos, muito diálogo ativo e responsabilidade na resolução dos problemas. [11]

Ao tempo em que o processo judicial desagrega e polariza as partes, a mediação tem por desígnio sustentar a igualdade, o respeito pelas diferenças de interesses, opiniões, ideias e o exercício da responsabilidade, como bem ilustra Moore:

> *A mediação é geralmente definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos ou danos psicológicos.* (MOORE, 1988, p.18).

No sentido de apontar os efeitos positivos da mediação, em especial nos conflitos familiares, nota-se quanto ao procedimento autocompositivo, seu efeito restaurador entre a comunicação dos interlocutores envolvidos no conflito e, principalmente, a preservação e a manutenção do vínculo familiar, fortalecendo a função precípua do Judiciário que é a pacificação social.

Diante deste quadro recente e inovador na estrutura legal e processual do direito brasileiro, grandes desafios ainda deverão ser superados, em especial a conscientização da sociedade e dos operadores do direito para a cultura do consenso e, neste sentido a prof. Lídia Ribas nos chama à uma reflexão:

> *Sabe-se que mudanças processuais em um mundo jurídico positivista não são fáceis de ocorrer e de difícil aceitação, pois é imensamente problemático conseguir um espaço para o diálogo nas ações judiciais. Mas se faz necessário modificar o conceito angular de justiça,*

10 Nessa esfera, o Poder Legislativo promulgou novo Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou em vigor em 2016 (BRASIL, 2015a), determinando a realização de audiência prévia de conciliação ou mediação como etapa obrigatória anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis. Essa tendência já era estimulada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação, e com a edição da Resolução CNJ nº 125/2010, que criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). (CNJ. Relatório Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente, p.18, 2019).

11 Na definição de Serpa a mediação é: um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões, pautado na autodeterminação das partes. O papel do interventor é ajudar na comunicação, através de neutralização de emoções, formulação de opções e negociação de acordos." (SERPA, 1998, p.360).

> *a ideia maciça e elementar que sustenta toda a construção intelectual e histórica do acesso à justiça, afastar-se a litigiosidade, avaliar outras formas de tratamento dos conflitos, aceitar um novo conhecimento emancipatório. Aí se encontra a autojurisdição conduzida pelos mediadores, que possam dar à sociedade em geral e aos grupos de oprimidos, marginalizados e excluídos a oportunidade de dialogar, de encontrar caminhos diversos para solução de uma disputa, um modo de fazer diferente e menos opressor, um agir positivo, olhando-se para o futuro nas relações continuadas.* (RIBAS, Lídia; COSTA Thaise, 2017, p. 194)

Por fim, a tendência da prática da mediação cada vez maior nos conflitos judiciais depende da mudança e da quebra de paradigmas da cultura da sentença para a cultura da paz, do consenso.

5. A IMPLEMENTAÇÃO DE PALESTRAS E OFICINAIS DE PARENTALIDADE PELO NUPEMEC/TJMS E AS SESSÕES DE MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES PRÉ-PROCESSUAL NA COMARCA DE CAMPO GRANDE/MS

Ao analisar o conflito no contexto fático das famílias brasileiras e com a significativa elevação dos índices de divórcios e dissoluções de união estável nas varas de família, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, editou a Recomendação n. 50/2014, para implementar as oficinas de parentalidade como política pública na prevenção e na resolução de conflitos familiares com o intuito de diminuir os reflexos negativos que uma ruptura conjugal mal conduzida possa ocasionar na vida dos filhos. [12]

De outro norte, percebe-se que as disputas judiciais se traduzem, na maioria das vezes, em pedidos de ajuda dos próprios envolvidos, à vista da incapacidade de administrar os sentimentos de insegurança e medo, e a necessidade de se definir uma nova estabilidade num contexto novo e, até então, incerto.

Diante desta motivação, surgiu no TJMS a "Oficina de Parentalidade" como um instrumento útil para auxiliar os casais na pacificação dessas relações, abordando de forma clara temas do cotidiano e, por conseguinte, possibilitando mudanças estruturais no modo de perceber e organizar as relações humanas a partir de um conflito, além de trabalhar a questão de responsabilidade dentro da estrutura familiar e com os filhos, diminuindo a probabilidade de violência doméstica ou interações contraproducentes.

À vista da Recomendação do CNJ e percebendo o conflito numa perspectiva positiva dentro de uma concepção de que – por trás das demandas judiciais de natureza familiar, existem interesses subjacentes muitas vezes não conscientes pelas partes envolvidas no processo -, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul , através de seu NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos), no ano de 2018, desenvolveu o programa educacional interdisciplinar para casais em fase de rupturas de relacionamento e aos seus filhos com idades entre 06 a 17 anos denominado de "Oficina de Parentalidade."

O programa apresenta-se de forma preventiva e pedagógica, apoiado na literatura multidisciplinar sobre os efeitos do divórcio e na importância dos pais e demais membros da família de buscarem maneiras saudáveis para lidar com o término do relacionamento conjugal.

A oficina possui um conteúdo programático com carga horária de 05h00, desenvolvidas no período vespertino, na sede do CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) na comarca de Campo Grande/MS, através de profissionais habilitados que se utilizam de metodologia expositiva e participativa, auxiliando, a princípio, casais que buscam à Justiça para a solução de suas lides, transformando-os em protagonistas da solução de seus próprios conflitos, para que deste modo assumam a responsabilidade por suas vidas e pela vida de seus filhos menores.

12 Art. 1º Recomendar aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, por meio de seus Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que: I – adotem oficinas de parentalidade como política pública na resolução e prevenção de conflitos familiares nos termos dos vídeos e das apresentações disponibilizados no portal da Conciliação do CNJ. (BRASIL, 2014).

Neste contexto, os CEJUSCs convidam os casais que estão enfrentando conflitos familiares relacionados à ruptura do vínculo conjugal (divórcio, dissolução da união estável, guarda, regulamentação de visitas, etc.), a participarem da Oficina de Parentalidade, antes mesmo de ingressarem com demandas judiciais nas Varas de Família da Comarca de Campo Grande/MS, de modo que possam criar uma relação parental efetiva e saudável com os filhos.

Neste momento são realizadas orientações e marcadas sessões de mediação pré-processual anterior ao nascimento de um processo judicial. Os conflitos são resolvidos de modo menos formal, gratuito, sem a obrigatoriedade da presença de um advogado ou defensor público priorizando não só o acesso à justiça de maneira eficaz mas de um resultado jurídico justo.

Durante a oficina várias questões são abordadas, como por exemplo: ciclo de vida familiar, divórcio, como lidar com os próprios sentimentos e dos filhos, a comunicação com o pai ou com a mãe, prejuízos causados pelo envolvimento dos filhos nas questões referentes à ruptura, o que fazer com as diferenças, comunicação não violenta, guarda compartilhada, alienação parental, vantagens e como funciona a mediação, danos emocionais decorrentes do processo judicial, entre outros aspectos.

A finalidade desta dinâmica consiste em levar os casais à percepção de que a ruptura de uma relação conjugal não significa o fim da família, mas que esta passará a ter outro formato com novos ajustes definidos a partir de suas escolhas.

Neste contexto o mais importante no caso de casais com filhos é a consciência de que o vínculo permanecerá para sempre, e que será necessário manter o diálogo entre o casal para que todas as decisões tomadas em relação aos filhos sejam compartilhadas.

Ao final da oficina, o que se observa entre os participantes é a satisfação pela oportunidade de refletir sobre o que realmente está por trás de seus conflitos e entender quais as reais questões, interesses e sentimentos que os levaram a procurar o Judiciário, com um olhar para o que é essencial, buscando construir uma solução que seja a mais adequada para a família resguardando os interesses dos filhos diante deste conflito.

Em seguida, os pais são encaminhados para a sessão de mediação pré-processual que é conduzida por um mediador judicial do TJMS, com duração de 01h30 minutos podendo ser realizada mais de uma sessão.

Quando as questões familiares trabalhadas nas sessões cominar em acordo entre as partes, este será homologado pelo juiz coordenador da mediação com a oitiva do Mistério Público nos casos em que envolver interesses de filhos menores. Caso não cheguem a um consenso, o procedimento será arquivado e informado aos participantes que deverão constituir advogado ou defensor público para propor ação judicial na Vara da Família.

Nota-se nas sessões de mediação pré-processual realizadas no CEJUSCs/Campo Grande/MS que pais participantes da Oficina de Parentalidade apresentam maior disponibilidade para o diálogo e maior autonomia para trabalharem juntos questões emocionais e de interesses pessoais relacionados com a ruptura do vínculo conjugal.

Além do mais, os participantes valorizam a manutenção do relacionamento baseado no respeito, separando os papéis de pai e de mãe com a nova configuração conjugal, restabelecendo o vínculo parental nesta fase de transição em benefício dos filhos.

De outro lado, quando o casal não passa pela Oficina de Parentalidade, uma vez que não é requisito obrigatório para a realização da sessão de mediação pré-processual, encontra grandes dificuldades para lidar com estas questões conduzindo o conflito a efeitos danosos e acarretando prejuízos psicológicos na relação com seus filhos.

Portanto, a reestruturação da nova prestação jurisdicional está em construção com vistas a atender as necessidades de uma sociedade complexa, principalmente nas relações familiares.

Reconhece-se nos meios autocompositivos implementados pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, nos conflitos familiares pré-processual, a responsabilidade em proporcionar aos sujeitos conflitantes um ambiente onde há opções de tratamento, de reflexões e resolução de conflitos, respeitando as diferenças e buscando, assim, a concretização de uma justiça mais célere, mais econômica, menos burocrática e efetiva na realização da harmonização familiar.

Contudo, é importante ressalvar que estes mecanismos de solução de conflito não substituem o processo jurídico, mas com eles são complementares, dispondo do acesso à justiça de forma mais democrática e igualitária.

6. CONCLUSÃO

Numa perspectiva positiva do conflito, o TJMS tem contribuído para consolidar através de práticas participativas – oficina de parentalidade e sessão de mediação – desenvolvidas nos seus CEJUSCS, uma justiça mais humanizada com relação aos problemas familiares e comprometida com a preservação e a restauração destes vínculos.

Através do procedimento pré-processual implementado, os conflitos são revelados em histórias de vida carregadas de sentimentos, opiniões, ideias e experiências, cabendo ao Judiciário a tarefa de criar um ambiente oportunizando a reflexão, onde os próprios envolvidos no conflito busquem caminhos, se colocando no lugar do outro, quando, então, percebe-se como pessoas portadoras de direitos iguais e acima de tudo, que possuem diferenças que precisam ser respeitas e valorizadas.

Diante da aplicação das práticas consensuais descritas vê-se a transformação do conflito nas relações familiares, com o restabelecimento da comunicação e rompimento dos obstáculos, permitindo que opções e interesses sejam discutidos, obtendo-se, ao final a melhor solução.

Muitas vezes a atuação do Judiciário é que possibilita a compreensão do verdadeiro conflito, quando um pedido de divórcio se revela num desejo de uma esposa de ter a atenção do marido; uma disputa de guarda que reflete no pedido do genitor o reconhecimento, por parte da mãe da criança, de ser aquele um bom pai; um pedido de regularização de visitas que camufla o ressentimento de uma mãe que se sente abandonada pelo pai da criança, ou um pedido de exoneração de alimentos de um pai que, na verdade deseja demonstrar que cumpre com o seu papel independentemente desta obrigação alimentar.

Conclui-se que tanto as oficinas de parentalidade quanto a sessão de mediação pré-processual, ainda que não signifiquem uma solução plena aos problemas familiares, são mecanismos consensuais que têm contribuído positivamente para disseminar a cultura de paz, transformando a visão de que o acesso ao Judiciário representa sempre uma demanda infinita e sem solução pacificadora.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília. 2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei de Mediação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BRASIL. Portal da conciliação e mediação. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/ Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 50, de 29 de novembro de 2014. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_50_25032008_11102012184812.pdf. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo**: Justiça Pesquisa. Mediação e conciliação avaliadas empiricamente. USP/CNJ, Brasília, 2019.

BRASIL. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/d0da6f63aa19de6908bd154f59254b93.pdf Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BRASIL. Conciliar e Mediar – Caminhos mais Simples e Eficientes. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/conciliacao/apresentacao.php. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Thaise; RIBAS, Lídia Maria. **Inovação na jurisdição Estatal**: de contenciosa para uma Jurisdição Singular, compartilhada, Efetiva, Democrática e Emancipatória. CONPEDI LAW REVIEW, v. 3, p. 190/215, 2017.

COSTA, Thaise. A Mediação de Conflitos o Novo Ambiente para a Jurisdição: A Eco-Jurisdição Compartilhada. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 4, p. 1/12, 2018.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução Raquel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

MARTINS. Camila Carolina Mafra. Paz e Equilíbrio nas Relações Familiares: Das Oficinas Sistêmicas e de Parentalidade às Audiências de Conciliação e Sessões de Mediação – Primeiras Impressões. **Revista da ESMESC**: Florianópolis, v. 25, n. 31, p. 265/288, 2018. Disponível em: https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/192 Acesso: 14 de nov. de 2019.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PÉRES, Quitéria Tamanini Vieira. **Vamos Conciliar?** elementos para o aprimoramento da desafiadora tarefa de intermediar a pacificação de conflitos. Florianópolis: Habitus, 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico**: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2. ed. Universidade FEEVALE: Novo Hamburgo, 2013. Formato: *E-book*.

SERPA, Maria de Nazareth. **Anais do Congresso I Congresso Brasileiro de Direito de Família**: mediação e as novas técnicas de dirimir conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

URY, William. **Getting to Yes with Yourself**: and other worthy opponents. Formato: *E-book*.

Jurisprudência Cível



4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Apelação Cível nº 0802215-71.2012.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOAÇÃO DE LOTES PÚBLICOS POR TERCEIRA PESSOA SEM ANUÊNCIA TÁCITA DO PREFEITO QUE AFASTA O DOLO DO ATO DE IMPROBIDADE – AFASTADO – RECURSO IMPROVIDO COM O PARECER.

Não é o que ordinariamente acontece pelo art. 375 do CPC, que o prefeito não tenha tomado conhecimento e não tenha desejado o ato de doação irregular de lotes públicos, que se está declarando como de improbidade nesta ação, pois não faz parte do senso comum do art. 8º do CPC, que não se tome medida contra o engenheiro da prefeitura que elaborou a planta do loteamento irregular, não tome medida contra os funcionários da prefeitura que mediram e demarcaram a área e que utilizaram o trator da prefeitura para limpeza do local, que não se tome medida sobre papeis timbrados da prefeitura de doação dos lotes, que não se tome medida sobre terceira pessoa que está doando lote em seu nome e que é seu aliado político, que não se tome medidas se o próprio detentor da área que estava sendo doada lhe procura pessoalmente relatando-lhe estes fatos.

Fatos estes que firma convicção do art. 371 do CPC, em dolo direto no ato improbidade por parte do prefeito, ainda que de ato praticado e confessado por terceiro e, na pior, das hipóteses, de dolo eventual; sem se descurar, também, que a omissão intencional é fato gerador do inciso II do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA.

Recurso improvido e 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 maioria e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º ogais, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação cível interposto por Fauzi Muhamad Abdul Hamid Suleiman em face da sentença de f. 329-339, que acolheu parcialmente os pedidos contidos na ação civil pública para reconhecer ato de improbidade e com aplicação da pena de suspensão de direitos políticos pelo prazo de três anos, proibição de contratar com o poder público ou receber beneficios pelo prazo de três anos.

Fauzi Muhamad Abdul Hamid Suleiman suscita no recurso de apelação de f. 347-355, em apertada síntese: provimento para que seja julgado improcedente o pedido de condenação em atos de improbidade administrativa, por não incidência do fato constante na causa de pedir da ação civil público no art. 11, da Lei Federal nº 8.429-92.

A parte recorrida, bem como, a Procuradoria Geral de Justiça, devidamente intimados (f. 366 e f. 380), apresentaram contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 366 e f. 381).

VOTO (23/07/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposto por Fauzi Muhamad Abdul Hamid Suleiman em face da sentença de f. 329-339, que acolheu parcialmente os pedidos contidos na ação civil pública para reconhecer ato de improbidade e com aplicação da pena de suspensão de direitos políticos pelo prazo de três anos, proibição de contratar com o poder público ou receber beneficios pelo prazo de três anos.

Suscita no recurso de apelação de f. 347-355, em apertada síntese, provimento para que seja julgado improcedente o pedido de condenação em atos de improbidade administrativa, por não incidência do fato constante na causa de pedir da ação civil pública no art. 11, da Lei Federal nº 8.429/92.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere dos autos é que ocorreu doações irregulares de diversos lotes de terreno públicos localizados no Distrito de Cipolândia (sem autorização legislativa e sem a observância das exigências formais do Decreto-Lei nº 58/37 e pela Lei nº 6.766/79), em período em que Fauzi Muhamad Abdul Hamid Suleiman ocupava o cargo de Prefeito Municipal de Aquidauana.

Que estas doações foram feitas por Pedro Antonio Medina, aliado político do recorrente e que na época era candidato a vereador e com posterior desistência de sua candidatura. A tese de defesa do recorrente e que é renovada neste recurso de apelação, é que não restou comprovado o elemento subjetivo na espécie, ao argumento de que não há provas nos autos que corroborem a tese de que teria anuído tacitamente com o loteamento irregular.

Tenho que a sentença deve ser mantida.

Explica-se.

É certo que se mostra incontroverso nos autos que a doação irregular de lotes públicos foi feita por Pedro Antonio Medina, contudo, o fato de terceiro não indica, por si só, a irresponsabilidade do chefe de executivo.

Certo que ninguém está sujeito ao impossível e não menos certo que se exija que o chefe do executivo "tudo veja e tudo saiba" sobre atos de sua gestão, vez que não se trata de administração de microempresa ou de empresa de pequeno porte, mas sim, de pessoa jurídica de direito público interno, importante cidade do Estado.

Contudo, neste caso há vários elementos no caderno probatório que apontam que o chefe do executivo "*de tudo teve visão sobre este caso ilegal*" e nenhuma providencia e sequer iniciativa foi tomada para tutelar o patrimônio público que a ele foi outorgado, desde a sua diplomação.

Primeiro, pelo depoimento de Pedro Antonio Medina Morinigo (f. 32/33), o qual fora contratado pelo recorrente para prestar temporariamente serviços em benefício da Administração Municipal, como demonstra o Contrato por Prazo Determinado de f. 97-99, que afirma:

> *"(...) a prefeitura resolveu fazer um loteamento para ir acomodando essas pessoas (...) Que foram os engenheiros da prefeitura que fizeram locação da área, bem como, que o depoente representa o prefeito do distrito e, vendo a situação das pessoas, fez o possível para ajuda-las, seja cadastrando os interessados; seja levando o problema ao conhecimento*

> *do Poder Executivo (f. 32), afirmando, categoricamente, que agiu a mando do Prefeito Municipal".*

Segundo, o Sr. Ranulfo Franco, que tinha a detenção do imóvel público quando do loteamento foi claro e preciso em seu depoimento de f. 64/65 foi até a prefeitura e conversou pessoalmente com o prefeito sobre o caso:

> *"(...) Que diante da ameaça de invasão por parte de Pedro Medina o depoente veio até a Prefeitura de Aquidauana para conversar com o prefeito. Que o depoente conversou com o prefeito, sendo que o prefeito confirmou a intenção de lotear o terreno que o depoente tinha posse. Que o depoente indagou se a prefeitura ia indenizar o depoente das benfeitorias que levantou no imóvel, sendo que o prefeito disse que isso não seria possível, pois a área pertence ao Município de Aquidauana. (...) Que logo depois dessa conversa que o depoente teve com o prefeito a área foi invadida pelo senhor Pedro Medina, acompanhado de mais pessoas, inclusive de policiais locais. Que depois disso engenheiros da prefeitura estiveram no local, mediaram a área e a dividiram em lotes".*

Anoto ainda que o Dr. Marcello Augusto F. S. Portocarrero, então Procurador Geral do Município, já informava que a Administração Municipal tinha conhecimento do anseio da população em abrir um loteamento no distrito e que "*a Municipalidade foi procurada para efetivar um loteamento na região*", como se vê do ofício de f. 70-71.

Portanto, Pedro Medina foi quem tomou todas as providências para a implantação do citado loteamento, desde a confecção da lista dos pretendentes até a entrega dos lotes. Ele não nega esse fato na sua contestação (f. 184-191) e no seu depoimento (f. 284); ele era contratado pela prefeitura, conforme documento de f. 97-100 e parte dos trabalhos feitos por Pedro Medina o foi em papel timbrado da prefeitura (f. 140-175).

A planta do loteamento foi feita por engenheiro da prefeitura, a pedido de Pedro Medina (depoimento de Pedro Medina fl. 284), bem como, a invasão do lote, que estava na posse de Ranulfo Franco, foi realizada com ajuda de funcionários da prefeitura; a área foi medida e demarcada por engenheiros e funcionários da prefeitura (depoimento de Moacir Pereira de Melo f. 12-14 c/c f. 284 e Pedro Antônio Medina Morinigo fl. 284).

Ora, não é o que ordinariamente acontece pelo art. 375 do CPC, que diante de todos estes fatos, o prefeito não tenha tomado conhecimento e não tenha desejado o ato, que se está declarando como de improbidade nesta ação, pois não faz parte do senso comum do art. 8º do CPC, que não se tome medida contra o engenheiro da prefeitura que elaborou a planta do loteamento irregular, não tome medida contra os funcionários da prefeitura que mediram e demarcaram a área e que utilizaram o trator da prefeitura para limpeza do local, que não se tome medida sobre papeis timbrados da prefeitura de doação dos lotes, que não se tome medida sobre terceira pessoa que está doando lote em seu nome e que é seu aliado político, que não se tome medidas se o próprio detentor da área que estava sendo doada lhe procura pessoalmente relatando-lhe estes fatos.

Não tenho dúvidas em firmar convicção do art. 371 do CPC, que o requerente sabia, quis, desejou e deu auxílio no ato de improbidade em fragrante conduta de dolo direto.

Ainda que de dolo direto não se tratasse, se nesta ação por ato de improbidade aplica-se pena (política e administrativa e cível – art. 12 da Lei n. 8.429/92) então, com aplicação analógica da teoria do crime e, portanto, com incidência do art. 29 do Código Penal, ao dispor que:

> *"Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".*

Nesta esteira é brilhante o voto proferido no STJ, pelo Ministro César Asfor Rocha, seguido pelos Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, todos do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do HC 22432:

> *"A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania.*
>
> *A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.*
>
> *De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório)".*

Igualmente, no REsp n. 721190/CE sendo relator, o Ministro Luiz Fux:

> *"É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais".*

Com base nesta teoria do crime, o apelante foi conivente com o ato de improbidade, presente se faz o dolo eventual[1], por assumir o risco de responder pelas penas de improbidade, nos termos do art. 29 do Código Penal.

E ainda que não se fale em dolo direto ou do dolo eventual, aqui se aplica a teoria da encampação do ato ilegal qualificado com de improbidade e, na pior das hipóteses, sua omissão[2] importa em aceitação do ato e se aceitou, então, integra a causa de pedir de atos de improbidade e, portanto, com responsabilidade por seu ato, nos termos das penas do art. 12 da Lei n. 8.249 – LIA.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por Fauzi Muhamad Abdul Hamid Suleiman, para manter a sentença em seus exatos termos.

Sem sucumbência recursal do art. 85, § 11 do CPC.

Conclusão de julgamento adiada para 06-08-19, em face do pedido de vista do Des. Vladimir, após o relator negar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (06/08/2019)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fauzi Muhamad Abdul Hamid Suleiman em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, MS, que julgou parcialmente

1 "A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico. Precedentes (STJ - REsp: 1383649 SE 2013/0142573-4, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 05/09/2013, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 17/09/2013)".

2 "A improbidade, portanto, cometida com base no art. 11, pode não provocar lesão patrimonial às pessoas mencionadas no art. 1 º nem permitir o enriquecimento indevido de agentes e terceiros. É o caso em que o agente retarda a prática de ato de ofício - art. 11, II (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : JusPodivm, 2014. p. 571)".

procedentes os pedidos formulados na inicial da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público para:

> *"(...) a) decretar a suspensão dos direitos políticos dos requeridos Fauzi Muhamad Abdul Hamid Sumeiman e Pedro Antonio Medina Morinigo, pelo prazo de 03 (três) anos; b) declarar a proibição em contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 03 (três) três anos".*

Conforme relatório emitido nos autos, a apelante pugna pelo provimento do recurso para que seja julgado improcedente o pedido de condenação em atos de improbidade administrativa, por não incidência do fato constante na causa de pedir da ação civil público no art. 11, da Lei Federal nº 8.429/92.

O apelante sustenta que não restou comprovada a má-fé ou o dolo e que o Distrito é carente, sendo que a finalidade atendeu ao interesse público. Afirma que tentou, como prefeito, regularizar a situação do Distrito de Cipolândia que figurava no registro de imóveis da Comarca de Aquidauana como sendo de propriedade particular.

Pondera que não houve ato ímprobo, sob a alegação de que não lhe cabia a nomeação dos aprovados em concurso público e que os contratos dos professores temporários com o Município de Dourados não a tiveram como contratante, não se enquadrando assim, na hipótese de improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei nº. 8.429/92.

Aduz que:

> *"(...) não merece prosperar a argumentação constante na sentença de que o ex-prefeito e ora recorrente tenha agido com omissão, anuindo tacitamente com o loteamento irregular no referido Distrito, sobretudo, em virtude de que um dos objetivos do próprio Ministério Público não era a retirada dos donatários da posse dos terrenos, mas, sim, a regularização do loteamento denominado Vida Nova."*

Em sessão ordinária da 4ª Câmara Cível, realizada em 23/07/2019, o i. Relator (Des. Alexandre de Aguiar Bastos) negou provimento ao recurso.

Versam os autos sobre ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, por ato de Improbidade Administrativa, em face de Fauzi Muhamad Abdul Hamid Sumeiman, Pedro Antonio Medina Morinigo e do Município de Aquidauana por suposta prática de ato de improbidade administrativa, conforme regulamenta a Lei Federal nº 8.429/92.

Consta na inicial que, por meio de representação feita por Moacir Pereira de Melo, a Promotoria de Justiça da Defesa do Patrimônio Público e Social desta Comarca tomou conhecimento que a prefeitura de Aquidauana, no final do ano de 2011, teria realizado, com finalidade eleitoral, doações irregulares de diversos lotes de terreno localizados no distrito de Cipolândia.

Segundo o representante do *Parquet*, no Inquérito Civil nº 005/2012 instaurado em razão da notícia acima citada, apurou-se que as doações teriam sido intermediadas por Pedro Antonio Medina Morinigo, que agiu na qualidade de representante do Sr. Fauzi Muhamad Abdul Hamid Suleiman, então prefeito municipal.

Constatou-se, ainda, que a área, até então ocupada pelo Sr. Ranulfo Franco, teria sido invadida por Pedro Medina, que contou com apoio de equipamentos e pessoal da prefeitura Municipal e com a ajuda da Polícia Militar. Conforme relatado, o loteamento estaria irregular, em discrepância com as exigências trazidas pelo Decreto-Lei nº 58/37 e pela Lei n. 6.766/79, porquanto não traria delimitação de espaços destinados a sistema de circulação, não teria aprovação e registro no Cartório de Registro de Imóveis, bem como, não teria sido precedido de autorização legislativa para a respectiva doação.

Pleiteou a procedência dos pedidos iniciais para:

> *"1. reconhecer a ilegalidade do denominado "Loteamento Vida Nova"; 2. suspender a eficácia das doações feitas até o momento, em vista das apontadas irregularidades; 3. confirmando a liminar concedida, determinar ao primeiro requerido que se abstenha definitivamente de promover doações ou mesmo transferência dos lotes restantes, até que o empreendimento seja totalmente regularizado; 4. determinar ao primeiro e terceiro requeridos que tomem todas as providências que forem necessárias para adequar o denominado "Loteamento Vida Nova" às exigências legais, concedendo para tanto o prazo mínimo de 6 (seis) meses para a sua conclusão, podendo o mesmo ser prorrogado em caso plenamente justificado, sob pena de pagamento de multa diária a ser imposta ao primeiro requerido; 5. reconhecer como improbas as condutas praticadas pelos dois primeiros requeridos; 6. condená-los nas sanções previstas no art. 12, inciso II, da Lei 8.429/92 ou, subsidiariamente, nas sanções mencionadas no inciso III do mesmo artigo, no caso de entender que as suas condutas se subsumem mais perfeitamente na figura prevista no art. 11 da mesma lei, como antes mencionado".*

Pois bem. Como se sabe, a Lei n. 8.429/92 não apresentou um conceito específico para a improbidade administrativa, limitando-se a distinguir as espécies de atos de improbidade em três categorias distintas, conforme os resultados provocados para a Administração, a saber: atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), que causam prejuízos ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração (artigo 11).

Alguns autores, tais como, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3], Emerson Garcia e Rogério Pacheco, entendem que probidade, como princípio regente dos atos da administração, é um conceito mais amplo que o de moralidade, pois submete os atos administrativos à observância de todo o ordenamento jurídico, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade.

A questão controvertida reside em aferir se o apelante Fauzi Muhamad Abdul Hamid realizou (autorizou ou anuiu), com finalidade eleitoral, doações irregulares de diversos lotes de terreno localizados no distrito de Cipolândia.

Deveras, as testemunhas ouvidas relatam fatos apenas de "ouvir dizer". Aliás, as informações um pouco mais precisas dizem respeito ao réu Pedro Medina, cujo pedido foi julgado improcedente não tendo sido interposto recurso com relação a ele.

Aliás, conforme constou da própria sentença e se pode aferir dos autos,

> *"(...) não ficou demonstrado cabalmente que o ex-prefeito municipal, Sr. Fauzi Muhamad Abdul Hamid Sumeiman, tenha determinado a realização do loteamento descrito na inicial. Isto porque, a própria testemunha que representou ao Ministério Público - Sr. Moacir Pereira - ao ser ouvido em juízo, afirmou não saber se o ex-prefeito tinha ou não prévio conhecimento do loteamento, relatando apenas que o requerido Pedro Medina agia como mandatário prefeito local".*

Por sua vez, o argumento de que o Sr. Fauzi teve conhecimento da irregularidade e nada fez para impedir a consolidação do esbulho possessório também não encontra amparo no caderno probatório. Ademais, importante ressaltar que a comunidade do distrito é extremamente carente, sendo que a finalidade, ao menos de forma apriorístico, atendeu aos anseios e necessidade da sociedade local.

Com efeito, não se vislumbra má-fé, dolo ou culpa nos atos impugnados, tampouco qualquer dano ao Erário restou comprovado, e sequer alegado, tampouco algum benefício aos réus ou privilégio a terceiros (com finalidade eleitoral) foi demonstrado.

Por conseguinte, à míngua de qualquer comprovação de conduta dolosa a ser imputada ao requerido, com o efetivo propósito de lesar os princípios que regem a Administração Pública, a não-tipificação do ato ímprobo é de rigor.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Importante registrar a lição de Hely Lopes Meireles[4] no sentido de que *"nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhoado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima."*

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposo.

A propósito, os julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

> *"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Faixas de agradecimento, em nome pessoal do prefeito e do presidente da Câmara Municipal, ao governador José Serra e aos deputados Sidney geraldo e Calino Cardoso, pela doação e apoio para a aquisição de veículos pelo Município, fixadas nos próprios. Alegação de ofensa ao princípio da impessoalidade.* ***Artigo 11 da Lei nº 8429/1992. Exigência de conduta dolosa, não apenas irregular.*** *Não configurado objetivo de promoção pessoal dos réus, nem ofensa ao artigo 37, § 1º, da Constituição Federal. Inexistente hipótese de improbidade administrativa. Recursos providos para julgar improcedente a demanda."* (TJSP; Apelação Cível 0000617-33.2011.8.26.0144; Relator (a): Edson Ferreira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Conchal - Vara Única). Grifou-se

> *"AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI 8.429/92, ART. 11. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA. 1.* ***A improbidade administrativa, consubstanciada nas condutas previstas no artigo 11 da Lei 8.429/92, impõe "necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa****" (Resp 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 24.05.2004). 2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre que a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92). (...) (Resp 939.142/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2007, DJe 10/04/2008). 1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10) 2. Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei 8.429/92), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são. 3.* ***O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa****; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa). (...) 7. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa."* (AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma). Grifou-se.

Feitas tais considerações, deve-se concluir que a conduta da ré não configura ato de improbidade administrativa capaz de ensejar a aplicação das penalidades da Lei n. 8.429/92.

4 In "Mandado de Segurança", 26. ed., p. 210/211.

Por fim, mas não menos importante, imperioso acrescentar também que não basta invocar o artigo 11 da Lei 8.429/92 para afirmar que o agente público cometeu ato de improbidade administrativa, conferindo elasticidade desmedida à interpretação de certos conceitos. É preciso ter cautela, pois, porquanto as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa possuem grave densidade punitiva, a recordar que a proporcionalidade e a razoabilidade também são princípios de suma importância que não só podem (como devem) ser levados em consideração.

Ante o exposto, contra o parecer, divirjo do i. Relator, a fim de conhecer do recurso de apelação interposto e dar-lhe provimento para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Deixo de condenar o autor/apelado ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, porquanto incabíveis na espécie, conforme artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 20/08/2019 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator negar e o 2º vogal dar provimento ao recurso.

VOTO (20/08/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de reexame do elenco probatório constante dos autos, sob o qual recai o debate da caracterização ou não do ato de improbidade administrativa que se atribui ao apelante.

Conforme consta do relatório, atribuiu-se ao requerido, ora apelante, a pratica de ato de improbidade administrativa quando do exercício do cargo de Prefeito do Município de Aquidauana, consistente na realização de doações irregulares de diversos lotes de terreno localizados no distrito de Cipolândia, com finalidade eleitoral, no final do ano de 2011.

O juízo da causa reconheceu, a partir dos elementos constantes dos autos, a improbidade administrativa atribuída ao requerido, ora apelante. No mesmo sentido, o voto da lavra do ilustre Relator, Des. Alexandre Bastos. O ilustre 1º Vogal, Des. Vladimir Abreu da Silva, entendeu não estar suficientemente caracterizada a improbidade administrativa, motivo pelo qual acolheu a pretensão recursal e reformou a sentença, julgando improcedente o pleito inicial.

Bem examinados os autos, entendo que a lide merece solução diversa daquela adotada pelo juízo da causa, motivo pelo qual alinho-me ao entendimento sufragado pela divergência.

A doutrina administrativista destaca três deveres do administrador público, consectário lógico e inerente ao exercício e investidura no *munus publico*: 1) dever de eficiência, 2) dever de probidade e 3) dever de prestar contas. O dever de probidade, segundo Hely Lopes Meirelles, *"está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos"* (Direito Administrativo Brasileiro, 32ª ed., Malheiros, 2006, p. 108). Tamanha a sua importância que o legislador conferiu diversos instrumentos jurídicos para a prevenção e repressão dos atos de improbidade, como a ação civil pública (Lei 8.429/92), a ação popular (4.717/65) e outras medidas previstas no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/90), além de previsões esparsas.

Essa enorme preocupação do legislador e da sociedade com a probidade dos administradores públicos muitas vezes não é compartilhada pelas autoridades legitimadas a coibir condutas desse jaez, que em reiteradas decisões chegam a consignar ser prática comum no ofício executivo, deixando, por essa razão, impunes os ofensores, num claro desestímulo à honestidade e retidão que se espera do homem médio, e inarredável ao homem público, exemplo de liderança e confiança na condução dos interesses da coletividade e no exercício do seu mandato ou função.

Noutro vértice, a incompetência, despreparo, simples ilegalidade, erros de gestão ou mesmo jurídicos no trato com a coisa pública não caracterizam improbidade administrativa. Em outras palavras, a lei de improbidade administrativa sanciona o administrador desonesto, não o incompetente.

Nesse sentido, relevantes as lições de Marino Pazzagline Filho:

> *"Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Para tipifica-lo como tal é necessário que ele tenha origem em comportamento desonesto, denotativo de má-fé, de falta de probidade do agente público. (...) Assim, os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa."* (Lei de improbidade administrativa comentada. 3. ed. Atlas, 2007. p. 113)

Bem por isso, sedimentou-se no âmbito da doutrina jurisprudência a necessidade de comprovação do dolo na prática dos atos de improbidade administrativa como requisito para a imposição das sanções legais, como regra geral. Isso porque, como dito, o administrador ímprobo é o desonesto e não o incapaz.

Confira, a título de ilustração, ementário da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI 8.429/92 – AUSÊNCIA DE DOLO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa. 2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade. 3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611)."De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006) 4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 5. Recurso especial provido."* (REsp 734.984/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008)

Ainda,

> *"ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – LEI 9.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA. 1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, caput, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei. 2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposo (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta*

> *dolosa. 3. Recurso especial provido."* (REsp 604.151/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006)

De acordo com Alexandre de Morais,

> *"A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquandra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direito políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista na lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei n. 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público".* (Direito constitucional. 24. ed. Atlas, 2009. p. 327).

Hely Lopes Meirelles, a respeito da matéria aduz que:

> *"A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.* ***A lei para o particular, significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim"****.* (Direito administrativo brasileiro. 16. ed. RT, 1991. p.78) destaquei

Assentadas essas premissas, entendo que os fatos narrados na inicial e sobejamente demonstrados nos autos, em grande parte incontroversos, não denotam infringência ao dever de probidade pelo agente público ou violação aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, afastando-se a caracterização da improbidade administrativa, nos termos do art. 10 da LIA.

Isso porque, em linhas bastante resumidas, a doação de lotes a famílias de baixa renda não significa, por si só, ato de improbidade. Isto porque a comunidade local, beneficiária, extremamente carente, foi objeto de prévio cadastramento, de modo a atender, ainda que indiretamente, o interesse público sem se olvidar do princípio da isonomia. A bem da verdade, esses aspectos sequer são discutidos na lide, apontando o autor apenas a necessidade de se adequar o loteamento Vida Nova às exigências legais, posto que "*mal elaborado ou formalizado, ou irregular*".

Narra o autor, por outro lado, que as doações ocorreram com finalidade eleitoral, o que caracterizaria improbidade. Contudo, os elementos de convicção a respeito do tema são bastante frágeis, inexistindo indícios relevantes e justificadores da atuação, não indo além de mera especulação, diante da data dos fatos (final do ano de 2011, ano anterior às eleições municipais).

Dessarte, entendo que a sentença merece reforma, na forma apontada pelo ilustre Vogal, Des. Vladimir Abreu da Silva, posto não extrair da narrativa inicial e dos elementos de convicção constante dos autos improbidade administrativa.

Diante do exposto, não tenho dúvidas em acompanhar a divergência, para conhecer e prover o recurso.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos dos votos do 2º e 1º vogais, vencido o relator, que lhe negava provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (05/11/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (3º vogal)

O apelo de Fauzi M. A. H. Suleiman retoma seu julgamento em razão da técnica do art. 942, CPC, por ter o relator negado provimento ao recurso, enquanto que o 1º e o 2º vogal deram-lhe provimento.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o apelante e contra Pedro Antonio Medina Morinigo pela prática de ato de improbidade, qual seja, doações irregulares de diversos lotes de terreno no Distrito de Cipolândia.

Após analisar as peças dos autos convenci-me, assim como o d. relator, Des. Alexandre Bastos, que a sentença não merece reparos.

Não há dúvida que o ente público pode dinamizar moradia a população de baixa renda. Porém, para que assim proceda é indispensável a adoção de medidas administrativas prévias, devidamente motivadas, empreendendo a finalidade e o interesse público.

O pressuposto inicial é que o bem seja público e que haja autorização específica do legislativo, a regulamentação física do loteamento, realização de obras de infraestrutura e os requisitos para contemplar o cidadão, além dos encargos que serão atribuídos aos donatários.

É assente na jurisprudência que não pode existir doação de imóveis públicos sem previsão de encargos de interesse público a serem cumpridos pelo donatário em determinado espaço de tempo previamente estabelecido na legislação, sob pena de reversão do bem ao poder público.

A alienação de bem público por meio de doação a particular não é admissível sem que seja satisfeita determinadas condições, dentre elas a desafetação, se for o caso, porém, como ressaltado, desde que haja autorização legislativa e o reconhecimento do interesse público. Na administração pública não é admissível fazer o que se quer, faz-se apenas o que é autorizado em lei.

A disposição de patrimônio público tal como procedeu o apelante implica em violação ao dever de conservação (art. 23, I, CF), princípios da indisponibilidade e da supremacia, configurando, assim, ato de improbidade, que melhor se aproximaria do inciso II do art. 10 da LIA, o que, no entanto, não compromete o resultado do julgamento.

Posto isso, acompanho o voto do relator; conheço do recurso e, com o parecer, nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Apelação Cível nº 0803018-40.2015.8.12.0008 - Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE POR CONSCIÊNCIA NA CUMULAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO COM INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS – ACOLHIDO – RECURSO PARCIAL – PROVIDO COM O PARECER.

Por ato confessado pela própria requerida, a conduta culposa e negligente de sua superior hierárquica que causou dano ao erário público por pagamento de vencimento sem a contraprestação (por permitir cumulação de trabalho com incompatibilidade de horários), à requerida também se aplica (como se nos termos do art. 29 do Código Penal) a incidência no tipo de ato de improbidade do art. 10 da LIA por "participação". E elemento volitivo este, que é suficiente para incidência em ato de improbidade por dano ao erário (art. 10 da LIA).

A declaração falsa de que não exercia outro emprego público como forma de enganar, ocultar a realidade, o que revela dolo direto de possibilitar a contratação como enfermeira em dois lugares diferentes (Marinha do Brasil e Município de Corumbá) no matutino é conduta potencializada de deslealdade, de descompromisso com o interesse público envolvido e em sentido diametralmente oposto à eficiência na prestação do serviço da coletividade (*caput* do art. 37 da CF/88), mormente em se tratando de saúde pública. Fato este que revela que não há uma mera ilegalidade (art. 37, XVI, "c" da CF/88), mas sim, a ilegalidade qualificada como ato de improbidade administrativa (art. 10 e art. 11 do CPC).

É fato reconhecido neste feito, a escassez de mão de obra de enfermeiros e médicos na saúde pública em comparação à demanda. E, este fato não pode ser deixado de ser levado em consideração como "consequência prática da decisão" do art. 20 e art. 21 da LINDB, de forma a reconhecer o ato de improbidade, contudo, no capítulo da dosimetria da pena, afastar a aplicação da vedação de contratação com o poder público, vez que esta decisão acabaria em potencializar essa escassez. Não se está a atenuar a gravidade da conduta, mas sim, juízo de ponderação pela relevância do interesse público envolvido, nos termos da decisão justa e efetiva do art. 6 do CPC e da exigência do bem comum do art. 8 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação cível interposto por Ministério Público Estadual em face da sentença de f. 396-411, que julgou improcedente o pedido de condenação em atos de improbidade contido na ação civil pública proposta pelo apelante.

Ministério Público Estadual suscita no recurso de apelação de f. 425-442, em apertada síntese: provimento para julgar procedente os pedidos contidos na ação civil pública, mais precisamente, que seja reconhecida a prática de atos de improbidade administrativa pela Recorrida que importaram em violação aos artigos 9º, 10, e 11, todos da Lei nº 8.429/92, aplicando-se, via de consequência, as sanções previstas no artigo 12, I, da mesma Lei, notadamente, suspensão dos direitos políticos da requerida pelo prazo de 10 (dez) anos; 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 10 (dez) anos; pagamento de multa civil de 3 (três) vezes o valor da última remuneração percebida no Município de Corumbá; ressarcimento integral do dano causado ao erário de Corumbá, determinando-se a devolução de metade dos valores recebidos a título de salário de Corumbá-MS a partir de 10 dezembro de 2008, equivalente ao meio período em que não trabalhou no município (parte da manhã), que deverá ser revertido em proveito da entidade pública lesada (art. 18 da Lei nº 8.429/92). Subsidiariamente, requer-se a aplicação das sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei 8.429/92.

A parte recorrida, devidamente intimada (f. 451), apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 452/471).

A Procuradoria Geral de Justiça – PGJ ofertou parecer às f. 479-492 pelo provimento do recurso de apelação, consistente em julgar procedente os pedidos contidos na ação civil pública.

VOTO (23/07/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Ministério Público Estadual em face da sentença de f. 396-411, que julgou improcedente o pedido de condenação em atos de improbidade contido na ação civil pública proposta pelo apelante.

Ministério Público Estadual suscita no recurso de apelação de f. 425/442, em apertada síntese:

> *"Provimento para julgar procedente os pedidos contidos na ação civil pública, mais precisamente, que seja reconhecida a prática de atos de improbidade administrativa pela Recorrida que importaram em violação aos artigos 9º, 10, e 11, todos da Lei nº 8.429/92, aplicando-se, via de consequência, as sanções previstas no artigo 12, I, da mesma Lei, notadamente, suspensão dos direitos políticos da requerida pelo prazo de 10 (dez) anos; 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 10 (dez) anos; pagamento de multa civil de 3 (três) vezes o valor da última remuneração percebida no Município de Corumbá; ressarcimento integral do dano causado ao erário de Corumbá, determinando-se a devolução de metade dos valores recebidos a título de salário de Corumbá-MS a partir de 10 dezembro de 2008, equivalente ao meio período em que não trabalhou no município (parte da manhã), que deverá ser revertido em proveito da entidade pública lesada (art. 18 da Lei nº 8.429/92). Subsidiariamente, requer-se a aplicação das sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei 8.429/92".*

É o breve relatório. Passo a decidir.

O que se infere do caso posto à apreciação é que proposta ação civil pública por suposto ato de improbidade administrativa (art. 9°, XI[1] e *caput*[2] do art. 10 e art. 11, I[3], todos da Lei n. 8.429/92) e, tendo como causa de pedir, a acumulação ilegal por incompatibilidade de horários no período matutino de cargos públicos por parte da requerida/recorrida (desde o dia 10/12/2008), de farmacêutica bioquímica no Município de Corumbá-MS e na Marinha do Brasil.

Nesta, o horário de trabalho da requerida era de segunda a sexta-feira, das 06:30 às 12:30 horas, perfazendo um total de 30 horas semanais. Já naquele (Município), seu horário de trabalho de segunda a sexta-feira, das 07:00 às 11:00 horas (1º período) e das 13:00 às 17:00 horas (2º período).

Pelo MP, esta acumulação ilegal configura fraude e gerou prejuízos ao erário, pois a requerida estaria recebendo seu vencimento sem prestar efetivamente o serviço público, bem como, induziu a erro a Administração Pública Municipal ao cometer falsidade quando de sua posse e exercício do cargo, pois teria declarado (f. 198) que não ocupava cargo público, quando na verdade ocupava.

A tese de defesa da requerida/recorrida consiste no pedido de improcedência do pedido, vez que os fatos narrados pelo Ministério Público Estadual constituiriam, quando muito, em mera irregularidade administrativa diante do consentimento de sua superior hierárquica do Município de que cumpriria sua jornada somente no período vespertino, bem como, que não prova do dolo para ato de improbidade.

A tese de defesa foi acolhida na sentença de improcedência e com acréscimo de que fundamento de que as testemunhas ouvidas em juízo afirmaram em juízo existir diversos servidores públicos municipais da área da saúde que realizavam dupla jornada na Marinha do Brasil e no Município de Corumbá, sendo esta uma prática comum entre tais servidores e, por via de consequência, não há dolo quanto à incompatibilidade de horários.

Alega ainda que foi a conduta permissiva da chefia (igualmente agente público e representando a Administração Pública em sentido amplo) que fez perpetuar a ilegalidade cometida e, nesse sentido, não se pode imputar à requerida a responsabilidade exclusiva por tal prática, de onde se entende haver desnaturação do dolo. Afirma ainda, que se a chefia tivesse cumprido seu papel, a cumulação não teria acontecido.

A sentença ainda forma convicção de que, no tocante ao alegado prejuízo ao erário pela percepção de salário com redução da jornada, tem-se que tal não ocorreu. Isso porque, de acordo com a prova testemunhal produzida nos autos, que corrobora o depoimento pessoal da requerida no mesmo sentido, esta realizava suas atividades a contento. Apesar de iniciar suas atividades no Município de Corumbá somente às 13:00, a requerida não tinha horário certo para sair e saía quando finalizava as atividades do dia, não tendo havido, por isso, acúmulo de serviço ou prejuízo em concreto.

Tenho que a sentença deve ser reformada.

Explica-se.

É fato incontroverso, vez que confessado que somente cumpria jornada de trabalho perante o Município de Corumbá no período vespertino e que assim agia por ser prática costumeira de outros servidores da saúde somado à concordância de sua superior hierárquica e, fatos estes, no entender do juízo recorrido, que afastariam o dolo da requerida, já que "*a conduta permissiva da chefia (igualmente agente público e representando a Administração Pública em sentido amplo) que fez perpetuar a ilegalidade cometida*".

1 "Art. 9°. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente: (...) XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei".

2 "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".

3 "(...) Praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência".

Aqui encontra-se o *error in procedendo* da decisão recorrida, vez que o pedido de condenação em atos de improbidade administrativa está fundado, também, no *caput*[4] do art. 10 da Lei n. 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 neste ponto que se extrai da sentença o argumento e a formação de convicção que, no mínimo, há culpa da requerida, porque é, também, fato incontroverso, tanto que é uma das teses da defesa, e acolhida na sentença, de que o "errado da história" é a chefe da requerida que com sua renitência permitiu a "perpetração da ilegalidade". Portanto, não se nega que a conduta da chefia da requerida é "negligente", portanto, minimamente culposa.

Pois bem, se a requerida aderiu a esta conduta culposa pela negligência, então, a mesma ilegalidade de sua superior hierárquica se lhe aplica, mais precisamente, por aplicação analógica da teoria do crime e, portanto, com incidência do art. 29 do Código Penal, ao dispor que:

> *"Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".*

Nesta esteira de entender o caráter penal da pena da lei de improbidade é brilhante o voto proferido no STJ, pelo Ministro César Asfor Rocha, seguido pelos Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, todos do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do HC 22432:

> *"A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania.*
>
> *A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.*
>
> *De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na*

4 "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".

> *suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório)".*

Igualmente, no REsp n. 721190/CE sendo relator, o Ministro Luiz Fux:

> *"É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais".*

Portanto, por ato confessado pela própria requerida, a conduta culposa e negligente de sua superior hierárquica que causou dano ao erário público por pagamento de vencimento sem a contraprestação (cumulação de trabalho com incompatibilidade de horários), à requerida também se aplica (como se nos termos do art. 29 do Código Penal), a incidência no tipo de ato de improbidade do art. 10 da LIA por "participação". E elemento volitivo da culpa é mais do que suficiente para incidência de ato de improbidade por dano ao erário (art. 10 da LIA).

E mais, presente se faz o dolo eventual, por assumir o risco de responder pelas penas de improbidade, nos termos do art. 29 do Código Penal, ao aderir à conduta da sua superior hierárquica que sabidamente era ilegal e imoral.

Tanto é verdade, que declarou no ato da posse e com falsidade ideológica que "*não exercia outro emprego público*". E o pior e o que potencializa este ato como de improbidade, nesta declaração tinha opção de marcar que exercia outra função pública, o que não fez com dolo direto de enganar, ocultar e com flagrante deslealdade à conduta esperada a um servidor público, mormente, atrelado à saúde pública. Fato este gravíssimo, tanto que pode configurar, em tese, o crime de falsidade ideológica do art. 299 do Código Penal.

Como bem anotado pelo STJ:

> *"Por essa razão, comportamentos que revelam ter o agente público causado danos em virtude de atuação despreocupada e descompromissada com o bem comum (culpa) não podem ser tolerados em um Estado Democrático de Direito, no qual a Administração Pública é regida, inclusive, pelo princípio da eficiência, conforme preceitua o 'caput' do artigo 37 da Constituição Federal. É que essa espécie de comportamento demonstra deslealdade com o dever de bem servir ao interesse público e reclama punição, na forma do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Destaque-se que do agente público exige-se grau de diligência superior ao do homem médio. Isso porque ele não pode dispor da coisa pública como bem lhe aprouver. Ao contrário, deve empregar na proteção da res publica zelo maior do que aquele com que trata dos seus interesses privados"* (Informações Complementares à Ementa - ICE in REsp 1786219/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019)".

E aqui anoto o fatiamento da responsabilidade por suposto ato de improbidade, que tenho defendido. Poderia a requerida declarar que tinha outra contratação e com incompatibilidade de horários. Mas, com reposição desta incompatibilidade em bancos de horas. Não veria ato de improbidade em ter o período não exercido no município a seu tempo, mas, com reposição no período noturno, em tese.

A declaração falsa de que não exercia outro emprego público como forma de enganar, ocultar a realidade dolo direto de possibilitar a contratação como enfermeira e dois lugares diferentes (Marinha do Brasil e Município de Corumbá) no matutino é conduta potencializada de deslealdade, de descompromisso com o interesse público envolvido e em sentido diametralmente oposto à eficiência na prestação do serviço da coletividade, mormente e potencializado novamente, em se tratando de saúde pública. Fato este que revela que não há uma mera ilegalidade (art. 37, XVI, "c" da CF/88), mas sim, a ilegalidade qualificada como ato de improbidade administrativa (art. 10 e art. 11 do CPC).

Por fim, a alegação e, inclusive, anotada na sentença, de que a cumulação de contratação de enfermeiros e médico com dupla jornada de trabalho é rotineiro na cidade de Corumbá não é excludente de ilicitude, pois

o costume não revoga lei no ordenamento jurídico pátrio, pois somente a lei pode revogar outra lei, por disposição expressa da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe, no seu art. 2º: *"Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue"*.

O fato da prática paulatina na comarca de cumulação de contratação para a área da saúde com incompatibilidade de horários, não tem efeito de exclusão da ilicitude qualificada do ato, contudo, não deixa de gerar efeitos em outros capítulos da condenação de atos de improbidade, vez que deve ser levado em consideração para a dosimetria das penas do art. 12 da LIA a ser aplicada, nos termos do art. 20 e art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, ao dispor que:

> *"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*
>
> *Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas"*.

Isso porque, apesar de notório, também se vê este fato na alegação do próprio magistrado na sentença sobre a escassez de mão de obra na saúde pública em comparação à demanda. E, este fato não pode ser deixado de ser levado em consideração como "consequência prática da decisão" do art. 20 e art. 21 da LINDB, de forma a reconhecer o ato de improbidade, contudo, afastar a pena de vedação de contratação com o poder público, vez que esta decisão acabaria em potencializar essa escassez, mas, sem desconsiderar o ato como de uma ilegalidade qualificada.

E aqui não se está beneficiando o "errado da história" (atenuante), mas sim, ponderando os interesses envolvidos como se exige o art. 8ª do CPC, em determinar a observância do bem comum, a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como, a decisão justa e efetiva do art. 6 do CPC, de forma que, logicamente, a reiteração desta conduta não justificará a aplicação novamente desta "ponderação" pelas consequências práticas da decisão, mas sim, fato gerador para aplicação de pena de proibição de contratação.

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual para julgar procedente o pedido contido na ação civil pública, em reconhecendo a prática de atos de improbidade administrativa pela Recorrida que importaram em violação aos artigos 9º, 10, e 11, todos da Lei nº 8.429/92, bem como, com a aplicação das penas pleiteadas às f. 442, com exceção da proibição de contratação do poder público.

Deixo de condenar ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público Estadual por expressa vedação constitucional (art. 128, § 5º, II, "a"), além de tratar-se de verba privativa de advogado, consoante disposto no art. 23 da Lei 8.906/1994.

Após o trânsito em julgado da decisão, encaminhe-se cópia à Justiça Eleitoral.

Conclusão de julgamento adiada para 06-08-19, em face do pedido de vista do des. Vladimir, após o relator dar parcial provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (06/08/2019)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, MS, que

julgou improcedente o pedido de condenação em atos de improbidade contido na ação civil pública proposta pelo apelante.

Conforme relatório emitido nos autos, o Ministério Público Estadual pleiteia seja reconhecida a prática de atos de improbidade administrativa pela recorrida que importaram em violação aos artigos 9º, 10, e 11, todos da Lei nº 8.429/92, aplicando-se, via de consequência, as sanções previstas no artigo 12, I, da mesma Lei, notadamente, suspensão dos direitos políticos da requerida pelo prazo de 10 (dez) anos; 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 10 (dez) anos; pagamento de multa civil de 3 (três) vezes o valor da última remuneração percebida no Município de Corumbá; ressarcimento integral do dano causado ao erário de Corumbá, determinando-se a devolução de metade dos valores recebidos a título de salário de Corumbá-MS a partir de 10 dezembro de 2008, equivalente ao meio período em que não trabalhou no município (parte da manhã), que deverá ser revertido em proveito da entidade pública lesada (art. 18 da Lei nº 8.429/92). Subsidiariamente, requer-se a aplicação das sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei 8.429/92.

Em sessão ordinária da 4ª Câmara Cível, realizada em 23/07/2019, o i. relator (Des. Alexandre de Aguiar Bastos) deu parcial provimento ao recurso "*para julgar procedente o pedido contido na ação civil pública, em reconhecendo a prática de atos de improbidade administrativa pela recorrida que importaram em violação aos artigos 9º, 10, e 11, todos da Lei nº 8.429/92, bem como, com a aplicação das penas pleiteadas às f. 442, com exceção da proibição de contratação do poder público*".

Versam os autos sobre ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, por ato de Improbidade Administrativa, em face de Carla Joziane Talavera Cruz, alegando, em síntese, que foi instaurado, no âmbito da 5ª Promotoria de Justiça de Corumbá-MS, o Inquérito Civil Público nº 041/2014, com o objetivo de investigar a acumulação ilegal de cargos públicos por parte da requerida, de farmacêutica bioquímica no Município de Corumbá-MS e na Marinha do Brasil, com incompatibilidade de horários, em violação expressa à norma prevista no artigo 37, XVI, da Constituição Federal.

Afirmou que Carla Joziane ocupou a função de farmacêutica no Hospital do 6º Distrito Naval de Ladário-MS desde janeiro de 2007, tendo sido desligada da Marinha do Brasil somente no mês de janeiro de 2015. Outrossim, informou que o horário de trabalho da requerida era de segunda a sexta-feira, das 06:30 às 12:30 horas, perfazendo um total de 30 horas semanais. Aduziu também o autor que a requerida ocupa, desde o dia 10/12/2008, o cargo efetivo de profissional de serviços de saúde, na função de farmacêutica bioquímica, na Prefeitura Municipal de Corumbá-MS, com carga horária de 40 horas semanais, sendo seu horário de trabalho de segunda a sexta-feira, das 07:00 às 11:00 horas (1º período) e das 13:00 às 17:00 horas (2º período).

Informou que a requerida ocupou desde o dia 10/12/2008 dois cargos públicos de profissional de saúde (farmacêutica bioquímica), com incompatibilidade de horário de trabalho, o que configuraria fraude e gerou prejuízos ao erário, pois a requerida estaria recebendo seu vencimento sem prestar efetivamente o serviço público. Relatou que a requerida induziu a erro a Administração Pública Municipal ao cometer falsidade quando de sua posse e exercício do cargo, pois teria declarado que não ocupava cargo público, quando na verdade ocupava.

Requereu a procedência do pedido para: decretar a perda da função pública que a requerida desempenhe no momento da sentença; suspender os direitos políticos da requerida pelo prazo de 10 (dez) anos; proibir a requerida 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 10 (dez) anos; condenar a requerida ao pagamento de multa civil de 3 (três) vezes o valor da última remuneração percebida no município de corumbá; condenar a requerida ao ressarcimento integral do dano causado ao erário de corumbá, determinando-se a devolução de metade dos valores recebidos a título de salário de Corumbá-MS a partir de 10 de dezembro de 2008, equivalente ao meio período em que não trabalhou no município (parte da manhã); determinar que o valor da condenação seja revertido em proveito da entidade pública lesada (art. 18 da Lei n. 8.429/92).

Como se sabe, a Lei n. 8.429/92 não apresentou um conceito específico para a improbidade administrativa, limitando-se a distinguir as espécies de atos de improbidade em três categorias distintas, conforme os resultados provocados para a Administração, a saber: atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), que causam prejuízos ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração (artigo 11).

Alguns autores, tais como, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[5], Emerson Garcia e Rogério Pacheco, entendem que probidade, como princípio regente dos atos da administração, é um conceito mais amplo que o de moralidade, pois submete os atos administrativos à observância de todo o ordenamento jurídico, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade.

Dito isso, o caso versa sobre suposta conduta de improbidade decorrente de cumulação indevida de cargos públicos. Para tanto, estipula o artigo 37, inciso XVI da Constituição Federal:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI. a) a de dois cargos de professor;*
>
> *b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.*
>
> *XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público."*

No caso em exame, os cargos ocupados são privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, cumprindo, assim, um dos permissivos constitucionais. Resta analisar a questão da compatibilidade de horários, expressa no *caput* do referido artigo 37, na medida em que as jornadas eram, em tese, coincidentes no período matutino.

Segundo consta dos autos, a apelada cumpria 30 horas semanais na Marinha do Brasil, sendo que o seu horário de trabalho era de segunda a sexta-feira, das 06:30 às 12:30 horas. Possuía, ainda, carga horária de 40 horas no Município de Corumbá, com carga horária de segunda a sexta-feira, das 07:00 às 11:00 horas e das 13:00 às 17:00 horas.

Ao analisar as provas produzidas nos autos, chego à mesma conclusão exarada pela magistrada, que detalhou, de forma eficaz, o teor dos depoimentos prestados associados aos documentos colacionados aos autos. Senão vejamos.

As folhas de ponto de f. 38/40 e 48/50 demonstram que o seu preenchimento se dava de forma idêntica, a então chamada "marcação britânica". Segundo consta da sentença "*Todos os dias com o mesmo horário de entrada e mesmo horário de saída. Dessume-se disso que a folha de ponto não demonstrava a realidade, pois se não é impossível, é pouco provável que um servidor público chegue ao seu local de trabalho e dele saia, todos os dias, no mesmo estrito horário*".

Assim é que o depoimento da apelada e das testemunhas colhidos em juízo reforçam a tese de que a folha de ponto não refletia a realidade dos fatos, pois era preenchida pelo próprio servidor, que recebia orientação superior para assim fazê-lo. A apelada declarou expressamente que havia orientação expressa para

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

que o preenchimento da folha de ponto dos profissionais de saúde em geral (e não apenas dos profissionais de farmácia e bioquímica) fosse realizado daquela forma, independentemente do horário efetivamente trabalhado. Disse que, no papel, era tudo padronizado e igual para todos os servidores, mas que, na prática, cada servidor fazia um horário diferente; que nunca foi igual para todos.

Corrobora a versão trazida pela apelada a testemunha Willian de Melo Brum (f. 378), o qual afirmou "*existir diversos servidores públicos municipais da área da saúde que realizavam dupla jornada na Marinha do Brasil e no Município de Corumbá, sendo esta uma prática comum entre tais servidores. Citou inclusive que o Comandante da Marinha à época também trabalhava na prefeitura, afigurando-se "normal", no "senso comum", a prática de tal cumulação de cargos*".

A respeito da declaração firmada pela apelada (f. 198), de fato, trata-se de documento falso, já que declarou não ocupar "*cargo/função/emprego público em órgão da administração direta ou entidade da administração indireta da União, de Estado, do Distrito Federal, do Município de Corumbá ou de outro Município, que caracterize acumulação de cargo público, nos termos previstos na legislação em vigor*".

Com efeito, quanto firmou essa declaração já ocupava cargo público da administração direta da União desde 11 de janeiro de 2007. Contudo, não obstante tal documento, não vislumbro dolo (ou mesmo culpa) que possa ensejar condenação por ato de improbidade, consistente na acumulação dos cargos, por cerca de sete anos, com prejuízo ao erário por ter recebido salário integral e ter trabalhado somente meio período.

Ao contrário do que mencionou o i. relator em seu voto, a sentença não padece de *error in procedendo* uma vez que da fundamentação é possível concluir não haver dolo ou culpa a ensejar um ato ímprobo.

Consoante destacou a magistrada, que possui contato direto com as provas, com a população e realidade local, a cumulação de cargos por profissionais da saúde na Marinha do Brasil e no Município de Corumbá era algo disseminado e considerado corriqueiro na Administração Pública Municipal.

Ademais, a chefia imediata da apelada possuía conhecimento que ela trabalhava na Marinha, sendo que o horário da jornada de trabalho lá era pela manhã, tendo sido combinado que seu horário de trabalho no Município de Corumbá seria somente à tarde.

Extrai-se dos autos, pois, que Carla Joziane efetivamente trabalhou meio período no Município de Corumbá quando deveria trabalhar período integral. Ocorre que isso somente aconteceu por autorização expressa de sua chefia, que não apenas consentiu como permitiu tal prática. Repise-se que a acumulação ocorreu por muitos anos, havendo outras situações idênticas.

Conquanto toda a situação, de fato, não esteja dentro da legalidade desejada do que se espera do serviço público, reforço que não avisto ato ímprobo, haja vista que não houve enriquecimento sem causa, não houve prejuízo ao Erário, além do fato de a apelada realizar, a contento, todas as suas atividades, não se tratando de uma "servidora fantasma" ou mesmo desidiosa.

Conforme pontuado na sentença, "*apesar de iniciar suas atividades no Município de Corumbá somente às 13:00, a requerida não tinha horário certo para sair e saía quando finalizava as atividades do dia, não tendo havido, por isso, acúmulo de serviço ou prejuízo em concreto*".

Importante registrar a lição de Hely Lopes Meireles[6] no sentido de que "*nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhoado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima.*"

Com efeito, não se percebe má-fé na conduta da apelada que, inclusive, trabalhava em tempo integral. Oportuno recordar que o Superior Tribunal de Justiça distingue ilegalidade de improbidade e consigna que "*a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta*

6 *In* "Mandado de Segurança", 26. ed., pág. 210/211.

antijurídica fere os princípios constitucionais da administração pública coadjuvado pela má intenção do administrador" (STJ – Resp 807.551/MG). No mesmo sentido, cf. Resp 1.149.427/SC e AgRg no AREsp 81.766/MG.

Ao fim, peço vênia ao i. relator, a fim de divergir do seu entendimento (não só do resultado do exame das provas colacionadas aos autos), mas também acerca da natureza penal da Lei de Improbidade Administrativa, quando menciona, em seu voto, que deve ser aplicado à apelada o artigo 29 do Código Penal, *in verbis*: "*se a requerida aderiu a esta conduta culposa pela negligência, então, a mesma ilegalidade de sua superior hierárquica se lhe aplica, mais precisamente, por aplicação analógica da teoria do crime e, portanto, com incidência do art. 29 do Código Penal, aos dispor que: 'Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade'*".

Com efeito, a natureza jurídica da Lei de Improbidade já foi sedimentada, inclusive pelos Tribunais Superiores, no sentido de possuir natureza civil, contudo sem deixar de ser um sistema sancionatório (tanto que o indivíduo pode, por sua conduta, responder por uma ação cível, por uma ação de improbidade e por uma ação penal).

Deveras, a questão foi discutida no recente julgamento do Ag. Reg. na Petição 3.240, do Distrito Federal, proferido pelo Supremo Tribunal Federal que, pacificando o debate existente, concluiu pela natureza cível da ação de improbidade administrativa, delineando aspectos definidores da classificação da natureza jurídica, deduzindo, sem embargo à sua precisa definição, a sua inconteste classificação como sistema sancionatório, ressalvando a necessidade de observância de determinados princípios constitucionais, como deve ser em qualquer sistema sancionatório, independentemente da natureza jurídica do ilícito por ela tipificado, seja penal, cível ou político.

Vejamos trecho do voto do Ministro Luiz Roberto Barroso:

> *"Além de objetos distintos, ambos os regimes possuem naturezas e escopos diversos. A ação de improbidade administrativa ostenta natureza civil (extrapenal). Sua finalidade é tutelar a moralidade administrativa e o erário, mediante a aplicação de sanções aos agentes públicos ímprobos, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Inclusive, a função reparatória da ação de improbidade se sobressai no regime de responsabilização instituído pela Carta de 1988, que, em seu art. 37, § 5º, previu uma regra de (im)prescritibilidade de ressarcimento ao erário cujo alcance está em debate, sob regime de repercussão geral, no RE 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki*."

Hely Lopes Meirelles[7], nesse mesmo sentido, leciona:

> *"**Já se disse acima - e é inegável - que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressalvados, obviamente, os aspectos criminais da Lei 8.429/1992, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada)**. Objetiva precipuamente a reparação do dano sofrido pelo patrimônio público em virtude do ato de improbidade impugnado e a punição dos responsáveis, aí incluindo o perdimento dos bens e vantagens obtidos ilicitamente e seu afastamento da Administração Pública, tanto com a perda de cargos e funções como com a proibição de contratações futuras e a suspensão dos direitos políticos. Tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil de forte conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos. Este caráter claramente punitivo da ação de improbidade administrativa traz sérios questionamentos quanto à competência para seu julgamento em determinadas situações"* (Grifou-se).

Feitas tais considerações, deve-se concluir que a conduta da ré não configura ato de improbidade administrativa capaz de ensejar a aplicação das penalidades da Lei n. 8.429/92. Nesse sentido, vejamos:

7 **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. Malheiros Editores. p. 318.

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO ILÍCITA DE FUNÇÕES PÚBLICAS. ASSESSOR JURÍDICO EM DOIS MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PEDIDO INICIAL. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inviável o acolhimento de pedido formulado pelo Ministério Público em recurso especial, pela condenação por ato de improbidade tipificado no art. 11 da LIA, não constante da exordial, sob pena de ofensa ao art. 460 do CPC (decisão extra petita). 2. É descabida a devolução dos valores percebidos pelo agente, mesmo nos casos de cumulação ilícita de funções ou cargos, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, em compatibilidade de horários, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração. Precedente da Corte Especial. 3. É pacífica a jurisprudência de que, nas ações civis públicas, não se impõe ao Ministério Público a condenação em honorários advocatícios ou custas, ressalvados os casos em que o autor for considerado litigante de má-fé. Precedentes. 5. Recurso especial parcialmente provido."* (Resp 565.548/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013)

Por fim, mas não menos importante, imperioso acrescentar também que não basta invocar o artigo 11 da Lei 8.429/92 para afirmar que o agente público cometeu ato de improbidade administrativa, conferindo elasticidade desmedida à interpretação de certos conceitos. É preciso ter cautela, pois, porquanto as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa possuem grave densidade punitiva, a recordar que a proporcionalidade e a razoabilidade também são princípios de suma importância que não só podem (como devem) ser levados em consideração.

Ante o exposto, contra o parecer, divirjo do Relator, a fim de conhecer do recurso de apelação interposto, mas negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 20/08/2019 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator dar parcial provimento e o 2º vogal negar provimento ao recurso.

VOTO (27/08/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de reexame do elenco probatório constante dos autos.

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Carla Joziane Talavera Cruz. Segundo consta da inicial, a requerida ocupava dois cargos de farmacêutico em horários incompatíveis, junto ao Município de Corumbá e à Marinha do Brasil. Além disso, teria ela emitido declaração falsa à Administração Municipal, sobre ocupar outro cargo público.

O juízo da causa decidiu pela improcedência do pleito, tendo em mente, especialmente, ser prática comum naquele município, com anuência da chefia imediata, pelo que não haveria dolo. Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, o ilustre Relator, Des. Alexandre Bastos, votou pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos contidos na inicial. Divergiu o ilustre Vogal, Des. Vladimir Abreu da Silva, ratificando os termos da sentença invectivada.

Após atenta análise do caderno processual, entendo que o recurso não merece guarida, como apontado no preciso voto divergente.

A Constituição Federal estabelece, como regra, a vedação à cumulação de cargos públicos, admitindo-a apenas excepcionalmente em casos expressos e desde haja compatibilidade de horários. Veja:

> *"Art. 37 (...)*

> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto,* ***quando houver compatibilidade de horários****, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:"* (destaquei)

A despeito da regra impeditiva, não se pode considerar sua transgressão, como a qualquer outra norma jurídica, um ato de improbidade administrativa. Exige-se, para tanto, um passo além. Exige-se, para as hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º), violação aos princípios (art. 11) e dano ao erário (art. 10), o dolo genérico ou, no último caso, culpa. Deve-se demonstrar, portanto, o desejo do autor em enriquecer-se ilicitamente, violar normas principiológicas ou mesmo causar dano ao erário.

A respeito do tema, já se pronunciou a jurisprudência do STJ:

> *"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – MÉDICO – UNICIDADE NOS VÍNCULOS MANTIDOS COM O ESTADO – MERA IRREGULARIDADE – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. 1. Hipótese em que foi ajuizada Ação Civil Pública por prática de improbidade administrativa consubstanciada na suposta acumulação de três cargos públicos remunerados de médico: dois vínculos empregatícios com o Instituto de Saúde do Paraná, autarquia estadual, e um com o Município de Santa Terezinha de Itaipu. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido, porém o Tribunal de origem reformou a sentença, por entender que houve mera irregularidade. 2. Da leitura do acórdão recorrido não se pode inferir ter havido acumulação ilegal de três cargos, pois, segundo consta no voto-condutor, o recorrido exerceu uma função municipal e outra estadual, sendo meramente formal a duplicidade do vínculo empregatício com o Estado. Além disso, ficaram consignadas a efetiva prestação do serviço médico e o valor irrisório da contraprestação auferida, enfatizando-se que o recorrido agiu de boa-fé e foi exonerado a pedido do cargo municipal antes da propositura da ação. 3. A Lei 8.429/1992 é instrumento salutar na defesa da moralidade administrativa, porém sua aplicação deve ser feita com cautela, evitando-se a imposição de sanções em face de erros toleráveis e meras irregularidades. 4. Afasta-se a alegada violação do art. 11 da Lei 8.429/1992 na hipótese, pois a premissa fática do acórdão recorrido evidencia simples irregularidade, sendo razoáveis as ponderações feitas pelo Tribunal a quo, sobretudo a de que, abstraída a questão formal, houve acumulação de dois cargos distintos de médico - situação admitida no art. 37, XVI, "c", da Constituição. 5. Além de não estar patente a ilegalidade da conduta, inexiste substrato fático no acórdão recorrido que denote desvio ético e inabilitação moral para o exercício do múnus público. 6. Recurso Especial não provido."* (REsp 996.791/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 27/04/2011)

Dessarte, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a acumulação irregular de cargos não configura, necessariamente, ato de improbidade administrativa, devendo ser considerados os elementos e circunstâncias do caso concreto. Deve-se analisar, por exemplo, se houve a efetiva prestação dos serviços e se essa prestação ocorreu de forma satisfatória, bem como se houve prejuízo aos órgãos envolvidos. Deve-se aferir, também, a boa-fé do servidor, se refere apenas à vontade de exercer as duas atividades de maneira eficiente e não causar prejuízo, mesmo ciente de que se trata de uma acumulação indevida de cargos públicos.

Refere-se o julgado, ainda, a "*valor irrisório da contraprestação paga ao profissional*", querendo significar que os valores pagos não excedem os padrões remuneratórios para serviços da mesma natureza, daí se poder aferir se houve ou não enriquecimento sem causa ou mesmo prejuízo ao erário.

Assentadas essas premissas, compulsando detidamente o caderno processual, verifica-se que a inicial se limitou a defender a acumulação indevida de cargos, atribuindo à requerida, automaticamente, as hipóteses de improbidade previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da lei 8.429/92.

Para se falar em enriquecimento sem causa, como visto, imprescindível demonstrar que houve remuneração sem a devida contrapartida, o que adianto, não se evidenciou, sendo até incontroverso que os serviços foram prestados, a contento, a despeito a violação de regras de horário de expediente.

A caracterização da violação aos princípios da administração pública depende da indicação de quais normas foram violadas. A inicial faz referência genérica a "*deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade,*

e lealdade às instituições", concluindo que "*o fato de a requerida não atender ao que estabelece e determina a legislação já configura, de per si, ato ímprobo que contraria todos os princípios, regras e conceitos gerais do direito administrativo licitatório*". Como dito, tal atribuição não é automática, dependendo de demonstração de dolo, ainda que genérico, que resta afastado, ademais, na hipótese em que o servidor pretendeu efetivamente realizar os serviços aos quais se encontrava legalmente obrigado, mas em horário diverso do previsto em regulamento, com a anuência da chefia imediata.

A lesão ao erário depende da indicação precisa do prejuízo sofrido e, como dito, os serviços foram efetivamente prestados, de maneira satisfatório, a despeito da violação à regra de horário de expediente, que pode causar diversas consequências, mas não necessariamente, caracteriza improbidade administrativa.

A inicial, contudo, não aponta qualquer desses elementos, limitando-se a demonstração da acumulação indevida de cargos, daí extraindo a violação de norma jurídica e atraindo de maneira automática a aplicação do regramento sancionador de ato de improbidade administrativa, o que não se admite.

Cumpre ressaltar, ainda, a conhecida carência de mão-de-obra qualificada, especialmente na área da saúde, em certas regiões afastadas do país, como no caso em comento. Os Municípios de Corumbá e Ladário amoldam-se justamente à essas realidades, distantes mais de 400 km da Capital do Estado de Mato Grosso do Sul, em região de fronteira, sobre com a escassez de mão-de-obra especializada, especialmente aquela dedicada ao serviço público, posto que a grande maioria dos profissionais preferem a iniciativa privada neste ramo de atividade.

De sorte que o cumprimento estrito e cego da norma pensada para os grandes centros urbanos do país, simplesmente não atende ao interesse público, especialmente em regiões vulneráveis, como no caso dos autos.

De tudo quanto exposto, com a devida *venia* ao ilustre Relator, entendo que o recurso não merece guarida, motivo pelo qual não tenho dúvidas em acompanhar a divergência para, contrariando o Ministério Público, conhecer e negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 05/11/2019 em face do pedido de vista do 4º vogal (Des. Júlio), após o relator, acompanhado pelo 3º vogal, dar parcial provimento, enquanto o 1º vogal, acompanhado pelo 2º vogal, nega provimento ao recurso. Este processo está sob a técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (05/11/2019)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (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 o 1º e 2º vogais, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Apelação Cível nº 0600381-03.2011.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO AMBIENTAL INDENIZATÓRIA – VAZAMENTO DE ESGOTO – RESPONSABILIDADE CIVIL DA SANESUL – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – OMISSÃO DA CONCESSIONÁRIA CONSTATADA – DANO MORAL CABÍVEL – *QUANTUM* REDUZIDO EM RELAÇÃO A ALGUNS AUTORES – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Trata-se da responsabilidade civil da Sanesul por omissão, em decorrência de estrutura ineficiente da rede, ocasionando vazamento de esgoto. *In casu*, a omissão é verificada na ausência do dever de ter agido anteriormente de forma efetiva, prevendo os possíveis riscos com o aumento das pessoas no alojamento. Soma-se a isso o fato de que a Sanesul permaneceu omissa mesmo após o ocorrido, não providenciando nenhuma medida efetiva para a contenção do esgoto disseminado na via pública, em conformidade com o laudo pericial, restando configurado o nexo causal. Além disso, ocorreu o transtorno e o abalo emocional dos moradores diante do ocorrido - ficaram expostos a agentes nocivos à saúde e, vulneráveis a contaminação, ao ponto de atingir a integridade física.

O valor da indenização pelos danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro. Sendo a análise deve ser caso a caso, estipulando-se um valor razoável, que não seja irrelevante ao causador do dano (possibilite a satisfação compensatória) e que cumpra a sua função de desestímulo/prevenção a novas práticas lesivas (caráter punitivo). *Quantum* indenizatório reduzido, em relação à parte dos autores.

Recurso conhecido e provido parcialmente.

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 e com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 19 de novembro de 2019.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - Sanesul em face de sentença de f. 485/492 que julgou parcialmente procedente os pleitos iniciais da ação ambiental indenizatória por Idalino José e outros em desfavor de Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - Sanesul.

A apelante, em suas razões recursais, alega que inexiste a obrigadação da indenização a título de danos morais, uma vez que o vazamento de esgoto ocorreu por culpa exclusiva da Empresa Eldorado, a qual dobrou a capacidade de lojamento no local, ocasionando o transbordamento. Subsidiariamente, pede pela redução do valor indenizatório para o *quantum* correspondente a um salário mínimo para cada autor.

Sem contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 524-530), em síntese diz que, o valor de indenização deve compensar e desestimular o agente na continuidade da prática ilícita, devendo, no entanto, ser reduzido o valor arbitrado em sentença em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada autor da ação.

VOTO (EM 24/09/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - Sanesul em face de sentença de f. 485-492 que julgou parcialmente procedente os pleitos iniciais da ação ambiental indenizatória por Idalino José e outros em desfavor de Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - Sanesul.

Mérito

Da responsabilização civil da Sanesul

A sentença julgou procedente a condenação da empresa ao pagamento de danos morais, tendo em vista o vazamento de esgoto na região das residências dos autores – alguns menores representados por seus pais, também autores da ação.

A apelante, em suas razões recursais, alega que inexiste a obrigação da indenização a título de danos morais, uma vez que o vazamento ocorreu por culpa exclusiva da fábrica Eldorado Celulose e Papel S/A, a qual dobrou a capacidade de alojamento no local, ocasionando o transbordamento. Subsidiariamente, pede pela redução do valor indenizatório para o *quantum* correspondente a um salário mínimo para cada autor.

Pois bem.

Conforme laudo pericial acostado às f. 439-455, verifica-se na conclusão que o sistema de esgotamento sanitário do alojamento foi elaborado e implantado pela Apelante, com capacidade inicial de 1.000 alojados, e, que no início de 2011 a Eldorado ocupou o alojamento e ampliou a capacidade para até 1.920 alojados - sem notificar a Sanesul sobre a necessidade de ampliação, bem como que conforme relato do gerente da recorrente os transbordos iniciaram em março de 2011, continuando até o ano de 2012 (item 8.4).

Por fim, no laudo pericial consta que, haveria solução técnica na época das ocorrências (por parte da Sanesul), o que não fora feito, bem como que houve danos ambientais à população do entorno.

Verifica-se também, que a Sanesul teve ciência do problema desde março de 2011 (item 5.9), sendo que a empresa Eldorado somente foi notificada em outubro de 2011, bem como que as medidas tomadas para a contensão do episódio pela empresa Eldorado de nada adiantaram, relato esse afirmado pelo próprio gerente regional da Sanesul (item 5.12).

Por fim, que o serviço de limpeza por sucção com caminhões contratados pela Sanesul foi inútil. Soma-se a isso, o fato de inexistir qualquer conduta efetiva, apenas envios de ofícios à empresa Eldorado, exigindo medidas para solucionar o caso.

Assim, conforme o disposto no art. 186 do CC e art. 22 do CDC, o dever de reparação é medida que se impõe, veja-se:

> *"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*
>
> *"Art. 22 – CDC. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código."*

Ademais, em se tratando de responsabilidade civil da concessionária prestadora de serviço público aplica-se a teoria do risco administrativo prevista no art. 37, § 6º da CF, *in verbis:*

> *"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."*

Nesse sentido, revela-se suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a comprovação da ocorrência do dano, da autoria e do nexo causal.

No entanto, quando o fato danoso se deve a uma omissão, decorrente de *faute du service* (o serviço não funcionou/funcionou atrasado ou funcionou de forma ineficiente), aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

No caso, a omissão é verificada na ausência do dever de ter agido anteriormente de forma efetiva, prevendo possíveis riscos com o aumento das pessoas no alojamento, bem como aliado ao fato de que a Sanesul permaneceu omissa mesmo após o ocorrido, não providenciando nenhuma medida efetiva para a contenção do esgoto disseminado na via pública.

Portanto, o laudo pericial constatou que o dano é resultado da ineficiente estrutura de escoamento de esgoto montada no local, restando configurado o nexo causal.

Já em relação à responsabilidade pelo dano, está devidamente demonstrado o transtorno e o abalo emocional dos moradores diante do ocorrido, tendo em vista que ficaram expostos a agentes nocivos à saúde e, consequentemente, vulneráveis a contaminação e doenças, ao ponto de atingir a integridade física gravemente.

Nesse sentido, entende este Tribunal:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – DANO AMBIENTAL – VAZAMENTO DE ESGOTO EM VIA PÚBLICAS – SISTEMA SOBRECARREGADO PELA REQUERIDA ELDORADO CELULOSE – FALTA DE COMUNICAÇÃO À EMPRESA RESPONSÁVEL PELA REDE DE ESGOTO DA INTENÇÃO DE ALOJAR TRABALHADORES EM QUANTIDADE SUPERIOR A CAPACIDADE DA REDE DE ESGOTO – CIÊNCIA DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELO SISTEMA DE ESGOTO – DESCASO POR MESES – FALTA DE PROVIDÊNCIAS EFETIVAS TENDENTES A SOLUCIONAR O PROBLEMA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DANOS MORAIS – AUTORES OBRIGADOS A CONVIVER COM GRANDE QUANTIDADE DE ESGOTO PARADO NA SUPERFÍCIE DAS VIAS PÚBLICAS – RECURSOS DESPROVIDOS. Competia a empresa Eldorado Celulose observar as limitações da rede de esgoto antes de instalar pessoal responsável pela construção de sua unidade fabril no Município, notadamente por aglomerar trabalhadores em quantidade superior a suportada pelo sistema, não providenciando a comunicação prévia da empresa responsável pela rede de esgoto, terminando na sobrecarga da rede e vazamento com acúmulo de esgoto nas vias públicas. Tendo ciência do vazamento contínuo de esgoto,* ***competia a empresa Sanesul, responsável pelo sistema, tomar providências urgentes tendentes a solucionar o problema, sendo que o seu descaso por quase um ano impingiu desnecessário sofrimento ao autores, que foram obrigados a conviver com poças de esgoto formadas em plena via pública, à porta de suas residências, culminando no contato direto com todos os males***

> ***proporcionados pela situação (odor fétido, concentração de insetos, dentre outros),*** *motivo pelo qual deve compensar os danos morais sofridos pelas vítimas de forma solidária com a empresa Eldorado Celulose. Recursos desprovidos."* (TJMS. Apelação n. 0600380-18.2011.8.12.0021, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 15/09/2015, p:24/09/2015). (g.n.)

Restando assim, cabível a responsabilização da Apelante, diante os prejuízos causados aos autores da ação.

Contudo nada impede que ela, em ação regressiva, requeira a parte que entende cabível à empresa Eldorado.

Do *quantum* indenizatório

Subsidiariamente, a concessionária Sanesul pretende a redução do valor indenizatório para o *quantum* correspondente a um salário mínimo para cada autor.

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

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

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

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

O Superior Tribunal de Justiça considera como justa a fixação dos danos morais de acordo com o método bifásico, que minimiza a arbitrariedade e afasta a tarifação do dano. Veja-se, *mutatis mutandis*:

> *"RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO – RESPONSABILIDADE DO CLUBE PELA FALHA NO SERVIÇO – DANO MORAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO – CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO – MÉTODO BIFÁSICO – NÚCLEO FAMILIAR SUJEITO DO DANO – NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – PENSÃO MENSAL DEVIDA. 1. O clube recreativo que possui em sua estrutura piscinas e lagoas é responsável pelo afogamento e óbito de criança em suas dependências, quando comprovada falha na prestação do serviço, configurada pela não adoção de medidas preventivas adequadas ao risco de sua fruição: segurança dos banhistas, salva-vidas, boias para a indicação da parte funda da rasa do lago, profissional médico, aparelho de respiração artificial. 2. O Superior Tribunal de Justiça, quando requisitado a se manifestar sobre o arbitramento de valores devidos pelo sofrimento de dano moral, deve interferir somente diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa 3. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. 4. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). 5. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica*

das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz. 6. Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar como titular da indenização, há que se ponderar acerca da individualização do dano, uma vez que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros". (EREsp 1127913/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014) 7. (...) REsp 1332366/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 07/12/2016).

Conforme se denota, no referido método, a indenização é fixada em duas fases:

"1ª) Arbitra-se um valor inicial de acordo com o interesse jurídico lesado, sempre em conformidade com os precedentes jurisprudenciais que versem sobre o mesmo tema;

2ª) Faz-se o ajustamento desse valor dentro das peculiaridades do caso concreto, com a fixação equitativa pelo julgador."

Isso porque, utiliza-se um valor inicial e já na segunda fase de fixação, considera-se a gravidade do fato, o dano causado à vítima, a situação econômica da vítima, o potencial econômico do ofensor e o caráter punitivo do dano.

Pois bem. No caso em análise, o valor arbitrado pelo juiz (R$10.000,00), deve ser reduzido, em relação à parte dos autores, observando-se o caráter pedagógico na fixação, bem como para evitar o enriquecimento injustificável, em especial pelo fato de na ação, haver pleito de pais/mães e filhos, o que acaba abrangendo a família, não havendo que se falar em ato discriminatório.

Assim, para que não haja o enriquecimento injustificado, bem como levando-se em consideração o julgado acima colacionado, deve ser reduzida a condenação da Sanesul quanto à indenização em danos morais, em relação aos menores - na época do ocorrido (Erik, Lun e Thiago), para o valor de R$ 3.000,00, a cada um deles, mantendo a fixação quanto aos demais autores, no valor de R$ 10.000,00, para cada um.

Cumpre trazer parte do parecer da Procuradoria Geral de Justiça (f. 524/530), o qual assim anotou: "*In casu, diante dos fatores apontados, entendo razoável o valor de R$ 5.000,00, pois se mostra adequado para reparar o dano moral em que submetida às partes autoras que sofreram com a existência de resíduos e de mau odor em razão do transbordamento do esgoto, sem implicar enriquecimento ilícito e com a suficiente carga pedagógica*."

Ou seja, somente a título de ilustração, nos moldes conforme o parecer, teríamos uma indenização total de R$ 40.000,00, já no caso da sentença reformada, teremos o valor total de R$ 59.000,00, o que entendo, razoável e justo, diante a situação ocorrida.

Portanto, a situação socioeconômica das partes litigantes, é fator relevante no arbitramento da reparação pelo dano extrapatrimonial, quanto ao caráter punitivo, deve-se ter em mente que a falha na prestação de serviços da empresa. Este caráter visa a compelir a concessionária de saneamento básico a tomar melhores medidas para cumprir suas atividades com eficiência.

Diante disso, entende-se que o valor fixado na sentença recorrida, deve ser reduzido para R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada menor na época do ajuizamento da ação, mantendo em R$10.000,00 (dez mil reais) para os demais autores, respeitado assim, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Dispositivo

Insto posto, e do mais que dos autos consta, conheço do recurso interposto pela Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - SANESUL e, dou-lhe parcial provimento, para reduzir o valor dos danos morais fixados, para R$ 3.000,00, para os menores (Erik, Lun e Thiago), mantendo o valor arbitrado em sentença em relação aos demais autores da ação.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 08/10/2019 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator dar parcial provimento ao recurso. o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 22/10/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de procedência proferida nos autos da Ação Ambiental Indenizatória promovida por Idalino Jose, Renata Cristina de Lima, Rafaela Queiroz Pacheco, Erik Henrique Queiroz Pereira, Laercio Bispo Jose, Rosália Lobos dos Santos Farias, Luan Lobo do Santos Bispo Jose e Thiago Lobo dos Santos Bispo José. Aduz que ficou demonstrado nos autos, principalmente por dados constantes do laudo pericial, que a Sanesul tomou várias atitudes para sanar o problema do esgoto na localidade, bem como que a causa inicial se deu por culpa exclusiva da empresa Eldorado, a qual ampliou o número de alojamentos de 1.000 para 1.920, sem consultar a apelante acerca da capacidade acerca da capacidade de escoamento dos efluentes sanitários; que a recorrente demonstrou ter agido em estrito cumprimento de seu dever, ao regularizar a área de acordo com número máximo de habitantes no alojamento; que não causou diretamente o dano e nem contribuiu para sua permanência, uma vez que notificou a empresa Eldorado, ficando acordado que o volume de esgoto seria limitado. No mais, insurge-se contra o valor fixado a título de danos morais. Pugnou pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença que lhe impôs o pagamento de indenização a título de danos morais, ou ainda, a redução do valor arbitrado para 01(um) salário mínimo a cada autor.

O ilustre relator deu parcial provimento ao recurso para o fim de reduzir o valor indenizatório para R$ 3.000,00 apenas em relação aos menores.

Pois bem. Consta da sentença recorrida:

> *"(...) não obstante o fato gerador do vazamento do esgoto ter sido causado pela Empresa Eldorado, resta evidente a responsabilidade da concessionária requerida por aludido vazamento, uma vez que, se esta não o causou diretamente, contribuiu para sua permanência.*
>
> *Com efeito, como responsável pelo esgoto neste Município, cabia à requerida adotar as providências que se fizessem necessárias para a solução do problema de forma célere e eficaz, ante a sua gravidade, no entanto, observa-se que os transbordamentos permaneceram de março de 2011 e, seguiram durante todos os meses, até 2012 (item 8.4 – fl. 452).Além disso, observa-se a seriedade de referido problema, ao concluir o laudo pericial de f. 439/455, em seu item 8.8 que: " Os danos ambientais basicamente foram para a população do entorno dos extravasamentos que tomavam o local com mau cheiro e também a proximidade dos moradores com "rios" de excrementos que em certas ocasiões não haviam nem como adentrarem em suas casas sem pisarem neste "mar" de excrementos.* ***Tal situação foi constrangedora ao extremo enquanto perdurou (de março a dezembro de 2011) (...) Como as ruas não tinham pavimentação (ruas de terra), em vários pontos, não havia como sugar todo o esgoto. Nestes pontos, o esgoto ficava ali, por dias até infiltrar no solo ou até ocorrer outro transbordamento da rede. Obviamente, o esgoto, rico em matéria orgânica, com o agravante de não ser somente o esgoto parcialmente tratado vindo do alojamento, "criava" nestes pontos de extravasamentos, ambiente propício para a proliferação de moscas e pernilongos e especialmente o mosquito palha, transmissor de leishmaniose, além de grande possibilidade de transmissão de doenças, entre as principais: ancilostomíase, ascaridíase, amebíase, cólera, diarreia infecciosa, disenteria bacilar, esquistossomose, estrongiloidíase, febre tifóide, febre paratifoide, salmonelose, teníase e cisticercose***" *(f. 452/453).Ademais, as fotos acostados aos autos (f. 81/95), demonstram claramente a situação descrita na inicial pelos autores, haja vista, que embora tenha a requerida realizado medidas paliativas para diminuir o problema, como por exemplo, instalar manilhas de concreto na tampa que apresentava vazamento, mesmo assim, o problema persistiu por tempo razoável.*

> *Dessa forma, observa-se que a conduta omissa da requerida, contribuiu para a permanência daquele cenário desagradável e perigoso à saúde vivenciado pelos autores por quase um ano." (*f. 488-489) destaquei.

Note-se que em momento algum o juiz *a quo* afastou a responsabilidade da empresa Eldorado por ter ampliado o número de alojamentos sem atentar-se para o volume de escoamento dos efluentes sanitários. Contudo, por ser a concessionária apelante a responsável pela rede de esgoto municipal, em especial pela sua manutenção, tratamento e ampliação, permitiu que a situação de penúria vivenciada pelos autores perdurasse por quase um ano, sem que fosse apresentada solução rápida e eficaz.

Aliás, há que ser observado que, de acordo com o laudo pericial, a solução do problema estaria a cargo da concessionária, confira:

> *"5.17.* ***Uma solução técnica e acertada, para a época das ocorrências, seria a troca das bombas pela Sanesul, da elevatória Jatobá, com potência maior e consequentemente, maior volume de recalque em menor tempo****.*
>
> *5.18. A Sanesul construiu ao lado do IFMS (em 2016), que localiza-se anexo ao alojamento, uma estação elevatória com rede e destinação dimensionada para atendimento do Instituto e se necessário, ao alojamento e uma nova malha de rede na região (bairro Jardim Dourados) que atende a captação dos esgotos domésticos dos domicílios. Conforme relato também do gerente regional Sanesul, hoje pode-se alojar até 3.000 pessoas que a estação elevatória suporta plenamente. Esta elevatória, recalca diretamente para a estação elevatória Europa."* (f. 449) destaquei.

Portanto, não merece reforma o capítulo da sentença que atribuiu a concessionária apelante a responsabilidade em razão de sua omissão.

Assim, em relação ao pedido de dano moral restou demonstrado que os autores ficaram expostos por um longo período (de março a dezembro de 2011) ao mau-cheiro do esgoto, sendo obrigados a transitarem sobre resíduos, bem como a tomarem medidas nada paliativas, como cavarem pequenas valetas para deslocarem o fluxo do esgoto que corria em frente às residências, colocando em risco a própria saúde. Afora isso não se pode negar o descaso da concessionária em tomar medidas que solucionassem de imediato o problema, o que certamente causou profunda revolta e sentimentos de dor e humilhação, sendo, pois, inarredável o dever de indenizar.

Quanto ao valor arbitrado, o juiz *a quo* fixou R$ 10.000,00 para cada apelado/autor, enquanto que o Relator reduziu para R$ 3.000,00 os valores a serem pagos aos autores/menores Erik Henrique Queiroz Pereira, Luan Lobo do Santos Bispo Jose e Thiago Lobo dos Santos Bispo José.

Pois bem. Na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral há se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa. Para o arbitramento do dano moral deve-se então levar em consideração as condições do ofensor, do ofendido, bem como do bem jurídico lesado, atendendo ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

In casu, levando em conta que a situação vivenciada pelos autores, em especial pelos menores que há época dos fatos contavam com respectivamente com 09, 06 e 01 ano de idade, estando mais expostos às doenças em razão da baixa imunidade, entendo que a quantia fixada em primeiro grau, qual seja, o valor de R$ 10.000,00 para cada autor, não se mostra excessiva, mais sim suficiente para reparar os danos sofridos pelos apelados, sem gerar enriquecimento ilícito, bem como não onerar em demasia a requerida.

Posto isto, divergindo do ilustre Relator, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se a sentença na sua integralidade. Consequentemente, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, os honorários advocatícios de sucumbência a serem pagos pela concessionária ficam majorados em 2% sobre o valor da condenação.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, acompanhado pelo 2º vogal, vencido o relator, que lhe dava parcial provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC.

VOTO (EM 19/11/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (3º vogal)

Empresa de Saneamento Básico de Mato Grosso do Sul S/A - Sanesul apela da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, que julgou parcialmente procedente os pleitos iniciais da ação ambiental indenizatória ajuizada por Idalino José, Renata Cristina de Lima, Rafaela Queiroz Pacheco, Erik Henrique Queiroz Pereira, Laercio Bispo Jose, Rosália Lobos dos Santos Farias, Luan Lobo do Santos Bispo Jose e Thiago Lobo dos Santos Bispo José**,** em razão do vazamento de esgoto na região das residências dos autores - alguns menores representados por seus pais.

A apelante, em suas razões (f. 495-507), alega que não subsiste a obrigação da indenizar, uma vez que o vazamento ocorreu por culpa exclusiva da fábrica Eldorado Celulose e Papel S/A, a qual dobrou a capacidade de alojamento no local, ocasionando o transbordamento. Subsidiariamente, pugna pela redução do valor indenizatório para o *quantum* correspondente a um salário mínimo para cada autor.

O relator, Des. Alexandre Bastos, deu parcial provimento ao recurso, para minorar o valor dos danos morais fixados, para R$ 3.000,00 (três mil reais), para os menores, mantendo o valor arbitrado na sentença em relação aos demais autores da ação.

O 1º vogal, Des. Sideni Soncini Pimentel, negou provimento ao recurso, para manter a sentença na sua integralidade.

Em razão da técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC, analiso a matéria objeto da divergência.

Quando da sentença a juíza singular ponderou que:

> *"(...) não obstante o fato gerador do vazamento do esgoto ter sido causado pela Empresa Eldorado, resta evidente a responsabilidade da concessionária requerida por aludido vazamento, uma vez que, se esta não o causou diretamente, contribuiu para sua permanência.*
>
> *Com efeito, como responsável pelo esgoto neste Município, cabia à requerida adotar as providências que se fizessem necessárias para a solução do problema de forma célere e eficaz, ante a sua gravidade, no entanto, observa-se que os transbordamentos permaneceram de março de 2011 e, seguiram durante todos os meses, até 2012"* (item 8.4 – f. 452). (f. 488).

Irretocável a sentença no particular.

Embora a ré alegue que a responsabilidade é de terceiros (isto é, da empresa Eldorado Celulose e Papel S/A) em razão da ampliação da capacidade no alojamento - de 1000 para 1920 alojados, o que teria gerado o aumento da capacidade do sistema de destinação dos efluentes sanitários (item 8.2 -f. 451 do laudo pericial), tendo provocado, com isso, o transbordamento de esgoto nas ruas -, é inequívoca a má prestação de serviço pela ré, vez que foi desidiosa quanto a instalação de equipamento que, em tese, poderia ter evitado o infortúnio.

Os autores deduziram pretensão de reparação de danos em razão de transbordamento na rede de esgoto. Tal fato é incontroverso nos autos.

Na hipótese, ficou comprovado o nexo de causalidade entre a falta de providências da ré em solucionar o problema decorrente do extravasamento de esgoto e os danos morais sofridos pelos dos autores, visto que tiveram de se sujeitar ao temor de risco de contaminação e ao mau cheiro. É inadmissível que um cidadão tenha, por quase um ano, problemas com o esgotamento sanitário, conforme noticiado nos autos.

Como consignado pela juíza *a quo:*

> *"Além disso, observa-se a seriedade de referido problema, ao concluir o laudo pericial de f. 439/455, em seu item 8.8 que: "Os danos ambientais basicamente foram para a população do entorno dos extravasamentos que tomavam o local com mau cheiro e também a proximidade dos moradores com "rios" de excrementos que em certas ocasiões não haviam nem como adentrarem em suas casas sem pisarem neste "mar" de excrementos. Tal situação foi constrangedora ao extremo enquanto perdurou (de março a dezembro de 2011) (...) Como as ruas não tinham pavimentação (ruas de terra), em vários pontos, não havia como sugar todo o esgoto. Nestes pontos, o esgoto ficava ali, por dias até infiltrar no solo ou até ocorrer outro transbordamento da rede. Obviamente, o esgoto, rico em matéria orgânica, com o agravante de não ser somente o esgoto parcialmente tratado vindo do alojamento, "criava" nestes pontos de extravasamentos, ambiente propício para a proliferação de moscas e pernilongos e especialmente o mosquito palha, transmissor de leishmaniose, além de grande possibilidade de transmissão de doenças, entre as principais: ancilostomíase, ascaridíase, amebíase, cólera, diarreia infecciosa, disenteria bacilar, esquistossomose, estrongiloidíase, febre tifóide, febre paratifoide, salmonelose, teníase e cisticercose"* (f. 452-453)
>
> *Ademais, as fotosacostados aos autos (f. 81-95), demonstram claramente a situação descrita na inicial pelos autores, haja vista, que embora tenha a requerida realizado medidas paliativas para diminuir o problema, como por exemplo, instalar manilhas de concreto na tampa que apresentava vazamento, mesmo assim, o problema persistiu por tempo razoável.*
>
> *Dessa forma, observa-se que a conduta omissa da requerida, contribuiu para a permanência daquele cenário desagradável e perigoso à saúde vivenciado pelos autores por quase um ano."* (f. 488-489).

Evidente, pois, que os atributos da personalidade dos autores foram maculados.

O dano moral, na espécie, decorre da própria situação de fato vivenciada pelos autores, que, convenhamos, não é corriqueira e, por lógico, gerou desconforto acima do comum, causado pela invasão de dejetos de esgoto em sua residência.

A propósito:

> *"Apelação. Ação de indenização por danos materiais e morais. Prestação de serviços. Saneamento básico. Responsabilidade objetiva da empresa requerida, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Refluxo de esgoto e dejetos orgânicos que invadiram a residência da autora. Fatos incontroversos nos autos. Danos materiais comprovados. Ressarcimento devidamente determinado em primeiro grau e condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Eventos narrados e provados que suplantam a esfera do mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Recurso adesivo. Indenização por danos morais. Quantum indenizatório fixado à luz dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando as circunstâncias do caso concreto. Ausência de fundamentos para alteração do montante arbitrado. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso de apelação e adesivo desprovidos."* (TJSP; Apelação 4003315-18.2013.8.26.0032; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/02/2018; Data de Registro: 23/02/2018).

Sem dúvida não se trata de evento corriqueiro, mas sim de infortúnio capaz de ocasionar excepcional abalo e rompimento do equilíbrio anímico do indivíduo.

Quanto ao *quantum* indenizatório, a juíza singular fixou em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, enquanto que o relator reduziu para R$ 3.000,00 (três mil reais) os valores a serem pagos aos autores menores Erik Henrique Queiroz Pereira, Luan Lobo do Santos Bispo Jose e Thiago Lobo dos Santos Bispo José.

Como se sabe, inexiste parâmetro objetivo para quantificar o valor de uma indenização por dano moral. A tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também sentido punitivo ao lesionador.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavalieri Filho[1]:

> *"Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."*

A respeito do tema, Maria Helena Diniz destaca que:

> *"Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação eqüitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência."*[2]

A propósito julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) No que tange ao quantum indenizatório, desnecessária a excepcionalíssima intervenção deste STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais e estéticos foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso e, assim, possível modificação do respectivo quantum indenizatório requer o revolvimento de provas, o que é inadmitido em sede de recurso especial, ante o impedimento da Súmula 7/STJ."* (STJ -AgRg no AREsp 548.900/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016).

Aplicando os critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência, valendo-se de razoável prudência e senso de justiça para arbitrar a condenação, tenho que a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil) para cada autor e de R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada menor é suficiente e adequada para o restabelecimento da ordem jurídica violada, ao mesmo tempo em que não traz enriquecimento sem causa em favor dos autores, contribui para que

1 **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

2 **Curso de direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 78/79, v.7.

a concessionária tome as devidas cautelas para que não ocorra futuros atentados desta natureza (princípio do desestímulo).

Posto isso, acompanho o voto do relator; conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para fixar a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil) para cada autor e de R$ 3.000,00 (três mil reais) para cada menor de idade.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos o 1º e 2º vogais, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 19 de novembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator designado Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível nº 0803176-18.2017.8.12.0011 – Coxim

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RELAÇÃO DE CONSUMO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE CONSTATADA – CLÁUSULA RESTRITIVA – AUSÊNCIA DE PROVAS QUE DEMONSTREM CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CONSUMIDOR – LIMITAÇÃO DO VALOR SEGURADO EXPRESSO NO CERTIFICADO – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ARTIGO 47 DO CDC – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DI AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA SEGURADORA CONHECIDO E NÃO PROVIDO – SENTENÇA SINGULAR PARCIALMENTE REFORMADA.

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, rejeitaram a preliminar, no mérito, por maioria, deram parcial provimento ao recurso de Giovanni Diego Tobias Fernandes e negaram provimento ao apelo de Mapfre Vida S/A, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o Relator. O 3º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), convocado nos termos do art. 942 do CPC, acompanhou o 1º vogal.

Campo Grande, 23 de outubro de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Mapfre Vida S.A. apela da sentença de f. 359-365, proferida pelo douto juízo da 1ª Vara da Comarca de Coxim, Dr. Bruno Palhano Gonçalves, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária ajuizada por Giovanni Diego Tobias Fernandes, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar a requerida ao pagamento de R$ 13.634,25 (treze mil, seiscentos e trinta e quatro reais, vinte e cinco centavos), corrigidos monetariamente pelo IGPM desde a data da adesão do autor ao seguro de vida em grupo, e com a incidência de juros de mora de 1% ao mês, estes a contar da citação. Reconheceu a sucumbência recíproca e condenou as partes ao pagamento de 50% das custas processuais, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação em favor da parte autora e de 10% do valor do proveito econômico em favor da requerida, cuja exigibilidade restou suspensa, diante da gratuidade da justiça concedida ao autor.

Alega, preliminarmente, falta de interesse processual no feito pela falta de prévio requerimento administrativo, ressaltando o quanto decidido no REsp nº 1.454.730 e RE nº 631.240.

Também arguiu preliminar de julgamento *ultra petita*, porquanto decidido o feito fora dos limites da lide, a qual objetivou o pagamento da indenização no valor de R$ 228.074,00 com incidência de juros de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC desde a propositura da ação, de modo que deve ser no máximo aplicado o referido índice de correção.

Como prejudicial de mérito, aventa a prescrição da pretensão, porquanto superado o prazo ânuo após a ciência da invalidez, a teor do artigo 206, § 1º, II, "b", do Código Civil.

No mérito propriamente dito, alega que houve desrespeito com o percentual fixado pelo perito judicial como delimitador do grau de invalidez para fazer a respectiva correlação com a Tabela SUSEP, critérios esses que ponderados resultam no valor de R$ 10.907,40.

Também sustenta que o marco inicial da correção monetária iniciada com a data da última renovação.

Por fim, prequestiona dispositivos legais e constitucionais e requer o provimento recursal.

Conquanto intimado, o apelado não apresentou contrarrazões, segundo atesta certidão de f. 400.

Igualmente irresignado, Giovanni Diego Tobias Fernandes interpõe recurso de apelação às f. 381-387, pugnando pelo pagamento integral da apólice, afastando a incidência da Tabela SUSEP, em razão do disposto no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Requer, assim, o provimento do apelo para condenar a seguradora ao pagamento integral da apólice contratada no importe de R$ 228.074,00.

Contrarrazões às f. 390-399, defendendo o não provimento do recurso.

VOTO (EM 16/10/2019)

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

Conforme relatado, trata-se de recursos de apelação interpostos por Mapfre Vida S.A. e Giovanni Diego Tobias Fernandes contra sentença de f. 359-365, proferida pelo douto juízo da 1ª Vara da Comarca de Coxim, Dr. Bruno Palhano Gonçalves, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar a requerida ao pagamento de R$ 13.634,25 (treze mil, seiscentos e trinta e quatro reais, vinte e cinco centavos), corrigidos monetariamente pelo IGPM desde a data da adesão do autor ao seguro de vida em grupo, e com a incidência de juros de mora de 1% ao mês, estes a contar da citação. Reconheceu a sucumbência recíproca e condenou as partes ao pagamento de 50% das custas processuais, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação em favor da parte autora e de 10% do valor do proveito econômico em favor da requerida, cuja exigibilidade restou suspensa, diante da gratuidade da justiça concedida ao autor.

Nos termos do artigo 1.010 e parágrafos do NCPC, o d. juízo *a quo* conferiu os requisitos formais dos recursos, determinou a intimação dos apelados para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

Os recursos são tempestivos, de acordo com a certidão de f. 368. O autor-apelante é beneficiário da justiça gratuita, consoante decisão de f. 23-26 e o recurso da seguradora está devidamente preparado (f. 377-378).

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo os apelos nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à análise por ordem de prejudicialidade.

Do recurso de Mapfre Vida S.A.

Prescrição

Argui a seguradora prescrição da pretensão inicial, porquanto superado o prazo ânuo entre a ciência da invalidez e a propositura da ação.

Nos termos da Súmula 101 do Superior Tribunal de Justiça, "*a ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano*", de maneira que o prazo ânuo deve ser aplicado na hipótese em comento.

O Superior Tribunal de Justiça, em caso similar, cujos fundamentos podem ser aqui aplicados, já entendeu que o termo inicial do prazo prescricional para pleitear indenização em seguro de vida e/ou acidentes pessoais é a ciência inequívoca da invalidez permanente.

In casu, o autor sofreu acidente em 05.09.2016, de acordo com o Boletim de Ocorrência nº 1947/2016 e ingressou a presente demanda em 08.12.2017. Contudo, não há nos autos nenhuma outra prova que atestasse a ciência inequívoca da invalidez parcial e permanente do autor antes da realização do laudo pericial em juízo (f. 69-72).

Aliás, o *expert* assentou no laudo de f. 69-72:

> *"4. Favor descrever os tratamentos aos quais o Autor foi submetido, indicando as datas e os períodos de manutenção destes.* ***Fez cirurgia e depois, fisioterapia. Hoje recebeu alta médica****."* (g.n.)

Destarte, como o autor recebeu alta apenas na data da perícia judicial, restando ali assentado sua invalidez permanente, tem-se que não há prescrição a ser reconhecida.

Da falta de interesse de agir do autor.

Alega o apelante que o autor não possui interesse de agir por ausência de prévio pedido administrativo.

Não lhe assiste razão.

Sobre o tema, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, mesmo não requerida a indenização administrativamente, o beneficiário não está impedido de recorrer ao Judiciário para obter o valor que entende ser devido a título de seguro.

Sabe-se, pois, que é princípio ou direito fundamental expressamente previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, o da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Nessa extensão, observa-se que, à luz de tal princípio, ninguém é obrigado a procurar a via administrativa antes de ingressar com ação judicial, porquanto a não comprovação do pedido administrativo não subtrai do segurado o direito à persecução de sua pretensão em juízo, direito constitucionalmente garantido.

A doutrina tem entendimento consonante com o aqui esposado, o que se constata da lição de Fredie Didier Jr.[1], cujos termos a seguir transcrevo:

> *"Também não há exigência de esgotamento de outras instâncias, administrativas ou não, para que se busque a guarida jurisdicional. Quando assim o deseja, a própria Constituição impõe este requisito, como ocorre em relação às questões esportivas, que devem ser resolvidas inicialmente perante a justiça desportiva para que após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário. É a única exceção constitucional.*
>
> *Verifica-se ser esse também o entendimento firmado no C. Superior Tribunal de Justiça, que consignou "ser desnecessário o esgotamento das vias administrativas para caracterização do interesse de agir e, portanto, para o ingresso em juízo".*[2]

1 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador, BA: Jus Podivm, 2007. p. 80. v. 1.

2 REsp 764.560/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 01/08/2006 p. 529.

Corrobora o raciocínio sopesado acima a jurisprudência uníssona neste Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – INEXIGÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO – PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, XXXV E 217 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. Não há falar na exigência de requerimento administrativo prévio para ingressar com ação de cobrança na esfera judicial, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição."* (TJMS. Apelação Cível nº 0801424-18.2016.8.12.0020, Rio Brilhante, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 26/06/2019, p: 28/06/2019)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRESCRIÇÃO – TERMO A QUO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE – PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – PRELIMINARES AFASTADAS – TABELA SUSEP – AUSÊNCIA DE PROVA DE CONHECIMENTO INEQUÍVOCO – INAPLICABILIDADE – INDICAÇÃO DE QUE O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ PERMANENTE POR ACIDENTE SERIA PARCIAL – UTILIZAÇÃO DA PREPOSIÇÃO "ATÉ" – BENEFICIÁRIO QUE NÃO PODE ALEGAR DESCONHECIMENTO DA CONDIÇÃO – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A ação do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano, contado da ciência inequívoca da incapacidade laboral.* ***Não há falar na exigência de requerimento administrativo prévio para ingressar com ação de cobrança na esfera judicial, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.*** *Na existência de cláusula contratual prevendo que a indenização será "até" determinado valor do capital segurado, entende-se que foi observado o dever de informação, mostrando-se possível o pagamento do valor proporcional à invalidez existente, de acordo com o que restar apurado na perícia. O acréscimo de 200% ao segurado participante do plano "D" não incide sobre o valor da indenização previsto para invalidez permanente por acidente, mas sim, sobre o valor da cobertura básica, que é a indenização pela morte do segurado principal. O termo inicial da correção monetária dos seguros de vida e/ou acidentes pessoais é a data da celebração do contrato, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado."* (TJMS. Apelação Cível nº 0800634-08.2014.8.12.0019, Ponta Porã, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 29/08/2019, p: 02/09/2019) (g.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE – INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE – SENTENÇA SEM EFEITO – RECURSO PROVIDO. I -* ***É prescindível o esgotamento da via administrativa para que o recorrente possa pleitear o seu direito, socorrendo-se diretamente do Poder Judiciário, uma vez que o apelante possui direito, inclusive líquido e certo, de buscar a indenização devida pelos meios judiciais cabíveis, independentemente de prévio requerimento administrativo.*** *II -* ***É assente neste Tribunal de Justiça que a inexistência de pedido administrativo pleiteando a indenização do seguro não impede a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição****. III - Sentença cassada. Recurso provido."* (TJMS. Apelação Cível nº 0804094-49.2017.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 31/07/2019, p: 02/08/2019) (g.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTESTAÇÃO – NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – AFASTADA. MÉRITO – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE CONFIGURADA – RECEBIMENTO DO PERCENTUAL DO CAPITAL SEGURADO PROPORCIONAL À LESÃO SOFRIDA – PPREVISÃO EXPRESSA. RECURSO PROVIDO.* ***No Supremo Tribunal Federal, fixou-se o entendimento, no RE 631240, em repercussão geral, de que, nas ações previdenciárias, "para se caracterizar a presença de interesse de agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo", a qual é condicionada a prévio requerimento administrativo, o que não é a hipótese dos autos, que refere-se à indenização***

de seguro de vida em grupo. Condicionar o ajuizamento da ação de cobrança de seguro ao requerimento administrativo, resulta flagrante afronta à garantia constitucional de acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. O entendimento pela desnecessidade de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento da ação de cobrança foi firmado no incidente de uniformização de jurisprudência nº0803120-96.2015.8.12.0029/5000*0. Se no contrato de seguro de vida em grupo há expressa previsão de que no caso de acometimento de lesão parcial permanente do beneficiário o capital segurado será proporcional à lesão sofrida em conformidade com os percentuais trazidos na tabela nele prevista, não faz jus o segurado ao recebimento do valor integral, previsto para os casos mais graves de morte, invalidez por doença funcional e invalidez permanente total."* (TJMS. Apelação Cível nº 0800419-24.2014.8.12.0054, Nova Alvorada do Sul, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 29/06/2019, p: 02/07/2019) (g.n.)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – EXTINÇÃO DO FEITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – JUNTADA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDIÇÃO PARA REGULAR PROCESSAMENTO – DESNECESSIDADE – LIVRE ACESSO À JURISDIÇÃO – ENTENDIMENTO DO RE 631.240/MG APLICÁVEL APENAS A BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS – SENTENÇA INSUBSISTENTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 01. ***O exaurimento da via administrativa não é requisito para a obtenção da tutela jurisdicional, tendo a parte interessada a prerrogativa de ajuizar a demanda diretamente perante o Poder Judiciário, razão pela qual deve o feito originário ter o devido prosseguimento****. 02.* ***O Recurso Extraordinário nº 631.240/MG refere-se a benefícios previdenciários, não tendo se estendido, ao menos até o presente momento, às ações de cobrança securitárias****. 03. Esta Corte já sumulou o entendimento no Enunciado nº 4, conforme julgamento proferido em 25/04/2017 (DJMS 16/07/2018, p. 2 (caderno 2), em Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0803120-96.2015.8.12.0029/50000, no sentido de que "Não há necessidade de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de demanda relativa à cobrança de seguro vinculado ao DPVAT". 04. Recurso conhecido e provido."* (TJMS. Apelação Cível nº 0802150-73.2017.8.12.0014, Maracaju, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 29/04/2019, p: 02/05/2019) (g.n.)

Frisa-se, ainda, que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1310042[3] não se aplica à espécie dos autos, visto que a demandante pleiteia o pagamento de cobertura de seguro de vida e invalidez, sem natureza previdenciária e celebrado entre particulares, dotado, assim, de natureza privada.

E, como se sabe,

"(...) as seguradoras são insistentes em descumprir a lei, a formulação do pedido na via administrativa tornou-se praticamente inócua, pois o pagamento é quase sempre feito em desconformidade com a lei, o que acaba quase sempre por levar as partes à disputa judicial. Assim, sendo notório o posicionamento das seguradoras, o pedido feito diretamente ao Judiciário torna-se possível, pois é evidente o interesse de agir. Ademais, o acesso a jurisdição é garantia constitucional e se dá independentemente do esgotamento da via administrativa"[4].

Bem se vê, portanto, que, em consonância com o quanto externado na sentença invenctivada, não é necessário o esgotamento prévio da via administrativa para só então buscar a tutela jurisdicional.

3 "PREVIDENCIÁRIO – AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO – PROCESSO CIVIL.CONDIÇÕES DA AÇÃO – INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, CPC).PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – NECESSIDADE, EM REGRA.1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação (...). A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR.7. Recurso Especial não provido." (REsp 1310042/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012).

4 Inteligência do TJMS, Apelação Cível nº 0800991-39.2019.8.12.0010, Fátima do Sul, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 03/09/2019, p: 05/09/2019.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal adotou esse entendimento apenas nas ações previdenciárias, como se observa do RE nº 631.240/MG, julgado em 03/09/2014, não se aplicando ao caso presente, cuja pretensão visa o recebimento de indenização securitária decorrente de contrato de seguro de vida em grupo firmado entre as partes.

Conclui-se, pois, que o pedido da cobertura securitária na via administrativa não é *conditio sine qua non* para obtenção de tutela jurisdicional pretendida por meio de ação de cobrança, de modo que o autor não carece de interesse de agir.

Rejeito, assim, a preliminar suscitada.

Do julgamento *ultra petita*

Insurge-se a seguradora contra a condenação contida na sentença, sob o argumento de julgamento *ultra petita*, aduzindo que foi concedido índice de correção monetária diverso do pleiteado na exordial.

Com efeito, restou deduzido na petição inicial (f. 7-8):

> *"Do pedido:*
>
> *Ex positis, o requerente pugna a Vossa mui digne Excelência:*
>
> *a) O deferimento dos benefícios da justiça gratuita.*
>
> *b) A citação do réu para, querendo, apresentar resposta no prazo legal, sob pena de sofrer os efeitos da revelia, tendo-se como verdadeiros os fatos narrados na petição inicial.*
>
> *c) seja declarada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), com todos os consectários daí decorrentes, inclusive quanto à inversão do ônus da prova no tocante ao valor da indenização pleiteada, devendo a seguradora trazer aos autos a apólice do requerente, sob pena de ser julgado totalmente procedente o pleito indenizatório, adotando-se como regra de julgamento.*
>
> *d)* ***a condenação do réu ao pagamento do valor de R$ 228.074,00, com incidência de juros de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC desde a propositura da demanda, bem como nas custas processuais e honorários advocatícios na monta de 20% do valor da causa.***
>
> *e) subsidiariamente, caso fique constatada que a invalidez é decorrente unicamente de doença, rogamos pela sua condenação ao pagamento de indenização securitária prevista para a cláusula de invalidez permanente por doença.*
>
> *f) Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente juntada de novos documentos e perícia, e, àquelas que Vossa Excelência designar necessárias para o deslinde processual.*
>
> *Dá-se a causa o valor de R$ 228.074,00 (duzentos e vinte e oito mil e setenta e quatro reais)."* (g.n.)

O dispositivo da sentença, por suavez, consignou (f. 364-365):

> *"(...) Dispositivo*
>
> *Diante do exposto, com fundamento no art. 487, I, do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido deduzido por Giovanni Diego Tobias Fernandes contra Mapfre Vida S.A.,* ***a fim de condenar a requerida ao pagamento de R$ 13.634,25 (treze mil, seiscentos e trinta e quatro reais, vinte e cinco centavos), corrigidos monetariamente pelo IGPM desde a data da adesão do autor ao seguro de vida em grupo, e com a incidência de juros de mora de 1% ao mês, estes a contar da citação.***

Em razão da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento de 50% das custas processuais.

No tocante aos honorários, condeno o requerido ao pagamento de 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 85 do CPC, em favor do patrono da parte autora.

Condeno a parte autora, também, ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono do requerido, estes que fixo em 10% do valor do proveito econômico do requerido, ou seja, a diferença entre o valor postulado na inicial (R$ 228.074,00) e o valor da condenação (R$ 13.634,25), nos termos do artigo 85, § 2º do CPC, considerando-se a natureza repetitiva e a baixa complexidade da causa, assim como o tempo exigido para os seus serviços. A exigibilidade de tais verbas, no entanto, fica suspensa, diante da gratuidade da justiça concedida ao autor (p. 23/26).” (g.n.)

Infere-se que, de fato, embora inicialmente pleiteado o INPC, o eminente magistrado *a quo* entendeu correto o IGPM para fins de correção monetária.

Essa circunstância de forma alguma revela julgamento ultra petita, visto que o índice de correção monetária é apenas um consectário lógico da condenação, não importando alteração do pedido formulado.

Considera-se *extra petita* a decisão que aprecia pedido ou causa de pedir distintos daqueles apresentados pela parte postulante, isto é, aquela que confere provimento judicial sobre algo que não foi pedido.

Sendo assim, não ocorre julgamento *ultra petita* se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial.

Diante disso, na análise da petição inicial, verifico que a lide foi apreciada nos termos do pedido e da causa de pedir, razão pela qual não há falar em *decisum extra petita*. Ademais, o pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*.

Portanto, não há falar em ofensa aos limites da lide pela sentença na hipótese, na medida em que o juízo de instância singela simplesmente fez uma interpretação teleológica do quanto deduzido na inicial, reconhecendo o direito à indenização do seguro existente entre as partes e a forma como o valor seria pago.

Nesse sentido já estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL – PETIÇÃO INICIAL – PEDIDO – INTERPRETAÇÃO AMPLA – POSSIBILIDADE.

1. ***O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.***

2. O pedido deve ser interpretado como manifestação de vontade, de forma a tornar efetivo o processo, amplo o acesso à justiça e justa a composição da lide. Precedentes.

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. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 1049560/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 16/11/2010)” (g.n.)

“TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA – BASE DE CÁLCULO – PERÍODO-BASE 1990 – DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS – ***CORREÇÃO MONETÁRIA***

– IPC – OFENSA AO ART – 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA – JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADO.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou (f. 222, e-STJ): "Em relação à legislação aplicável ao período-base de 1990, a Lei n° 7.799/89 criou e adotou como índice de correção das demonstrações financeiras o Bônus do Tesouro Nacional Fiscal - BTN-F, atualizado pelo índice de Preços ao Consumidor – IPC (art. 1º, § 2º da Lei n° 7.799/89 e art. 5º, § 2º, da Lei nº 7.777/89). Com o advento da Lei n° 8.024/90, o BTN Fiscal foi desatrelado do IPC (art. 22), passando a ser corrido pelo índice de Reajustes de Valores Fiscais - IRVF (art. 1º da Lei n° 8.088/90).

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

3. ***Não caracterizou julgamento extra petita a decisão do Tribunal de origem que apreciou o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo. Sendo assim, não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na Inicial.***

4. Após o Plenário do STF declarar a inconstitucionalidade do art. 30, § 1º, da Lei 7.730/1989 e do art. 30 da Lei 7.799/1989, que fixaram o valor da OTN para o ano-base de 1989 como o índice de correção monetária das demonstrações financeiras daquele ano e de anos subsequentes, houve a extensão dos julgados para abranger as demonstrações financeiras do ano-base de 1990.

5. Assim, as Turmas integrantes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm reajustado seu entendimento ao da Suprema Corte, para concluir que, "para as demonstrações financeiras do ano-base de 1990 (Plano Collor I), deve ser aplicado o IPC vigente como o índice correto para o período, por força do art. 5º, § 2º, da Lei 7.777/89" (REsp 1.429.939/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.8.2015). No mesmo sentido: EREsp 1.030.597/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30.4.2014; EDcl no AgRg nos EREsp 617.511/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 19.3.2015; EREsp 811.619/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, DJe 19.4.2016; REsp 1.034.589/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 2.12.2015.

6. Agravo Interno provido." (STJ, AgInt no REsp 1683234/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 22/11/2018) (g.n.)

Afasto, pois, a preliminar.

Mérito

Extrai-se dos autos que o autor é segurado do contrato de seguro de vida em grupo de apólice nº 930.4529 (f. 13), firmado pela Fundação Habitacional do Exército – FHE em favor dos militares do exército e outros, consoante cláusula segunda, item 2.1.3, do Contrato de Seguro de Vida em Grupo (f. 122-149).

Por ocasião de acidente sofrido em 05.09.2016, o autor fraturou seu quadril num acidente automobilístico, o que lhe acarretou *"perda parcial e definitiva/permanente no quadril direito, em 40% de sua função, consolidado"*, de acordo com o laudo pericial quesito "b" (f. 70), tendo concluído o *expert*:

"2. Conclusão.

Acidente narrado na inicial, confirmado pelo exame pericial e pelos autos. Autor tratado e Sequela de fratura da coxa direita (femur direito), tem perda parcial e definitiva/permanente no quadril direito, em 40% de sua função, consolidado, perda principal para atividades fisicas."

Diante desse contexto, sentenciou o nobre magistrado de instância singela (f. 362-363):

> *"Com efeito, no caso concreto, o laudo pericial concluiu que o autor apresenta sequela parcial permanente no quadril direito, com perda de 40% (quarenta por cento) da sua função (f. 72). Em complemento, o documento de f. 119 comprova a qualidade de segurado do autor, bem como a previsão de cobertura securitária para o caso de invalidez permanente por acidente.*
>
> *Aliás, consta que o benefício, no caso de invalidez por acidente, é de até 200% da garantia de Morte (f. 119 dos autos), sendo que o benefício por morte no contrato em análise é de R$ 68.171,29.*
>
> *Note-se que a apólice contratada pelo autor prevê a aplicação da tabela SUSEP, em caso de invalidez parcial. Dessa forma, e para se aferir a gradação, é de se reconhecer a aplicabilidade à relação jurídica entabulada entre as partes da tabela editada pela SUSEP.*
>
> *Destarte, de acordo com a Circular nº 029 de 20 de dezembro de 1991, a tabela de f. 257* ***determina que seja indenizado no percentual de 20% quando a lesão de quadril for parcial.***
>
> *Note-se que é clara a existência de uma gradação no pagamento, tanto é que o prêmio, para o caso dos autos, é de até 200%, e não em valor fixo, como ocorre nas demais coberturas contratuais.*
>
> *Agregue-se, também, que um pagamento de 200% da cobertura para morte em um caso de invalidez parcial de 40% de quadril afrontaria os princípios da da proporcionalidade e da razoabilidade, além da boa-fé objetiva.*
>
> *Desse modo, cabe fazer a gradação da cobertura de acordo com o previsto na tabela da SUSEP. Assim, ao observar o laudo pericial, afere-se qual o grau de invalidez e então chega-se ao valor devido.*
>
> *Pois bem.* ***Em análise ao laudo pericial, o profissional nomeado pelo juízo concluiu que o autor apresenta perda parcial do movimento do quadril direito, em cerca de 40%, resultando em sequela permanente e parcial dos movimentos.***
>
> ***Portanto, para esse evento, a tabela (f. 257) prevê que o seguro será de 20% (vinte por cento) do valor segurado. Logo, multiplicando o valor apresentado no certificado do autor (f. 119), de R$ 136.342,58, já com a aplicação de 200% sobre a garantia de morte (que é de R$ 68.171,29), por 20%, chega-se ao valor de R$ 27.268,51 (vinte e sete mil, duzentos e sessenta e oito reais, cinquenta e um centavos).***
>
> ***Ademais, à vista dos parâmetros legalmente estabelecidos, sobre o valor de R$ 27.268,51 aplica-se o percentual de 50% (cinquenta por cento), pois a limitação anatômica sofrida pelo autor em decorrência do acidente foi, conforme a perícia, de 40% (quarenta por cento) de seu quadril direito, o que traduz a ocorrência de uma lesão de repercussão moderada.***
>
> *Assim, a indenização a qual o autor faz jus corresponde ao valor de R$ 13.634,25 (treze mil, seiscentos e trinta e quatro reais, vinte e cinco centavos), que deve ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, desde a data da adesão do autor ao seguro contratado (...)"* (g.n.)

Feito esse destaque, oportuno asseverar que o contrato avençado entre as partes encontra-se amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, diploma que é regido por diversos princípios, dentre os quais o princípio basilar da boa-fé objetiva.

Tal norma principiológica:

> *"(...) visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém".*[5] *Trata-se, pois, de uma regra de conduta vinculada ao "dever de agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas que possam esvaziar as legítimas expectativas da outra parte"*[6].

Acerca do contrato de seguro, mais especificamente, tem-se que:

> *"(...) conforme a própria definição legal (artigo 757 do Código Civil), o contrato de seguro representa a pactuação de uma indenização, por meio do pagamento de um prêmio, para a cobertura de riscos predeterminados. Trata-se de contrato aleatório, em que a álea está justamente na incerteza dos riscos, que, todavia, devem ser bem discriminados no contrato, uma vez que representam a delimitação do seu objeto." (...) Em outras palavras, a entidade seguradora somente responde pela indenização nos limites dos riscos assumidos no contrato. Por outro lado, a atividade securitária, ainda que referente a seguro em grupo, está abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor, pois a seguradora se enquadra no conceito de fornecedor e o segurado, no de consumidor, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Assim, para que seja verificada a extensão da cobertura e das hipóteses de exclusão de risco do contrato de seguro de vida em grupo, é necessária a apuração da observância dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, notadamente de seus artigos 6º, inciso III (direito à informação clara e adequada), 46 (inaplicabilidade do conteúdo que não for informado ao consumidor), 47 (interpretação mais favorável ao consumidor), 51, § 1º, inciso II (vedação da restrição de direitos inerentes à natureza do contrato) e 54, § 4º (exigência de destaque das cláusulas limitativas)"* [7]

In casu, a pretensão do autor está fincada no argumento de que seu quadro de invalidez parcial e permanente está comprovado nos autos através de perícia médica e por isso devido o pagamento da quantia integral segurada, mesmo porque lhe resultou impossibilidade do exercício das funções de militar e não teria sido cientificado antes das restrições existentes sobre o pagamento.

Sem razão, contudo.

Compulsando detidamente o acervo fático-probatório, extrai-se por incontroverso que o autor-apelante foi incluído no seguro firmado pela Fundação Habitacional do Exército – FHE desde 23.04.2013 (f. 120), tendo renovado sua adesão desde então.

Além disso, no próprio contrato originário pactuado entre a estipulante FHE e a requerida, consta que no Termo de Adesão Individual Simplificado (f. 120), a pessoa física englobada como segurado, externa sua intenção de aderir à contratação coletiva firmada pelo estipulante, declarando ter conhecimento e concordância com as condições contratuais e apólice previamente disponibilizada, a propósito da redação expressa:

> *"(...) Pelo presente instrumento, autorizo a minha inclusão na Apólice de Seguro de Vida em Grupo contratada pela FHE, junto ao conjunto de seguradoras liderado pela Mapfre, a quem concedo o direito de agir em meu nome no cumprimento das cláusulas das condições contratuais da referida apólice previamente disponibilizada pela Estipulante e das quais declaro ter conhecimento e concordo, devendo todas as comunicações ou avisos inerentes ao Contrato serem encaminhados diretamente à FHE que, para esta finalidade, fica investida dos poderes de representação aqui outorgados."*

Além disso, consta no mesmo termo de adesão individual que "*As Condições Gerais do produto estão disponíveis no site www.fhe.org.br/cgfam*" (f. 120).

E também no Certificado Individual de Seguro de Vida em Grupo acostado à f. 119:

5 NUNES, Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3 ed. Saraiva. p. 131.

6 BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. Saraiva, 2008. p. 221

7 Cfe. Agravo em Recurso Especial Nº 850.113 - RS (2016/0016344-2), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 04.04.2016.

> *"Certificamos que Giovanni Diego Tobias Fernande CPF 038.332.561-76 doravante denominado Segurado, está coberto pelo Seguro Coletivo de Pessoas, estipulado pela Fundação Habitacional do Exército (FHE) e que tem como seguradora a Mapfree Vida S/A, cujas condições gerais e contrato estão disponíveis no site da FHE (www.fhe.org.br) e nos Pontos de Atendimento da FHE."*

Como se não bastasse no mesmo Certificado Individual de Seguro de Vida em Grupo acostado (f. 119), ao estipular sobre o valor segurado, é apontada a cobertura de invalidez permanente parcial ou total por acidente o capital segurado de R$ 136.342,58 (f. 119) com a ressalva em negrito:

> *"Os valores das coberturas de morte e morte acidental não se acumulam;*
>
> *Cobertura de Invalidez Permanente Parcial ou Total por Acidente (proporcional à lesão e limitada ao Capital Segurado);*
>
> *Inclusão Automática de Filhos – Morte (de 0 a 18 anos)".*

A proporcionalidade da indenização, à toda evidência, é expressa.

Então, em casos assim, não me parece mesmo justo que o autor pretenda obter o valor da indenização integral, reservada apenas para casos extremos e graves de acidentes pessoais, sendo legítima a atuação da seguradora de limitar o valor do seguro à extensão da lesão efetivamente sofrida, principalmente em se considerando que o laudo pericial aferiu que o autor não está totalmente impossibilitado de exercer toda e qualquer outra atividade laboral ou praticar outros atos em sua vida.

Ademais, o autor, tanto quanto a seguradora, tem o dever de agir segundo os parâmetros da boa-fé objetiva, dali surgindo múltiplos deveres conexos, como o dever de transparência, de informação e de cooperação, por exemplo.

Nesse sentido, para além do art. 422 do CC de 2002, o próprio CDC traz, dentre suas normas principiológicas, o princípio basilar da boa-fé objetiva, o qual *"visa a garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém (...)"*[8], tratando-se de uma regra de conduta consubstanciada no *"dever das partes de agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas que possam esvaziar as legítimas expectativas da outra parte"*.[9]

É certo que, nos termos do CDC e da doutrina dominante, em especial do STJ, as "*cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, mormente quando se trata de contrato de adesão. Inteligência do art. 47 do CDC."* (REsp 1133338/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013).

Todavia, se da interpretação das cláusulas contratuais surge a natural constatação de que o autor pretende receber mais do que tem direito, não é possível dar-se uma interpretação contratual tão favorável que o leve a se locupletar indevidamente, recebendo mais do que o que tem direito.

É o que nos ensina Hamid Charaf Bdine Jr, em notas ao artigo 884 do CC de 2002:

> *"(...) A ausência de causa jurídica é o requisito mais importante para o reconhecimento do enriquecimento sem causa. Não haverá enriquecimento sem causa quando o fato estiver legitimado por um contrato ou outro motivo previsto em lei. Somente quando não houver nenhum destes dois fundamentos é que haverá ilicitude no locupletamento".*[10]

Noutro vértice, no contrato juntado aos autos às f. 127-128, restou especificado:

---

8 NUNES, Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3 ed. Saraiva. p. 131.

9 NUNES, Rizzato. *Op. cit*, p. 131

10 **Código civil comentado**. Coordenador Ministro Cezar Peluso. 10. ed. 2016, notas ao art. 884 do CC de 2002, p. 860.

"5.2.2. Invalidez Permanente Parcial Ou Total Por Acidente (IPA): ***Garante o pagamento de um Capital Segurado de até 100% (cem por cento)*** *ou de até 200% (duzentos por cento) do Capital para a garantia de Morte, de acordo com o quadro constante* ***na Cláusula 8 – Capitais Segurados, caso se caracterize a perda, redução ou impotência funcional definitiva, parcial ou total, de um membro ou órgão do Segurado, em virtude de lesão física causada direta e exclusivamente por Acidente Pessoal coberto, de acordo com a definição constante nas Condições Gerais e na Condição Especial desta Garantia****, exceto se o evento caracterizar-se como um dos riscos excluídos e/ou se ocorrer uma das hipóteses previstas na Cláusula Perda de Direito à Garantia, ambas nas condições Gerais." (g.n.)*

"Apenas para lançar a pá de cal sobre o tema, deve-se transcrever os fundamentos do voto do Min. Villas Boas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, que reformou acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul[11] *que havia decidido pela indenização integral em caso de lesão parcial permanente, como está agora fazendo o ilustre Relator desta apelação, de que veementemente divirjo, verbis:*

(...) O Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator):

A irresignação merece prosperar.

O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Cinge-se a controvérsia a definir se, na garantia securitária de Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente (IPA), o pagamento da indenização deve ser proporcional ao grau de incapacidade do segurado e se foi observado o dever de informação ao consumidor.

1. Do pagamento da indenização securitária decorrente da cobertura de Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente (IPA)

Como cediço, as garantias do seguro de pessoas dividem-se em básicas e adicionais. Comumente, a garantia básica é a de morte, sendo a de Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente (IPA) uma garantia adicional.

Nesse contexto, a cobertura IPA é a garantia do pagamento de uma indenização proporcional à garantia básica, limitada a 200% (duzentos por cento) desta (art. 2º, § 2º, II, da Circular SUSEP nº 17/1992), relativa à perda, à redução ou à impotência funcional definitiva, total ou parcial, de um membro ou órgão em virtude de lesão física, causada por acidente pessoal coberto.

Assim, não há falar na existência autônoma de um adicional de 200% (duzentos por cento) sobre a cobertura básica paralela à garantia IPA, pois tal percentual já é a própria fórmula de cálculo dessa garantia, ou seja, o seu valor é de até 200% (duzentos por cento) da cobertura básica.

Nesse passo, cumpre assinalar que, quando a invalidez for parcial, o valor indenizatório deverá ser proporcional à diminuição da capacidade física sofrida pelo segurado com o sinistro, devendo ocorrer o enquadramento da situação em tabela prevista nas condições gerais e/ou especiais do seguro, a qual segue critérios objetivos. Desse modo, para cada grau de inutilização definitiva da estrutura física do indivíduo, haverá um percentual adequado do capital segurado máximo, uma fração, apto a indenizá-lo.

Nesse sentido, os arts. 11 e 12 da Circular SUSEP nº 302/2005, que regulam o tema:

Seção III

Da Cobertura de Invalidez Permanente por Acidente

11 Apelação nº 0801899-69.2014.8.12.0011 – Coxim, 5a. Câmara. Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. 28.06.2017.

Art. 11. A cobertura de invalidez permanente por acidente garante o pagamento de uma indenização relativa à perda, à redução ou à impotência funcional definitiva, total ou parcial, de um membro ou órgão por lesão física, causada por acidente pessoal coberto.

Art. 12. Após conclusão do tratamento, ou esgotados os recursos terapêuticos disponíveis para recuperação, e constatada e avaliada a invalidez permanente quando da alta médica definitiva, a sociedade seguradora deve ***pagar uma indenização, de acordo com os percentuais estabelecidos nas condições gerais e/ou especiais do seguro.***

§ 1º Não ficando abolidas por completo as funções do membro ou órgão lesado, ***a indenização por perda parcial é calculada pela aplicação, à percentagem prevista no plano para sua perda total, do grau de redução funcional apresentado.***

§ 2º Na falta de indicação exata do grau de redução funcional apresentado, e sendo o referido grau classificado apenas como máximo, médio ou mínimo, a indenização será calculada, na base das percentagens de 75%, 50% e 25%, respectivamente.

§ 3º Nos casos não especificados no plano, a indenização é estabelecida tomando-se por base a diminuição permanente da capacidade física do segurado, independentemente de sua profissão.

§ 4º ***Quando do mesmo acidente resultar invalidez de mais de um membro ou órgão, a indenização deve ser calculada somando-se as percentagens*** *respectivas, cujo total não pode exceder a 100% (cem por cento).*

§ 5º Havendo duas ou mais lesões em um mesmo membro ou órgão, a soma das percentagens correspondentes não pode exceder à da indenização prevista para sua perda total.

§ 6º Para efeito de indenização, a perda ou maior redução funcional de um membro ou órgão já defeituoso antes do acidente, deve ser deduzida do grau de invalidez definitiva.

§ 7º A perda de dentes e os danos estéticos não dão direito à indenização por invalidez permanente." (grifou-se)

Logo, além de previsão contratual e normativa, pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a lesão parcial resultante de um acidente pessoal coberto não pode justificar o recebimento integral do capital segurado.

Ademais, eventual condenação da seguradora a indenizar a garantia adicional de Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente cumulada com suposto adicional de até 200% (duzentos por cento) da Cobertura Básica, que é a sua definição, acarreta bis in idem, ultrapassando os limites do contrato.

Por esclarecedora, cumpre transcrever a seguinte lição de ***Adilson José Campoy:***

(...)

10.1 ***A Garantia de Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente***

Garante o risco de invalidez permanente decorrente de acidente pessoal, tal como conceituado no contrato.

Ocorrido um acidente do qual decorra uma invalidez permanente, seja ela total ou parcial, faz jus o segurado a receber o capital previsto para a garantia (se total a invalidez) ou fração dele (se parcial a invalidez).

(...)

10.1.1 Cálculo do valor a ser pago no seguro de acidentes pessoais - A invalidez total e a parcial Na hipótese de uma invalidez permanente e parcial por acidente, os seguradores se utilizam até os dias de hoje de tabela criada pela Susep e que integrava a Circular 17/1992.

Por esta tabela são estabelecidos critérios objetivos para que o segurador realize o pagamento do capital segurado em caso de invalidez parcial.

Parecem-nos inconsistentes as críticas que, vez por outra, se faz a respeito da referida tabela, porque, em verdade, ela decorre de um processo lógico de raciocínio.

Exemplificativamente, a tabela determina que se de um acidente resultar a perda da visão de ambos os olhos do segurado a invalidez será tida por total de sorte que este segurado receberá 100% (cem por cento) do capital previsto para a garantia de invalidez por acidente. Se, no entanto, a perda resultante do acidente for da visão de apenas um olho, a invalidez será considerada parcial, impondo ao segurador o pagamento de 30% (trinta por cento) do capital segurado.

O mesmo raciocínio se aplica ante a perda dos dois membros inferiores ou de apenas um deles: no primeiro caso, a invalidez será total, e, no segundo, parcial.

Da mesma maneira, há previsão de que a perda de um único membro inferior levará ao pagamento de 70% (setenta por cento) do capital segurado. Mas, se a perda da função desse membro for parcial - digamos, haja diminuição de 50% da função desse membro sobre o percentual fixado na tabela será aplicado o percentual de diminuição ou perda da função do membro atingido.

Assim, nessa hipótese, se a tabela prevê 70% para a perda total da função do membro, e se essa perda foi de apenas 50% da função, o segurador estará obrigado a pagar 35% do capital segurado total, a partir do seguinte cálculo: capital segurado total x 70% (valor fixado na tabela para a perda total da função do membro) x 50% (percentual efetivo da perda de função do membro).

Haveria de ser diferente? Até poderia ser diferente, mas este foi o critério adotado e, nos parece, com acerto. ***A lesão parcial resultante de um acidente não pode levar a que o segurado faça jus ao recebimento integral do capital segurado, assim como a lesão parcial de um membro não pode levar a que receba o percentual previsto para a perda total da função desse mesmo membro.***

Admitir o contrário seria chegar ao absurdo em que um segurado que perdesse, em razão de um acidente, um dedo de uma das mãos recebesse, em termos percentuais, o mesmo que um outro segurado que tivesse perdido ambos os membros inferiores.

Enfim, ***no seguro de acidentes pessoais para a garantia de risco de invalidez permanente, o capital segurado será pago na proporção da diminuição da capacidade física resultante do acidente coberto. E a tabela a que nos referimos nada mais é do que um instrumento de prévia fixação das variadas perdas parciais que podem resultar de um acidente, afastando, assim, infindáveis discussões sobre o grau de incapacidade, acaso não existisse .*** *(CAMPOY, Adilson José. Contrato de Seguro de Vida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 157/158 - grifou-se)*

Na espécie, o Tribunal estadual pontuou que

(...)

(...) não há controvérsia acerca da invalidez permanente ensejadora do pagamento da indenização securitária. A matéria devolvida para análise deste Egrégio Tribunal de Justiça, na verdade, está relacionada apenas ao montante dessa indenização, ou seja, cinge-se em saber se deve ser aplicada ou não a Tabela da SUSEP, a qual estabelece coberturas parciais e proporcionais, de acordo com o grau de invalidez do segurado.

Sobre a incidência do percentual previsto a Tabela da SUSEP para determinar o montante da indenização, verifico que as seguradoras não se desincumbiram de seu ônus de demonstrar que, no momento da contratação, o segurado obteve conhecimento de que ao contrato aplicar-se-ia a tabela da SUSEP, ou seja, que o pagamento seria de acordo com o grau de invalidez, conforme determina o artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Deste modo, como as seguradoras não lograram êxito em comprovar que o segurado/consumidor possuía ciência de tais condições gerais e especiais do seguro efetivado, em observância ao art. 6º, III e 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, resta que o pagamento da indenização referente ao seguro, de fato, não deve ser parcial como determinou a sentença hostilizada, mas sim integral (f. 441).

Todavia, como pontificado na sentença, as Condições Especiais da Cobertura por Invalidez Permanente por Acidente previam expressamente que, em caso de acidente que acarretasse a invalidez permanente do beneficiário, o valor da indenização por perda parcial seria apurado mediante a aplicação de percentuais estabelecidos em tabela específica.

Acrescentou também que constava da apólice e do certificado de seguro que a invalidez permanente por acidente "(...) é de ***'até' determinado valor****, ressalva que não é feita para as demais coberturas" (f. 365),* ***o que evidenciava a devida prestação de informação ao consumidor.***

Além disso, infere-se que o valor máximo da cobertura IPA já estava dobrado ***(até*** *R$ 86.659,20), visto que a cobertura básica de morte era de R$ 43.329,60 (R$ 43.329,60 X 200% = R$ 86.659,20).*

A propósito, cabe reproduzir o seguinte excerto da mencionada decisão de primeiro grau:

(...)

No caso dos autos, restou satisfatoriamente comprovado o acidente sofrido pela parte autora em 01/04/2009, e a lesão permanente daí advinda, conforme documentos de p. 21/29, 31/44 e laudo pericial de p. 322/329. ***Porém, diferentemente do que postula o demandante, o valor da sua indenização não pode atingir o teto previsto no contrato de seguro.***

Afinal, nas Cláusulas Complementares da Cobertura por Invalidez Permanente por Acidente há expressa previsão de que, na hipótese de acidente que acarrete a invalidez permanente do beneficiário, o valor da indenização será apurado mediante a aplicação de percentuais estabelecidos em tabela específica (cláusula 5ª da p. 167).

Além disso, o certificado de seguro entregue aos segurados indica que o capital segurado para o caso de invalidez por acidente ***é de 'até' determinado valor,*** *ressalva que não é feita para as demais coberturas, a exemplo do que consta do certificado de p. 19, o que evidencia a inexistência de ofensa ao direito de informação do consumidor, sendo possível, por isso, a graduação do valor da indenização, em razão da quantificação das lesões e dos percentuais estabelecidos contratualmente.*

A propósito, merece destaque a disposição contratual no sentido de que a apuração do valor da indenização levará em consideração o valor do capital segurado vigente na data da ocorrência do sinistro, nos termos da cláusula 14ª das Condições Gerais (f. 161), in verbis:

Cláusula 14ª. Para efeitos de apuração do valor da Indenização ou do reembolso será considerado o valor do Capital Segurado vigente na data da ocorrência do Sinistro, conforme definido nas Cláusulas Complementares em relação a cada cobertura.

E, segundo o item 2.1.3 do contrato de seguro (p. 144), em se tratando de invalidez permanente por acidente, o capital segurado deverá corresponder a 200% daquele previsto na cobertura de referência, qual seja, a de morte.

*Assim, sobre o valor dobrado do capital segurado previsto no documento de p. 189/190 (que retrata o capital vigente à época do sinistro)**, deverá ser aplicado o percentual estabelecido na tabela de p. 167, observando-se, além disso, em caso de invalidez parcial, o grau de redução funcional apresentado**, tudo em conformidade com as cláusulas 5ª e 7ª das Cláusulas Complementares da Cobertura por Invalidez Permanente por Acidente (f. 167-168), a seguir transcritas:*

Cláusula 5ª. O valor da Indenização para a Cobertura de Invalidez Permanente por Acidente será apurado mediante a aplicação dos percentuais estabelecidos na Tabela abaixo sobre o valor do Capital Segurado estabelecido para esta Cobertura, e estará limitada a 100% (cem por cento) do valor do referido Capital:

[...] Cláusula 7ª. Não ficando abolidas por completo as funções do membro ou órgão lesado, a Indenização por perda parcial será calculada pela aplicação, à percentagem prevista na Tabela para sua perda total, do grau de redução funcional apresentado. Na falta de indicação de um determinado percentual de redução para os casos das articulações, e sendo informado apenas o grau dessa redução (máximo, médio ou mínimo), a Indenização será calculada, respectivamente, na base das percentagens de 75% (setenta e cinco por cento), 50% (cinquenta por cento) e 25% (vinte e cinco por cento). A rigidez caracteriza os 100% (cem por cento) da perda funcional da articulação.

Dessa forma, como o laudo pericial de f. 322-329 concluiu que a parte autora apresenta sequela permanente parcial no ombro esquerdo, e que, para a lesão em tela, a tabela de p. 167 prevê a aplicação do percentual de 25% sobre o capital segurado, o valor da indenização devida ao autor seria de R$ 19.845,40 (= R$ 79.381,60 x 25%), que, multiplicado pelo grau de redução funcional indicado pelo perito (ou seja, 30%), equivale à quantia final de R$ 5.953,62 (cinco mil novecentos e cinquenta e três reais e sessenta e dois centavos) " (f. 365/367 – grifou-se).

Esse entendimento, o qual prega que as condições gerais da apólice integram o contrato de seguro e podem limitar os riscos previamente ajustados, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior.

Sobre o tema:

DIREITO CIVIL – CONTRATO DE SEGURO – CLÁUSULA RESTRITIVA DE INDENIZAÇÃO – CONHECIMENTO DE SUA EXISTÊNCIA PELA PARTE SEGURADA – EFICÁCIA INDEPENDENTE DE SUA INSERÇÃO EM APÓLICE SECURITÁRIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O emprego literal dos arts. 1.434 e 1.460 do Codex Cível de 1916, da maneira utilizada pela instância ordinária, transmuta a natureza do contrato de seguro de consensual para formal, uma vez que a apólice de seguro não é o próprio contrato, mas, sim o instrumento deste, motivo pelo qual a cláusula restritiva de cobertura deve ser levada em consideração na solução do litígio.

2. Existindo conhecimento da parte contratante sobre a cláusula restritiva de indenização, não é possível ater-se ao formalismo e negar-lhe vigência, uma vez que este Superior Tribunal, ao analisar avenças securitárias, tem dado prevalência ao ajuste entre as partes aos rigores formais do contrato.

3. Recurso especial provido para reconhecer a limitação do risco inserido nas condições gerais do seguro a fim de limitar a indenização securitária naqueles termos. " ***(REsp nº 595.089/MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina*** (Desembargador Convocado do TJ/RS), DJe 17/3/2010 – grifou-se)

*Logo, constata-se que não houve deficiência no dever de informação da seguradora, visto que as garantias contratadas estavam especificadas na apólice, com previsão de que a cobertura IPA poderia ser paga em valor inferior ao capital segurado "(...) '**até**' R$*

86.659,20" (f. 19), além do devido esclarecimento no Manual do Segurado, afastando-se qualquer violação dos arts. 46, 47 e 54 do CDC. Cumpre acentuar, como já decidido por este Tribunal Superior, que "(...) O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir ***igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros*** *que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios" (REsp nº 586.316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 19/3/2009 – grifou-se). Em outras palavras, as normas consumeristas visam equilibrar a relação contratual e não desiquilibrá-la de forma arbitrária ou desmedida apenas para favorecer a qualquer custo a figura do consumidor. Enfim, não pode a seguradora ser condenada a indenizar o valor integral da garantia adicional de Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente se a incapacidade foi parcial, devendo o montante indenizatório, com a quantia já dobrada em relação à sua referência (Cobertura Básica de morte), sofrer o devido ajuste segundo a lesão sofrida pelo segurado, sobretudo quando observado razoavelmente o dever de informação ao consumidor.*

2. Do dispositivo. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer os efeitos da sentença.

É o voto."

A aplicação da Tabela SUSEP, constante da apólice, como acima destacado, é de rigor no caso presente, não se podendo dar albergue à pretensão da autora, devendo a indenização recair, tão-somente, na proporção da extensão do grau da lesão apresentada, e não da totalidade dos dois seguros, como o fez o r. juízo de primeiro grau e, de igual forma, o e. relator.

Afinal, como apontado no aresto do Superior Tribunal de Justiça, acima transcrito, se, de um lado as normas consumeristas objetivam equilibrar a relação contratual, não se pode fazer interpretação das cláusulas que levam a exageros, favorecendo a qualquer custo a figura do consumidor, olvidando, para se chegar a uma conclusão dessa natureza, como o fez o douto relator, concessa vênia, normas principiológicas contidas no próprio CDC e no CC, que se referem à observação da boa-fé contratual e dos deveres anexos a esse princípio e à vedação do enriquecimento sem causa, que fatalmente ocorrerá se se indenizar na forma prevista na r. sentença, mantida pelo e. Relator, e com cujo pensamento nem de longe compactuo.

Last but not least.

Rejeito fundamentalmente as argumentações dos demais membros desta Colenda Câmara, com todo respeito, no sentido de que o consumidor não teve pleno conhecimento dos termos da apólice de seguro, no ato da contratação. Trata-se de jurisprudência já superada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Primeiro, porque este Tribunal vem dando um cunho protetivo pseudamente social tratando o consumidor como se fosse um incapaz absoluto para os atos da vida civil, alguém analfabeto, "induzido em erro", quando essa não é a realidade que emerge do meio em que o contrato foi celebrado.

No caso, inclusive, e para chamar a atenção, a autora se qualificou como funcionária do próprio Banco Bradesco, onde chegou inclusive a exercer a gerência em uma agência no Interior.

Não se trata, portanto, de pessoa inculta, analfabeta, mas pessoa com grau de instrução suficiente para chegar ocupar o alentado cargo.

Neste contexto fático, o suposto desconhecimento das cláusulas do contrato não tem qualquer razão de ser para uma pessoa que é instruída, como a autora.

Ademais, posicionamento em sentido contrário deixa de levar em consideração que estamos em pleno Século XXI, na ultramodernidade dos meios de informação e comunicação, desde um telejornal até a realização de contratos por meio eletrônico, com tecnologia de ponta colocada a serviço do cidadão.

Presentemente, as contratações não se dão - em grande parte - sequer por meio de contrato escrito celebrado entre as partes, principalmente os de massa, respeitados os limites impostos pelo Código de Defesa do Consumidor.

São celebrados pela internet, pela rede mundial de computadores, que todo cidadão tem acesso (fato inegável), ainda mais os de certo grau de instrução, como o autor, por e-mail, por whatsapp, por aplicativos específicos encontrados na internet, enfim, por uma variedade enorme de ferramentas e aplicativos que possibilitam contratações em tempo real, sendo presentemente possível, inclusive, até mesmo fazer sua declaração do imposto de renda por meio de aplicativo que a Receita Federal está disponibilizando este ano para os contribuintes. Negar a evolução dos métodos de contratação modernos, superados os classicismos da contratação vigentes ainda nos Séculos XIX e XX, é fechar os olhos para a realidade que circunda ao nosso redor. Cada dia vivenciamos, mais e mais, em escala mundial e evolutiva, a indispensabilidade da internet em nosso dia-a-dia, que possibilitam amplo acesso a todo e qualquer tipo de informação desejada pelo cidadão de bem.

Contratos são celebrados diária e constantemente por meios eletrônicos, e se trata de uma afirmação que não pode ser colocada em dúvida, porque se assim se fizer haveria negação da existência de uma acentuada e veloz evolução da era moderna, em pleno Século XXI, em que as transmissões eletrônicas são cada vez mais intensa entre os cidadãos e entre estes e empresas, inclusive conglomerados financeiros.

Contratos são celebrados, notadamente, até por simples via telefônica. Basta ver os contratos de assinatura de pacote de dados na internet com operadoras de telefonia celular e de acesso à rede wi-fi, bem como operadoras privadas de televisão. Basta ver, ainda, os contratos que também se faz via celular, por telefone ou por aplicativos específicos, na contratação de cartões de crédito, e ampla utilização da rede de telemarketing.

A realidade virtual invadiu nossas vidas, nossos lares, nosso trabalho, nossas relações pessoais e comerciais, e esta é uma realidade que não pode ser ignorada, com todo respeito.

E também, e não menos importante.

As contratações de seguro envolvem etapas que são seguidas segundo a recomendação da SUSEP.

Assim, primeiro existe uma proposta (no caso de adesão a um contrato de seguro já contratado anteriormente pelo seu empregador) e a declaração de saúde do proponente. Nessa proposta já são estabelecidos o valor do prêmio a ser pago e o valor do capital segurado. No caso, inclusive, o valor do seguro por acidente era de até determinado valor, como afirmei acima, o que já evidencia que ao segurado não é lícito ignorar que, nessa hipótese, somente receberia o valor cheio se viesse a se consolidar uma invalidez permanente por acidente, ou seja, total, que colocaria o contratante, por exemplo, em um desses estados físico ou mental, constante da descrição do contrato juntado.

7. Na Condição Especial da Cobertura Adicional de Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente integrante das Condições Gerais do Seguro de Vida em Grupo, há cláusula regulando o grau de invalidez nos seguintes termos (f. 189):

4. Determinação do Grau de Invalidez

4.1. O pagamento de qualquer indenização por invalidez permanente por acidente, seja total ou parcial, estará condicionado à constatação de invalidez permanente, ou seja, após conclusão do tratamento do segurado (ou esgotados os recursos terapêuticos para sua

recuperação) e verificada a existência de invalidez permanente, avaliada quando da alta médica definitiva, com o(s) grau(s) e tipo(s) de invalidez definitivamente caracterizado(s) e mediante diagnóstico médico final a ser apresentado pelo segurado.

4.2. ***No caso de invalidez parcial por acidente, não ficando abolidas por completo as funções do membro ou órgão lesado, o valor da indenização por perda parcial será calculado pela aplicação, para sua perda total, do grau de redução funcional apresentado da porcentagem prevista na Tabela para Cálculo de Indenização em Caso de Invalidez Permanente por Acidente, transcrita no final desta condição especial****." (g.n.)*

Em seguida, na tabela mencionada é indicada a proporção:

Parcial Membros Inferiores	Perda total do uso de um dos membros inferiores	70
	Perda total do uso de um dos pés	50
	Fratura não consolidada de um fêmur	50
	Fratura não consolidada de um dos segmentos tíbio-peroneiros	25
	Fratura não consolidada da rótula	20
	Fratura não consolidada de um pé	20
	Aniquilose total de um dos joelhos	20
	Aniquilose total de um dos tornozelos	20
	Aniquilose total de um quadril	25
	Perda parcial de um dos pés, isto é, perda de todos os dedos e de uma parte do mesmo pé	10
	Amputação do 1º (primeiro) dedo	3
	Amputação de qualquer outro dedo	
	Perda total do uso de uma falange do 1º dedo, indenização equivalente 1/2, e dos demais dedos, equivalente a 1/3 do respectivo dedo	
	Encurtamento de um dos membros inferiores	15
	- de 5 (cinco) centímetros ou mais	10
	- de 4 (quatro) centímetros	6
	- de 3 (três) centímetros	
	menos de 3 (três) centímetros: sem indenização.	

No caso dos autos, entrementes, houve equívoco na r. sentença quanto ao cálculo.

Explico.

Sobre o valor total segurado de R$ 136.342,58 (f. 119), aplica-se o percentual de 20% referente à lesão do quadril, exposta na Tabela SUSEP, reduzindo à perda efetiva do membro de 40%, o que perfaz a quantia de R$ 10.907,40 (dez mil, novecentos e sete reais e quarenta centavos), sobre o qual incidem juros de mora desde a citação e correção monetária desde a renovação do seguro – (cálculo:40% de 20% = 8% x R$ 136.342.58 = R$ 10.907,40)

Evidente, dessa forma, que a perda parcial da função do quadril não pode ter o mesmo valor para o caso de o autor ficar inválido e em uma cadeira de rodas. É um *non-sense* admitir-se o contrário.

Admitir o contrário, como objetiva o autor, é pretender enriquecer-se indevidamente, tendo em vista a lesão sofrida, que atingiu o quadril, fato que, em absoluto, em qualquer instante o erige à condição de lesão parcial e permanente das funções de seu corpo, o que significa que a indenização tem – e deve ter – valor menor. O artigo 884 do CC de 2002 veda a pretensão de enriquecimento indevido e o Judiciário não pode avalizar pretensão dessa natureza.

Assim, é de se ver que não é legítima a pretensão do autor em perceber o valor total da indenização, que, a propósito, é o mesmo valor para o caso de morte acidental, como mais uma vez se afere no documento de f. 119.

Em conclusão, nada mais justo e nem pode o autor argumentar em sentido contrário, para querer receber mais do que o devido. Não me parece que o *homo medius* aceitaria a fundamentação para condenar a seguradora ao pagamento de valor maior porque supostamente não teria tido conhecimento prévio do teor da cobertura da invalidez parcial permanente, em desconformidade com o Código de Defesa do Consumidor.

Como visto, o autor era segurado aderente do contrato pactuado pela estipulante FHE desde 2013 tendo renovado a adesão, o que leva à conclusão que tinha sim conhecimento das cláusulas a que também estava adstrito primeiro porque efetivamente contratadas pela estipulante Fundação Habitacional do Exército – FHE, segundo porque renovada a adesão e terceiro porque precisamente informado o conteúdo das mesmas nos endereços eletrônicos constantes da apólice.

E aqui não me parece que a pretensão autoral pudesse ser jurídica (e legalmente) tutelada quando busca valor de indenização como se houvera sofrido lesão corporal total, e se constata que essa lesão não passou da deficiência funcional do tornozelo direito, sem que essa lesão possa se consubstanciar, para efeitos de indenização na forma contratada, lesão total de todas as funções corporais ou de funções corporais essenciais como são a visão dupla, a perda de membros superiores ou inferiores, perda ou amputação de ambos os pés e a alienação mental total e incurável. Não se pode nivelar o percentual indenizatório da lesão sofrida pelo autor ao mesmo percentual dessas incapacidades realmente graves, assim descritas como tal na tabela.

Ainda que se desse interpretação mais favorável ao autor, no exame das cláusulas contratuais, na forma do art. 47 do CDC, ainda assim ao juiz é vedado tutelar em conformidade com o pedido, mas sim deve tutelar em conformidade com o que resulta dos termos contratuais, ainda que o autor possa afirmar – sem ressonância nos autos – que os termos não foram claros.

Com efeito, o juiz não pode fazer fechar os olhos para a realidade, para os fatos vivenciados nos autos, provado nos autos, e tutelar contra esses fatos, porque ao assim fazer estará ele juiz também julgando contra a prova dos autos, e sabidamente não lhe é lícito assim proceder.

Condenar as seguradoras-rés a pagar o valor total da indenização objetivada pelo autor, sem considerar o grau da lesão que sofreu e o membro que foi afetado pelo acidente noticiado na inicial, seria condenar contra a realidade dos autos e seria, também, condenar sem o devido lastro probatório.

Ainda que se reconheça que o contrato tenha ofendido ao disposto no art. 46 do CDC ou ao artigo 6º, III, do mesmo diploma, só por si, não pode levar – *ipso facto* – ao acolhimento da pretensão do autor, sem levar em consideração os fatos que resultaram provados.

A declaração de falta de informação acerca das cláusulas contratuais, se isto ocorresse, deveria levar a uma consequência que encontra ressonância tanto na prova dos autos como, de igual forma, deveria albergar uma consequência jurídica que tutelasse a pretensão do autor, inexistentes na espécie, principalmente porque os representantes da FHE pactuaram em benefício dos segurados aderentes, de modo que estes não tem margem negociação, visto que apenas aderem aquilo previamente estabelecido entre a estipulante e as seguradoras.

Se assim se fizesse, cego às consequências de decisão de tal natureza, haveria malversação da atividade jurisdicional que estaria sendo invocada para tutelar um ilícito, o que não se compactua com a liberdade e independência que a lei atribui ao juiz para julgar segundo o lastro probatório, motivadamente, até porque não há nenhuma ilegalidade na redação das cláusulas supracitadas, além da tabela transcrita na sequência das condições gerais do contrato, na parte relativa à cobertura adicional de invalidez parcial permanente, razão por que também por esse motivo não se poderia conceder ao autor mais do que faz jus, segundo a mesma prova.

O conjunto probatório e a natureza do direito pleiteado, não podem levar a outra consequência que não aquela dada pelo douto juízo da causa, devendo a r. sentença ser mantida.

Aliás, a bem da verdade, a r. sentença tutelou exatamente o devido – embora o cálculo estivesse incorreto - porque condenou ao pagamento correspondente a 20% do valor total (multiplicado por 40%, que foi o grau da lesão apontada pelo perito), utilizando a tabela da SUSEP, que corresponde, em seu conteúdo, à tabela inserida no contrato.

Em resumo, o que estou afirmando é que no contrato de seguro de vida em grupo o segurado não pode pretender receber indenização maior do que a extensão do dano corporal sofrido, em obediência, inclusive, ao princípio da boa-fé contratual e o juiz, de outro lado, não pode decidir contra o que resulta provado dos autos, segundo seu convencimento motivado.

Se o perito atestou que o autor sofreu perda de 40% da função do quadril, tal fato não significa – *ipso jure* – que haverá de receber o valor total da indenização contratada, cujo teto só se aplica para os casos realmente considerados graves a ponto de inviabilizar as atividades normais do dia a dia do segurado, como a perda da visão de ambos os olhos ou a perda total da mobilidade dos braços superiores ou inferiores, *ad exemplum.*

Em casos tais, portanto, revela-se legítima a aplicação da tabela SUSEP, que indica o *quantum* indenizável, caso a caso, segundo a extensão da lesão sofrida pelo segurado, devendo-se repelir pretensão injusta, de percepção do valor integral da indenização, o que se consubstanciaria, em última análise, em decisão contra a prova dos autos e, mais do que isto, sem qualquer causa jurídica que justificasse a imposição do valor total indenizatório objetivado pelo segurado apelante.

Corroboram esse raciocínio precedentes atuais dessa Egrégia Corte nesse exato sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO NCPC – AÇÃO DE COBRANÇA C/C PEDIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE CONFIGURADA – RECEBIMENTO DO PERCENTUAL DO CAPITA – SEGURADO PROPORCIONAL À LESÃO SOFRIDA – POSSIBILIDADE – TABELA EXPRESSAMENTE PREVISTA NAS CONDIÇÕES GERAIS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* ***O segurado faz jus ao recebimento de valor proporcional ao grau de invalidez, se no contrato de seguro de vida em grupo há expressa previsão de indenização para a invalidez parcial e permanente do beneficiário, em conformidade com os percentuais trazidos na tabela nele prevista e o capital segurado. A informação, no certificado individual do seguro de vida em grupo, de que o capital segurado para a invalidez permanente é de até R$ 144.254,34 implica em ciência, do autor, de que o valor será proporcional ao grau de invalidez."*** (TJMS. Apelação nº 0803407-25.2015.8.12.0008, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 29/11/2017, p: 18/01/2018) (g.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA SEGURADORA – CLÁUSULA EXCLUDENTE DE COBERTURA PARA AS CHAMADAS DOENÇAS PROFISSIONAIS – DOENÇA LABORAL QUE SE EQUIPARA A ACIDENTE DE TRABALHO – HIPÓTESE QUE, SEGUNDO O STJ, SE ENQUADRA NO CONCEITO DE ACIDENTE PESSOAL DEFINIDO NO CONTRATO DE SEGURO – CLÁUSULA EXCLUDENTE INAPLICÁVEL POR AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A CIÊNCIA DA CONSUMIDORA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 46 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. As lesões incapacitantes sofridas em decorrência de atividade laborativa incluem-se no conceito de acidente de trabalho, cujo acidente não pode ser excluído da definição de acidente pessoal consignado no contrato de seguro. Precedentes do STJ. Mesmo que não se repute abusiva a cláusula excludente de cobertura para as chamadas doenças profissionais, tal cláusula não deve obrigar o consumidor quando a seguradora não provar ter ele tido prévio conhecimento de seu conteúdo, como exigido pelo artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO –* ***RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO SEGURADO – PRÉVIO CONHECIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE VALOR INDENIZATÓRIO ATÉ***

DETERMIMADO QUANTUM EM CASO DE INVALIDEZ PERMANENTE POR ACIDENTE – CORRETA APLICAÇÃO DA TABELA SUSEP – MANUTENÇÃO DO VALOR DE INENIZAÇÃO *– RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*

Em homenagem a boa-fé que regula as relações negociais, tem-se que o segurado, no contrato de seguro de vida em grupo, não pode pretender receber indenização maior que a extensão do dano corporal sofrido, quando demonstrado ter tido o segurado ciência prévia de que a apólice estipula valor de indenização para acidente pessoal por invalidez permanente até um teto máximo, o que permite concluir a existência de gradação na aferição da extensão do dano sofrido; via de consequência, legítima a aplicação da tabela SUSEP no cálculo do valor de indenização.*"* (TJMS. Apelação nº 0800622-81.2015.8.12.0011, Coxim, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 31/01/2017, p: 01/02/2017) (g.n.)

Portanto, não há que se emprestar outra solução ao caso. Para situações idênticas, decisões também idênticas, regra prestigiada no NCPC.

Imperiosa a adequação do valor indenizatório, de acordo com a Tabela SUSEP.

Da Correção Monetária

Derradeiramente, a seguradora postula que a atualização monetária incida desde a última renovação da apólice do contrato de seguro.

O douto juízo de primeiro grau decidiu que a correção monetária incidisse desde a data da adesão do autor ao seguro de vida em grupo.

Ocorre que muito embora o douto juízo tenha adotado a data da adesão do seguro de vida em grupo, datado de 2013, é certo que os valores das coberturas são reajustados pelas renovações, por isso colacionado pela seguradora o Certificado Individual de Seguro de Vida em Grupo vigente à época dos fatos (f. 119), cuja vigência era de 25.08.2016 a 24.09.2022.

Por oportuno:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRESCRIÇÃO ACOLHIDA EM PRIMEIRO GRAU AFASTADA – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ – TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO SECURITÁRIA – ART. 1.013, § 4º, DO CPC – JULGAMENTO DO MÉRITO – INVALIDEZ FUNCIONAL POR DOENÇA – CÂNCER METASTÁTICO – INDENIZAÇÃO NO VALOR DO CAPITAL PREVISTO NA APÓLICE – JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA ÚLTIMA RENOVAÇÃO DA APÓLICE – DANOS MORAIS INDEVIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O prazo prescricional anual para reclamar o pagamento de indenização securitária conta-se da ciência inequívoca da invalidez, sendo, no caso, o trânsito em julgado da sentença proferida na ação previdenciária. ***A correção monetária incide desde data da última renovação da apólice de seguro, com juros de mora desde a citação****."* (TJMS. Apelação Cível nº 0801398-58.2018.8.12.0017, Nova Andradina, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 10/09/2019, p: 17/09/2019) (g.n.)

"EMENTA – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO SEGURADO QUE SOFREU INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL POR ACIDENTE – INCONFORMISMO CONTRA O CAPÍTULO DA SENTENÇA QUE, AO CALCULAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO, CONSIDEROU O GRAU DA INVALIDEZ, APLICANDO A TABELA SUSEP PREVISTA NAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO – ALEGAÇÃO DE QUE NÃO TEVE CIÊNCIA DAS CONDIÇÕES GERAIS, TENDO AO DIREITO AO RECEBIMENTO DO VALOR INTEGRAL PREVISTO NA APÓLICE – AFIRMAÇÃO QUE NÃO CORRESPONDE COM A VERDADE DOS FATOS – SEGURADO QUE ASSINOU A PROPOSTA DE ADESÃO, EM ÉPOCA ANTERIOR AO SINISTRO E A PRÓPRIA VIGÊNCIA INDIVIDUAL DO CONTRATO,

*EM QUE DECLAROU TER CONHECIMENTO DO INTERIOR TEOR DA CONDIÇÕES GERAIS E CONTRATUAIS DO SEGURO – HIPÓTESE QUE AUTORIZA A APLICAÇÃO DA TABELA SUSEP – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I- Não há falar em desconhecimento da aplicação da tabela SUSEP, quando se verifica que o segurado assinou Proposta de Adesão em que declarou, em destaque, com letras garrafais e em negrito, ter conhecimento do disposto do inteiro teor das condições gerais do contrato de seguro. II- Dessa forma, tendo o sinistro ocorrido antes do inicio da "vigência individual" do contrato de seguro anexado aos autos, mas meses após a assinatura da proposta de adesão coletiva, cujas condições gerais expressamente prevê a possibilidade de aplicação da tabela SUSEP, deve ser afastada a pretensão do segurado de receber o valor da indenização no valor total previsto na apólice para caso de invalidez permanente parcial por acidente, sem aplicação da mencionada tabela. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA SEGURADORA – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR POR NÃO TER O SEGURADO EFETUADO PRÉVIO REQUERIMENTO DO SEGURO NA VIA ADMINISTRATIVA – REJEITADA – MÉRITO – ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DE QUE O VALOR DA INDENIZAÇÃO SEJA CALCULADO COM BASE NO CAPITAL SEGURADO VIGENTE À DATA DO SINISTRO – REJEIÇÃO DA PRETENSÃO DE QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDA A PARTIR DA DATA DA RENOVAÇÃO DA APÓLICE DO SEGURO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I- Rejeita-se a preliminar de falta de interesse de agir por ter a seguradora manifestado resistência a pretensão formulado pelo segurado, sustentando a tese de inexistência do dever de indenizar quando da contestação apresentada em juízo. II- **O entendimento jurisprudencial é no sentido de que o capital segurado sobre o qual será calculado a indenização securitária é àquele previsto na apólice vigente à época da ocorrência do sinistro, entendimento aplicável ao caso concreto, ainda mais porque consta no próprio Certificado Individual do Seguro de Vida Grupo anexado aos autos a informação de que, "em caso de sinistro, será considerado o valor do capital segurado vigente na data da ocorrência de cada evento coberto"** III- Diante da peculiaridade dos autos, a correção monetária deve incidir desde a data da celebração da proposta de adesão até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado."* (TJMS. Apelação Cível nº 0801633-77.2017.8.12.0011, Coxim, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 06/06/2019, p: 10/06/2019) (g.n.)

Assim, também aqui o recurso há de ser provido para determinar que a correção monetária incida a partir da renovação operada em 25.08.2016, sendo aquele o termo inicial da correção monetária.

Do recurso de Giovanni Diego Tobias Fernandes

Diante das ponderações sopesadas no recurso acima, as quais adoto para fundamentar também este recurso, restam rechaçadas as objeções do autor que pretendia o recebimento do valor integral da apólice.

Prequestionamento

Importa consignar que "*não há violação do art. 489 do NCPC quando há manifestação, de forma fundamentada, sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia"* (STJ, AgInt no REsp 1545838/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018), sendo, por isso, despicienda a menção expressa sobre todos os dispositivos legais suscitados.

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito a prejudicial de prescrição bem assim como as preliminares de falta de interesse processual e julgamento *ultra petita*, conheço da apelação de Mapfre Vida S.A. e lhe dou parcial provimento para adequar o valor indenizatório para R$ 10.907,40 (dez mil, novecentos e sete reais e quarenta centavos), sobre o qual incidem juros de mora desde a citação e correção monetária desde a renovação do seguro operada em 25.08.2016. Mantenho, no mais, a sentença tal como prolatada.

Quanto ao apelo de Giovanni Diego Tobias Fernandes, dele conheço, mas lhe provimento.

Como corolário do improvimento do recurso do autor, majoro em 2% os honorários sucumbenciais em favor do patrono da seguradora-requerida, a teor do artigo 85, § 1º e § 11, do Código de Processo Civil, com as ressalvas do artigo 98, § 3º, do mesmo diploma civil.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury da Silva Kuklinski), após o relator rejeitar a prejudicial de prescrição e as preliminares de falta de interesse processual e julgamento *ultra petita*, dar parcial provimento ao recurso de Mapfre Vida s/a e negar provimento ao apelo de Giovanni Diego Tobias. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 23/10/2019)

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

Mafre Vida S.A e Giovanni Diego Tobias Fernandes interpuseram recurso contra a sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Coxim, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária.

Enquanto a seguradora busca a minoração do valor a ser pago, ante ao alegado desrespeito com o percentual fixado pelo perito judicial como delimitador do grau de invalidez para fazer a respectiva correlação com a Tabela SUSEP, o autor (Giovanni Diego Tobias Fernandes) pleiteia o pagamento integral da apólice de seguro, afastando a incidência da tabela SUSEP.

O autor é militar e contratou um seguro de vida em grupo, exclusivo para militares.

A questão levantada nos autos cinge-se em saber se é ou não aplicável a cláusula contratual que determina a aplicação da tabela da SUSEP sobre o valor fixado na apólice de seguro para invalidez parcial por acidente.

O relator acolheu os argumentos da seguradora, para realizar a adequação do valor indenizatório para R$ 10.907,40 (dez mil, novecentos e sete reais e quarenta centavos), sobre o qual incidem juros de mora desde a citação e correção monetária desde a renovação do seguro operada em 25.08.2016, mantendo, no mais, a sentença tal como prolatada.

Peço vênia para divergir do voto do relator e dar provimento ao recurso interposto pelo autor, uma vez que ao contrário das razões adotadas pelo nobre Relator, entendo que a indenização securitária é devida de nos termos constantes no Certificado Individual de Seguro de Vida em Grupo. Explico:

Segundo consta no laudo pericial de f.69/72, o perito concluiu que:

> *"(...) Acidente narrado na inicial, confirmado pelo exame pericial e pelos autos.*
>
> *Autor tratado e sequela de fratura da coxa direita (fêmur direito), tem perda parcial e definitiva/permanente no quadril direito, em 40% de sua função, consolidado, perda principal para atividades físicas."*

Assim, constata-se que o autor tornou-se incapaz de forma definitiva e parcial, ante a sequela no quadril direito, com perda de 40% (quarenta por cento) da sua função.

A relação jurídica estabelecida entre as partes caracteriza-se como uma relação de consumo, na medida em que temos, nitidamente, a figura da requerida, na qualidade de fornecedoras de produtos e serviços e, no outro polo, a parte autora, na condição de consumidora, em perfeita consonância com o disposto nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Por conseguinte, a análise do contrato em questão deverá observar os direitos e princípios norteadores da relação consumerista, dentre eles, o da proteção contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento

de produtos e serviços contratados, a facilitação da defesa dos interesses do consumidor e a interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor.

Sobre a matéria, em especial sobre os termos constantes em contrato de adesão, trago à baila trecho do voto do eminente Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa nos autos dos Embargos de Declaração nº 0063314-24.2011.8.12.0001/50000. Vejamos:

> *"(...) A norma consumerista estabelece exigências mínimas para a adequação do contrato de adesão, sob pena de configurar abuso e incorrer em nulidades de suas cláusulas. Nesse sentido é o que assevera os parágrafos 3.º e 4.º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor."*
>
> *Confira:*
>
> *Art. 54. (...)*
>
> *§ 3.º* ***Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis****, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze,* ***de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.***
>
> *§ 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor* ***deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão."*** *(Destaquei)*
>
> *A par disso, o legislador pretendeu dar equilíbrio às relações contratuais de consumo, dificultando, assim, que o fornecedor de produtos ou serviços busque, através das facilidades encontradas nos contratos de adesão, ganhar vantagens indevidas em detrimento das reais pretensões do consumidor no momento da avença contratual."* (g.n.)

In casu, é clarividente que estamos diante de um contrato de adesão, coletivo, em que sequer há certeza que o segurado tinha conhecimento das cláusulas pactuadas.

Nos termos do artigo 757 do Código Civil *"pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados."*

Conforme determina o artigo 776 do mesmo diploma legal, o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, enquanto o artigo 54, § 4º, do CDC prevê que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Por sua vez, o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, que vige sobre a matéria de seguros, assevera que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

O contrato de seguro em questão é especialmente voltado ao atendimento das necessidades dos segurados militares, tendo como interveniente uma fundação que defende interesses da classe, promovendo melhorias na qualidade de vida, dentre elas, intermediando a contratação do plano de seguro.

Não se trata de uma contratação de seguro por particular, mas de seguro de vida em grupo, com os quais a parte requerida assumiu o risco do pagamento de indenização, com pleno conhecimento dos riscos e consequências do exercício regular da atividade militar.

Outrossim, artigo 799 do Código Civil prevê:

> *"(...) o segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem".*

Em suma, trata-se de contrato de seguro, cujo pagamento será devido quando comprovada a invalidez em decorrência de acidente ou doença, cujos riscos foram assumidos voluntariamente pela seguradora.

No caso em apreço, conforme descrito acima, o laudo pericial foi categórico em sua conclusão de que o requerente/apelante ficou incapacitado permanentemente em razão da fratura da coxa direita (fêmur direito).

A cobertura securitária deve ser analisada sob o enfoque consumerista, sobretudo no tocante as informações disponibilizadas diretamente ao segurado. Nesse norte, e importante consignar que, o termo de concordância e ciência do proponente anexado às f. 120 não pode ser considerado como documento que comprova de forma inequívoca a ciência do segurado acerca das cláusulas existente.

Frise-se que em referido termo de adesão individual simplificado, consta que " *o prêmio do seguro e capitais segurados, por garantia contratada, estarão indicados no certificado individual do seguro a ser enviado posteriormente*"

Inicialmente, não há certeza acerca do encaminhamento do referido certificado individual, até mesmo porque o autor quando da propositura da ação informa que não ter recebido sua apólice e que a seguradora teria negado o fornecimento do referido documento (f. 02).

No mesmo norte, não existem provas de que no momento da contratação/adesão do seguro o autor tinha ciência da aplicação da tabela da SUSEP e, consequentemente, de que o grau de invalidez repercutiria no pagamento do seguro, o que bastava constar no certificado individual de f. 119. No entanto, o que consta no referido documento é o seguinte:



Matrícula FAM : 008517063-1 — Apólice : 930.4529.000000
Valor do prêmio : R$ 66,87 — Subgrupo : 5
Início da vigência : 25/08/2016 — Término da vigência : 24/09/2022

COBERTURAS	CAPITAIS SEGURADOS
MORTE	R$ 68.171,29
MORTE ACIDENTAL	R$ 136.342,58
INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL OU TOTAL POR ACIDENTE	R$ 136.342,58
INVALIDEZ FUNCIONAL PERMANENTE E TOTAL POR DOENCA	R$ 68.171,29
INCLUSAO AUTOMATICA DE CÔNJUGE - MORTE	R$ 34.085,65
INCLUSAO AUTOMATICA DE FILHOS - MORTE	R$ 2.137,00

- Os valores das coberturas de morte e morte acidental não se acumulam;
- Cobertura de Invalidez Permanente Parcial ou Total por Acidente (proporcional à lesão e limitada ao Capital Segurado)
- Inclusão Automática de Filhos – Morte (de 0 a 18 anos).

Informações importantes:

- Em caso de sinistro, será considerado o valor do Capital Segurado vigente na data de ocorrência de cada Evento coberto.
- O(s) beneficiário(s) da garantia de Morte do Segurado será(ão) indicado(s) no Termo de Adesão ou instrumento próprio.
- Na falta de indicação ou se prevalecer a que foi feita, o Capital Segurado será pago de acordo com o Código Civil. O beneficiário das Garantias Suplementares de Cônjuge ou Filho é o Segurado Titular.
- Os Capitais Segurados e prêmios serão atualizados conforme estipulado nas Condições Gerais do Seguro e no Contrato.
- Este seguro será por prazo determinado tendo as Partes a faculdade de não renovar a apólice na data de vencimento, sem devolução de prêmios pagos nos termos da apólice.
- As Condições contratuais/regulamento deste produto protocolizado pela sociedade/entidade junto à SUSEP poderão ser consultadas no endereço eletrônico www.susep.gov.br, de acordo com o número constante da apólice/proposta.
- O não pagamento do prêmio pode gerar o cancelamento do seguro, nos termos das Condições Contratuais.
- Cosseguradoras/participação %: Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A - 13% CNPJ: 28.196.889/0001-43; Allianz Seguros S.A - 30% CNPJ: 61.573.796/0001-66.
- SAC 0800 61 3040. Ouvidoria 0800 647 8877. SAC e Ouvidoria para Deficiente Auditivo e da Fala 0800 646 4747.
- O segurado poderá consultar a situação cadastral de seu corretor de seguros no site www.susep.gov.br, por meio do número de seu registro na SUSEP, nome completo, CNPJ ou CPF.
- O registro deste plano na SUSEP não implica, por parte da Autarquia, incentivo ou recomendação à sua comercialização.
- O presente Certificado substitui e anula os certificados anteriores eventualmente emitidos pela Seguradora.

CERTIFICAMOS que GIOVANNI DIEGO TOBIAS FERNANDE — **CPF 038.332.561-7**

Com isso, a requerida não se desincumbiu de seu ônus de comprovar que, no momento da contratação, o segurado tinha conhecimento da aplicação expressa da referida tabela da SUSEP, ou seja, que o pagamento seria de acordo com o grau de invalidez.

A respeito do assunto já decidiu este Tribunal:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO (FHE) – PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO

POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR E FALTA DE LEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADAS – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE – NEXO CAUSAL – ORIGEM TRAUMÁTICA, NÃO DEGENERATIVA – CONDENAÇÃO AO VALOR TOTAL DA INDENIZAÇÃO MAIS ADICIONAL PREVISTO – AUSÊNCIA DE CIÊNCIA POR PARTE DO SEGURADO DAS CONDIÇÕES RESTRITIVAS DO CONTRATO – INAPLICABILIDADE DA TABELA DA SUSEP – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. É desnecessário o esgotamento da via administrativa, ou até mesmo a dedução do pedido nessa esfera, como pressuposto ao ingresso de demanda judicial, estando configurado o interesse de agir. Estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a demanda, a suportar os efeitos da sentença. A existência de cosseguro e a presença de várias seguradoras na apólice não implica necessariamente na solidariedade entre elas, podendo haver responsabilidade, todavia, quanto ao montante eventualmente devido, não havendo falar em falta de legitimidade. A respeito da prescrição, deve ser observado o conteúdo da Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça, eis que acaso a consolidação da invalidez ocorrer em momento posterior ao fato gerador, o prazo prescricional terá por termo inicial não a data do sinistro, mas a ciência da invalidez pelo segurado, nos termos do referido enunciado sumular. Comprovado, nos autos, que a lesão teve origem traumática decorrente de acidente e não degenerativa, é devida a indenização, de modo parcial e proporcional, por invalidez. O montante indenizatório, devido em caso de invalidez por acidente, deve ser aquele informado na apólice de seguro, não prevalecendo as reduções previstas na Tabela da SUSEP, quando inexistir nos autos prova de que o segurado tinha prévia ciência da vinculação desta tabela ao instrumento contratual celebrado com a seguradora e de que forma se dariam os cálculos do valor do seguro." (TJMS, Apelação nº 0800290-25.2014.8.12.0052, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, J: 11/04/2017, DJ: 24/04/2017)

"APELAÇÃO CÍVEL (AUTOR E RÉUS) – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO (FHE) – PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADAS – PREJUDICIAIS DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA – REJEITADAS – MÉRITO – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE – NEXO CAUSAL – ORIGEM TRAUMÁTICA, NÃO DEGENERATIVA – CONDENAÇÃO AO VALOR TOTAL DA INDENIZAÇÃO MAIS ADICIONAL PREVISTO – AUSÊNCIA DE CIÊNCIA POR PARTE DO SEGURADO DAS CONDIÇÕES RESTRITIVAS DO CONTRATO – INAPLICABILIDADE DA TABELA DA SUSEP – COSSEGURO – CONDENAÇÃO DE FORMA PROPORCIONAL, NÃO SOLIDÁRIA – RECURSO DOS RÉUS CONHECIDOS E DESPROVIDOS – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO. 01. É desnecessário o esgotamento da via administrativa, ou até mesmo a dedução do pedido nessa esfera, como pressuposto ao ingresso de demanda judicial, estando configurado o interesse de agir. 02. Estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a demanda, a suportar os efeitos da sentença. A existência de cosseguro e a presença de várias seguradoras na apólice não implica necessariamente na solidariedade entre elas, podendo haver responsabilidade, todavia, quanto ao montante eventualmente devido, não havendo falar em falta de legitimidade. 03. A respeito da prescrição, deve ser observado o conteúdo da Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça, eis que acaso a consolidação da invalidez ocorrer em momento posterior ao fato gerador, o prazo prescricional terá por termo inicial não o fato gerador, mas a ciência da invalidez pelo segurado, nos termos do referido enunciado sumular. 04. O caso dos autos comporta a contagem de prazo prescricional (e não decadencial), eis que tem por objeto pretensão indenizatória securitária (recebimento de valor de seguro). 05. Comprovado, nos

autos, que a lesão teve origem traumática decorrente de acidente e não degenerativa, é devida a indenização, de modo parcial e proporcional, por invalidez. 06. O montante indenizatório, devido em caso de invalidez por acidente, deve ser aquele informado na apólice de seguro, não prevalecendo as reduções previstas na Tabela da SUSEP, quando inexistir nos autos prova de que o segurado tinha prévia ciência da vinculação desta tabela ao instrumento contratual celebrado com a seguradora e de que forma se dariam os cálculos do valor do seguro. 07. O cosseguro representa uma forma de pulverização ou distribuição de responsabilidades, em valores monetários. Em outras palavras, caracteriza-se como seguro relativo ao um mesmo bem ou a um conjunto de bens, sujeito ao mesmo risco, feito por dois ou mais seguradores, quer por apólices distintas - cada uma das quais mencionando obrigatoriamente a existência da outra -, quer por apólice única, na qual o segurador que a emite menciona a participação de todos os demais seguradores. Segundo a jurisprudência desta Corte, em se tratando de seguro contratado perante grupo de seguradoras, não há responsabilidade solidária, mas sim individual e proporcional entre as empresas respectivas. 08. Recurso dos réus desprovidos. Recurso dos autos conhecido e provido." (TJMS. Apelação nº 0818450-57.2014.8.12.0001, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Câmara Cível, J: 21/02/2017, DJ 06/03/2017)

Com isso, na hipótese dos autos, o autor aderiu à Apólice nº 930.45290000005 - subgrupo 05, cujas coberturas e capitais segurados constam do certificado individual (f. 119). Além disso, consta expressamente que, em caso de invalidez permanente por acidente, o capital a ser pago é de R$ 136.342,58 (cento e trinta e seis mil trezentos e quarenta e dois reais e cinquenta e oito centavos). Não se pode olvidar ainda, que a única limitação existente no certificado individual de Seguro de Vida em Grupo é de que "*cobertura de invalidez permanente parcial ou total por acidente (proporcional à lesão e limitada ao capital segurado*"

Desse modo, tem-se que o valor estipulado para invalidez do segurado é o constante no certificado, qual seja, 40% de R$ 136.342,58 (cento e trinta e seis mil trezentos e quarenta e dois reais e cinquenta e oito centavos), uma vez que a seguradora não demonstrou que o autor, por ocasião da contratação tinha ciência da aplicação da SUSEP e, consequentemente, do grau de invalidez, em observância ao art. 6º, III e 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, os valores máximos contratados são exatamente os descritos no certificado individual de Seguro de Vida em Grupo (f. 119), de forma que não procede a aplicação da Tabela da SUSEP realizada pelo julgador singular, tampouco a redução promovida pelo eminente relator.

Ante o exposto, divergindo do eminente relator, conheço e dou parcial provimento ao recurso do Autor Giovanni Tobias Fernandes, condenando à apelada Mapfre Vida S.A ao pagamento de R$ 54.537,03 (cinquenta e quatro mil quinhentos e trinta e sete reais e três centavos), correspondente à 40% da incapacidade do apelante, mantendo-se os demais termos da sentença singular.

Ainda, conheço e nego provimento ao recurso de Mapfre Vida S.A.

Em consequência, com fulcro no §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC, condeno a apelada/requerida ao pagamento de honorários advocatícios recursais para o causídico que representou os interesses do autor em mais 5%.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo – em substituição legal). (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º vogal)

Acompanho o 1º vogal, Des. Amaury da Silva Kuklinski.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, no mérito, por maioria, deram parcial provimento ao recurso de Giovanni Diego Tobias Fernandes e negaram provimento ao apelo de Mapfre Vida S/A, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. O 3º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), convocado nos termos do art. 942 do CPC, acompanhou o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo – em substituição legal) e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 23 de outubro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível nº 0801511-64.2014.8.12.0045 – Sidrolândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PARCIAL PROCEDÊNCIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – SINDICÂNCIA PARA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM AGÊNCIA DE TRÂNSITO DE SIDROLÂNDIA – DANO MORAL AFASTADO – PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR E EM OBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PODER DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE NÃO CONFIGURA ATO ILÍCITO – EXCESSO DE DIREITO NÃO CONFIGURADO – AUSENTE O DANO MORAL ALEGADO – RESSARCIMENTO DE CUSTAS DEVIDO – APLICABILIDADE DA LEI Nº 6.830/80) E DA LEI Nº 3.779/09 – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA SINGULAR PARCIALMENTE REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Juliane Muller interpõe recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia, nos autos da ação anulatória de ato administrativo c/c indenização por danos morais, ajuizado em face de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran-MS, que julgou parcialmente procedente os pedidos constantes na inicial.

A sentença singular, no que interessa, restou assim fundamentada:

> *"Inicialmente, consigno que, em razão do Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, CF), cabe ao Judiciário a análise do cumprimento da legalidade dos atos administrativos, não lhe sendo função analisar o mérito de tais decisões. Contudo, em situações excepcionais, quando houver violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade entre os fatos praticados e as sanções aplicadas, é possível ao Poder Judiciário sindicar o ato administrativo.*
>
> *Nesse sentido, vejamos o entendimento sufragado pelo egrégio STF:*
>
> *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a Administração Pública como parâmetros de valoração de seus atos sancionatórios, por isso que a não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar decisões administrativas"1. No caso dos autos, verifico que são imputados à autora três irregularidades, expressão utilizada pela própria parte requerida, dentre 19 irregularidades encontradas no Detran/Sidrolândia, sendo duas delas falta de recolhimento de guia de serviço de placa (f. 41)*

e a outra ausência de recolhimento de nota fiscal da transformação de furgão em ambulância de propriedade do Fundo Municipal de Saúde de Sidrolândia (f. 42).

Em razão de tais irregularidades, o Detran-MS aplicou-lhe a sanção de suspensão de 15 dias convertida em multa, conforme decisões de f. 99-104 e 119.

Analisando a proporcionalidade da medida, diante da fundamentação apresentada pela parte requerida (f. 99-104 e 119), entendo que fere o princípio da proporcionalidade pelas razões que passo a expor.

A uma, não vislumbro qualquer prova, no procedimento disciplinar, de que a autora tivesse intenção de beneficiar quem quer fosse ao deixar de recolher a guia de serviço de placa, já que não demonstrou o requerido qualquer ligação entre a autora e os proprietários do veículo. À luz da prova judicializada, conforme testemunhas de f. 283, a tese da autora ganha força ao sustentar que o excesso de trabalho e o reduzido número de servidores, no posto de Sidrolândia, justificaram as falhas apresentadas. Nesse sentido, entendo que a Administração Pública deve estar ciente de que o excesso de trabalho sem a outorga de estrutura humana e material sujeita o servidor a erros no exercício de sua função, cabendo à Administração, antes de objetivar a punição, envidar esforços para solucionar o problema, o que não vislumbro nos presentes autos.

A duas, no caso concreto, em que os prejuízos foram mínimos à Administração, já que estamos a falar de ausência de duas guias de serviço de placa, não vislumbro proporcionalidade na sanção aplicada à servidora.

A três, a ausência de retenção de nota fiscal da transformação de furgão em ambulância, de propriedade do Fundo Municipal de Saúde de Sidrolândia (f. 42), corrobora a alegação da autora de que houve uma mera irregularidade diante do excesso de trabalho, já que não haveria de sua parte qualquer interesse em beneficiar o Fundo Municipal de Saúde de Sidrolândia.

A quatro, consigno que as três irregularidades apontadas em desfavor da autora foram devidamente sanadas, conforme alegado na decisão de f. 99-104 e confirmado pela prova testemunhal (f. 283).

A cinco, verifico que outras pessoas punidas, em situações similares, tiveram suas sanções revogadas (f. 22-229), pela própria Administração, não se justificando, à luz do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, CF), tratar o caso da autora de forma diversa.

No tocante à pretensão de danos morais, por outro lado, entendo que não assiste razão à parte autora. Vislumbro que a parte ré atuou no cumprimento do dever legal, não sendo comprovada qualquer intenção, quer da comissão processante, quer de outros servidores do órgão, de prejudicar a autora. Destarte, não havendo a prática de ato ilícito, não há que se falar em reparação por danos morais.

Diante do exposto, confirmando a liminar concedida, julgo parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade do ato administrativo, que impôs a penalidade de suspensão à autora, devendo ser excluído de seus assentos funcionais qualquer anotação nesse sentido.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes a arcarem com os honorários de seus respectivos patronos, ficando, ainda, a autora condenada em 50% das custas processuais e a parte ré isenta diante da isenção legal conferida ao Estado.

Após o trânsito em julgado, cumprida a decisão, arquive-se com as baixas de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se." (grifei)

Alega a apelante que a sentença singular merece reforma no tocante ao julgamento improcedente dos danos morais experimentados pela recorrente.

Aduz que não existe dúvidas acerca dos requisitos necessários para a caracterização do dano moral indenizável.

Argumenta que o dano moral decorre das graves e inverídicas imputações que lhe foram feitas no curso do procedimento e na decisão de aplicação da penalidade, a qual foi submetida a um sem número de pessoas mediante publicação no Diário Oficial.

Assevera que a conclusão do apelado na sindicância realizada foi no sentido de que a apelante teria cometido crimes no desempenho de suas funções, praticando condutas semelhantes à tipificada como prevaricação no art. 319 do Código Penal. Ocorre, em verdade, que as tais condutas nunca ocorreram, uma vez que as irregularidades apontadas eram pífias e foram todas sanadas no decorrer da verificação, decorrendo tão somente da sobrecarga de trabalho que estava submetida a Agência de Trânsito de Sidrolândia, MS.

Assim, restaria caracterizado o flagrante excesso do apelado, caracterizador de ato ilícito, nos moldes do disposto no art. 187 do Código Civil. Isso porque, se por um lado a simples instauração da sindicância não caracteriza ato ilícito, é igualmente verdade que a imposição de penalidade dissociada da realidade em procedimento administrativo a servidor público caracteriza abuso, quanto mais quando afirmado e divulgado pela Administração via DOE a ocorrência de fatos tipificados como crime que nunca existiram.

Defende que a própria sentença singular reconheceu que as irregularidades foram justificadas e decorreram da péssima qualidade de trabalho a que estava submetida a apelante.

Afirma que restou evidenciado nos autos a intenção de prejudicar a apelante, uma vez que o apelado revogou a Portaria que aplicou sanções a outros servidores, porém, manteve a punição da apelante porque a questão estaria *sub judice*, o que, segundo a própria sentença, violou o princípio da isonomia.

Sustenta que a existência da perseguição nem era necessária neste caso, pois o apelado não responde somente por dolo, mas também por culpa em suas ações. E a culpa estaria mais do que provada, pois o recorrido foi imprudente e negligente ao afirmar que apelante teria sido desonesta, impondo-lhe penalidade por isto, mesmo sabendo que as supostas irregularidades, todas sanadas ao tempo da sindicância, eram decorrentes da excessiva carga de trabalho e da falta de estrutura do órgão.

Acrescenta que não é possível conciliar a existência de exercício regular de um direito com o reconhecimento da violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Se houve a violação dos princípios, é lógico a existência de excesso ilegal, e tal excesso se subsume na modalidade de ato ilícito prevista no art. 187 do Código Civil.

Pontua que os danos sofridos pela apelante restaram devidamente demonstrados, pois a situação causou profundo, injusto e imensurável constrangimento à recorrente, acarretando-lhe angústia, humilhação e dor psíquica, pois mesmo sendo pessoa proba e dedicada ao seu trabalho, conforme provado via testemunhas, sofreu os mais diversos sentimentos negativos ao ter sua honra e boa fama achincalhadas pelo excesso cometido pelo apelado.

Colaciona jurisprudências sobre a matéria debatida.

Eventualmente, caso mantida a sentença singular no tocante a inexistência dos danos morais, pondera que o apelado deverá ser condenado a restituir à apelante 50% das custas processuais. Isso porque constou na sentença impugnada que a apelante foi condenada ao pagamento de 50% das custas processuais, embora ela já havia recolhido 100% do preparo da ação quando da propositura (f. 193-195). Logo, é patente que não pode o apelado simplesmente ser considerado isento e, na prática, a apelante arcar com o total das custas processuais.

Requer que o presente recurso seja conhecido e provido, reformando-se a sentença singular.

Com o recurso, vieram os documentos de f. 308-315.

Contrarrazões às f. 318-319.

VOTO

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

Juliane Muller interpõe recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia, nos autos da ação anulatória de ato administrativo c/c indenização por danos morais, ajuizado em face de Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran-MS, que julgou parcialmente procedente os pedidos constantes na inicial.

A sentença singular, no que interessa, restou assim fundamentada:

> *"Inicialmente, consigno que, em razão do Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, CF), cabe ao Judiciário a análise do cumprimento da legalidade dos atos administrativos, não lhe sendo função analisar o mérito de tais decisões. Contudo, em situações excepcionais, quando houver violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade entre os fatos praticados e as sanções aplicadas, é possível ao Poder Judiciário sindicar o ato administrativo.*
>
> *Nesse sentido, vejamos o entendimento sufragado pelo egrégio STF:*
>
> *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a Administração Pública como parâmetros de valoração de seus atos sancionatórios, por isso que a não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar decisões administrativas"1. No caso dos autos, verifico que são imputados à autora três irregularidades, expressão utilizada pela própria parte requerida, dentre 19 irregularidades encontradas no Detran/Sidrolândia, sendo duas delas falta de recolhimento de guia de serviço de placa (f. 41) e a outra ausência de recolhimento de nota fiscal da transformação de furgão em ambulância de propriedade do Fundo Municipal de Saúde de Sidrolândia (f. 42).*
>
> *Em razão de tais irregularidades, o Detran-MS aplicou-lhe a sanção de suspensão de 15 dias convertida em multa, conforme decisões de f. 99-104 e 119.*
>
> *Analisando a proporcionalidade da medida, diante da fundamentação apresentada pela parte requerida (f. 99-104 e 119), entendo que fere o princípio da proporcionalidade pelas razões que passo a expor.*
>
> *A uma, não vislumbro qualquer prova, no procedimento disciplinar, de que a autora tivesse intenção de beneficiar quem quer fosse ao deixar de recolher a guia de serviço de placa, já que não demonstrou o requerido qualquer ligação entre a autora e os proprietários do veículo. À luz da prova judicializada, conforme testemunhas de f. 283, a tese da autora ganha força ao sustentar que o excesso de trabalho e o reduzido número de servidores, no posto de Sidrolândia, justificaram as falhas apresentadas. Nesse sentido, entendo que a Administração Pública deve estar ciente de que o excesso de trabalho sem a outorga de estrutura humana e material sujeita o servidor a erros no exercício de sua função, cabendo à Administração, antes de objetivar a punição, envidar esforços para solucionar o problema, o que não vislumbro nos presentes autos.*
>
> *A duas, no caso concreto, em que os prejuízos foram mínimos à Administração, já que estamos a falar de ausência de duas guias de serviço de placa, não vislumbro proporcionalidade na sanção aplicada à servidora.*
>
> *A três, a ausência de retenção de nota fiscal da transformação de furgão em ambulância, de propriedade do Fundo Municipal de Saúde de Sidrolândia (f. 42), corrobora a alegação da autora de que houve uma mera irregularidade diante do excesso de trabalho, já que não haveria de sua parte qualquer interesse em beneficiar o Fundo Municipal de Saúde de Sidrolândia.*

A quatro, consigno que as três irregularidades apontadas em desfavor da autora foram devidamente sanadas, conforme alegado na decisão de f. 99-104 e confirmado pela prova testemunhal (f. 283).

A cinco, verifico que outras pessoas punidas, em situações similares, tiveram suas sanções revogadas (f. 226-229), pela própria Administração, não se justificando, à luz do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, CF), tratar o caso da autora de forma diversa.

No tocante à pretensão de danos morais, por outro lado, entendo que não assiste razão à parte autora. Vislumbro que a parte ré atuou no cumprimento do dever legal, não sendo comprovada qualquer intenção, quer da comissão processante, quer de outros servidores do órgão, de prejudicar a autora. Destarte, não havendo a prática de ato ilícito, não há que se falar em reparação por danos morais.

Diante do exposto, confirmando a liminar concedida, julgo parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade do ato administrativo, que impôs a penalidade de suspensão à autora, devendo ser excluído de seus assentos funcionais qualquer anotação nesse sentido.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes a arcarem com os honorários de seus respectivos patronos, ficando, ainda, a autora condenada em 50% das custas processuais e a parte ré isenta diante da isenção legal conferida ao Estado.

Após o trânsito em julgado, cumprida a decisão, arquive-se com as baixas de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se." (grifei)

Alega a apelante que a sentença singular merece reforma no tocante ao julgamento improcedente dos danos morais experimentados pela recorrente.

Aduz que não existe dúvidas acerca dos requisitos necessários para a caracterização do dano moral indenizável.

Argumenta que o dano moral decorre das graves e inverídicas imputações que lhe foram feitas no curso do procedimento e na decisão de aplicação da penalidade, a qual foi submetida a um sem número de pessoas mediante publicação no Diário Oficial.

Assevera que a conclusão do apelado na sindicância realizada foi no sentido de que a apelante teria cometido crimes no desempenho de suas funções, praticando condutas semelhantes à tipificada como prevaricação no art. 319 do Código Penal. Ocorre, em verdade, que as tais condutas nunca ocorreram, uma vez que as irregularidades apontadas eram pífias e foram todas sanadas no decorrer da verificação, decorrendo tão somente da sobrecarga de trabalho que estava submetida a Agência de Trânsito de Sidrolândia, MS.

Assim, restaria caracterizado o flagrante excesso do apelado, caracterizador de ato ilícito, nos moldes do disposto no art. 187 do Código Civil. Isso porque, se por um lado a simples instauração da sindicância não caracteriza ato ilícito, é igualmente verdade que a imposição de penalidade dissociada da realidade em procedimento administrativo a servidor público caracteriza abuso, quanto mais quando afirmado e divulgado pela Administração via DOE a ocorrência de fatos tipificados como crime que nunca existiram.

Defende que a própria sentença singular reconheceu que as irregularidades foram justificadas e decorreram da péssima qualidade de trabalho a que estava submetida a apelante.

Afirma que restou evidenciado nos autos a intenção de prejudicar a apelante, uma vez que o apelado revogou a Portaria que aplicou sanções a outros servidores, porém, manteve a punição da apelante porque a questão estaria *sub judice*, o que, segundo a própria sentença, violou o princípio da isonomia.

Sustenta que a existência da perseguição nem era necessária neste caso, pois o apelado não responde somente por dolo, mas também por culpa em suas ações. E a culpa estaria mais do que provada, pois o recorrido foi imprudente e negligente ao afirmar que apelante teria sido desonesta, impondo-lhe penalidade por isto,

mesmo sabendo que as supostas irregularidades, todas sanadas ao tempo da sindicância, eram decorrentes da excessiva carga de trabalho e da falta de estrutura do órgão

Acrescenta que não é possível conciliar a existência de exercício regular de um direito com o reconhecimento da violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Se houve a violação dos princípios, é lógico a existência de excesso ilegal, e tal excesso se subsume na modalidade de ato ilícito prevista no art. 187 do Código Civil.

Pontua que os danos sofridos pela apelante restaram devidamente demonstrados, pois a situação causou profundo, injusto e imensurável constrangimento à recorrente, acarretando-lhe angústia, humilhação e dor psíquica, pois mesmo sendo pessoa proba e dedicada ao seu trabalho, conforme provado via testemunhas, sofreu os mais diversos sentimentos negativos ao ter sua honra e boa fama achincalhadas pelo excesso cometido pelo apelado.

Colaciona jurisprudências sobre a matéria debatida.

Eventualmente, caso mantida a sentença singular no tocante a inexistência dos danos morais, pondera que o apelado deverá ser condenado à restituir à apelante 50% das custas processuais. Isso porque constou na sentença impugnada que a apelante foi condenada ao pagamento de 50% das custas processuais, embora ela já havia recolhido 100% do preparo da ação quando da propositura (f. 193-195). Logo, é patente que não pode o apelado simplesmente ser considerado isento e, na prática, a apelante arcar com o total das custas processuais.

Requer que o presente recurso seja conhecido e provido, reformando-se a sentença singular.

Com o recurso, vieram os documentos de f. 308-315.

Contrarrazões às f. 318-319.

É a síntese do necessário.

O recurso é tempestivo e a apelante comprovou o recolhimento do preparo. Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo, e passo à sua análise.

Compulsando detidamente os autos, verifica-se que o recurso interposto merece parcial provimento.

Inicialmente é importante frisar que esta apelação versa exclusivamente sobre a improcedência do pedido de condenação do apelando por danos morais suportados pela apelante e sobre o ressarcimento das custas processuais adiantadas pela apelante.

Não obstante a sentença singular ter declarado a nulidade do ato administrativo que impôs a penalidade de suspensão à autora, determinando a exclusão de qualquer anotação dos assentos funcionais da recorrente, deixou de reconhecer a existência de ato ilícito causador de dano moral, o que reputo ser a decisão mais acertada ao caso em comento.

A declaração de nulidade pautou-se na inobservância ao princípio da proporcionalidade no tocante a aplicação da pena imposta, qual seja, suspensão de 15 dias convertida em multa, e não em qualquer irregularidade ou ilegalidade do processo administrativo disciplinar instaurado. Até mesmo porque, se a pena aplicada fosse proporcional aos atos apurados, a sentença singular muito provavelmente seria de total improcedência do pleito.

O julgador *a quo* expressamente consignou que o apelado agiu no cumprimento do dever legal. Não é outra a conclusão que se extrai da análise dos documentos acostados aos autos às f. 35- 195.

A sindicância foi instaurada em desfavor da apelante e de outros funcionários da Agência de Trânsito de Sidrolândia (f. 48), os envolvidos foram ouvidos para prestar esclarecimentos (f. 60-69), bem como foi oportunizada a apresentação de defesa escrita (f. 72-78). Somente após a apresentação da defesa e que foi

elaborado relatório que concluiu pela aplicação da pena imposta. Ou seja, a Sindicância Administrativa Disciplinar nº 31/703678/2013 teve seu processamento de forma regular, e em observância ao princípio do devido processo legal.

O art. 188, inciso I, do Código Civil de 2002 assim dispõe:

> *"Art. 188. Não constituem atos ilícitos:*
>
> ***I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;***
>
> *II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.*
>
> *Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo."* (grifei)

Acerca dessa excludente de responsabilidade civil leciona Maria Helena Diniz[1]:

> *"(...) O exercício regular ou normal de um direito reconhecido (CC, art. 188, I, 2ª parte) que lesar direitos alheios exclui qualquer responsabilidade pelo prejuízo, por não ser um procedimento prejudicial ao direito. P. ex.: o credor que penhora os bens do devedor, proprietário que ergue construção em seu terreno, prejudicando não intencionalmente a vista do vizinho. Só haverá ato ilícito se houver abuso do direito ou seu exercício irregular ou anormal."*

No mesmo sentido é a lição de Washington de Barros Monteiro[2]:

> *"(...) Da mesma forma, não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido ('qui jure suo utitur nemini facit damnum'). O credor, que penhora bens do devedor, o concorrente, que se estabelece na mesma rua, o titular da patente de invenção que pede busca e apreensão do produto contrafeito, o proprietário que ergue construção em seu terreno, prejudicando a vista do vizinho, embora causem dano, não estão obrigados a ressarci-lo, porque agindo estão no exercício regular de um direito. Só haverá ato ilícito se houver abuso do direito; o regular exercício deste exclui a existência do ilícito. Nesse caso, como dizem RUGGIERO-MAROI, ao invés de as falar em dano, dever-se-ia afirmar que falta a injúria"*

Somente o abuso no exercício do direito é que poderia levar alguém a ser responsabilizado pelos danos que fossem causados à apelante. A punição do abuso de direito encontra fundamento no art. 187 do Código Civil, que dispõe que "*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*".

Assim, se a instauração da sindicância se deu dentro da legalidade, por meio da prática de ato no exercício regular de um direito reconhecido, não há como tal ato ser considerado ilícito e, portanto, não pode o apelado ser responsabilizado pelo pagamento de indenização de dano moral.

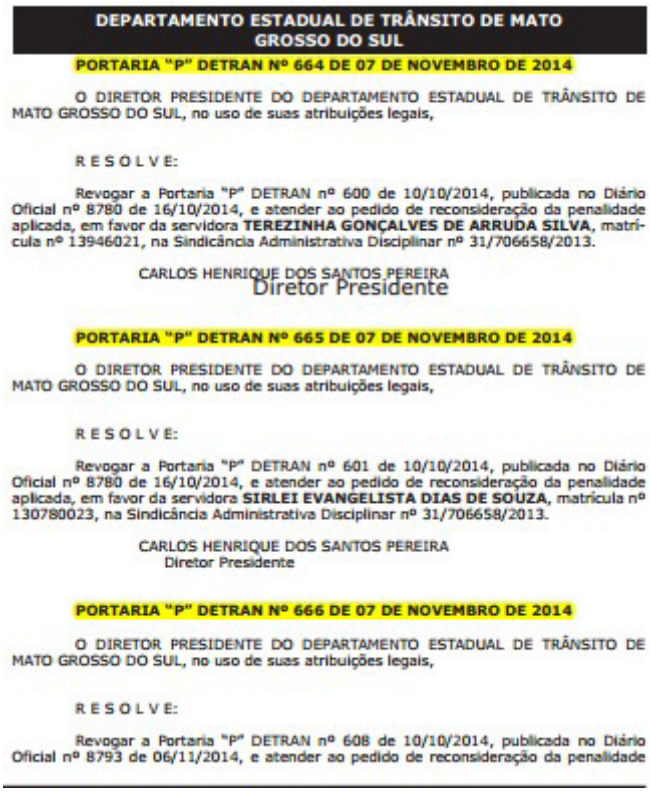
As publicações realizadas no DOE trazem linguagem técnica e que são necessárias ante ao princípio da publicidade que rege a administração pública. Não havendo que se falar em excesso da administração neste ponto.

---

1 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 470-471. v. 1; idem Código civil anotado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 323

2 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 279. v. 1.

No tocante a alegação de que a penalidade foi mantida somente em relação à apelante, e revogada em relação aos demais envolvidos, é importante destacar que conforme consta às f. 228-229, a reconsideração das penalidades aplicadas deu-se atendendo "a pedido". Vejamos:



DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE MATO GROSSO DO SUL

PORTARIA "P" DETRAN Nº 664 DE 07 DE NOVEMBRO DE 2014

O DIRETOR PRESIDENTE DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais,

R E S O L V E:

Revogar a Portaria "P" DETRAN nº 600 de 10/10/2014, publicada no Diário Oficial nº 8780 de 16/10/2014, e atender ao pedido de reconsideração da penalidade aplicada, em favor da servidora **TEREZINHA GONÇALVES DE ARRUDA SILVA**, matrícula nº 13946021, na Sindicância Administrativa Disciplinar nº 31/706658/2013.

CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS PEREIRA
Diretor Presidente

PORTARIA "P" DETRAN Nº 665 DE 07 DE NOVEMBRO DE 2014

O DIRETOR PRESIDENTE DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais,

R E S O L V E:

Revogar a Portaria "P" DETRAN nº 601 de 10/10/2014, publicada no Diário Oficial nº 8780 de 16/10/2014, e atender ao pedido de reconsideração da penalidade aplicada, em favor da servidora **SIRLEI EVANGELISTA DIAS DE SOUZA**, matrícula nº 130780023, na Sindicância Administrativa Disciplinar nº 31/706658/2013.

CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS PEREIRA
Diretor Presidente

PORTARIA "P" DETRAN Nº 666 DE 07 DE NOVEMBRO DE 2014

O DIRETOR PRESIDENTE DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso de suas atribuições legais,

R E S O L V E:

Revogar a Portaria "P" DETRAN nº 608 de 10/10/2014, publicada no Diário Oficial nº 8793 de 06/11/2014, e atender ao pedido de reconsideração da penalidade

Assim, não existindo comprovação de que a apelante também realizou tal pedido, e lhe foi esse negado, não há que se falar em atitude de perseguição contra a recorrente.

Sem adentrar nas condições em que os trabalhos eram desempenhados pelos sindicados, é incontroverso que as irregularidades objeto da sindicância existiram, e foram sanadas após a emissão de relatório da verificação de Processos e Auditagem, de 19 de março de 2013.

Ora, é dever da autoridade que tiver ciência da existência de irregularidade no serviço público promover a sua imediata apuração. Trata-se de um poder-dever, uma vez que o Estado exerce a defesa concreta do interesse público e a Administração Pública deve velar pela legalidade de seus atos, apurando as infrações administrativas de que tenha conhecimento, independentemente de provocação. Nesse sentido:

> *"EMENTA – CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PERDAS E DANOS – CONSELHEIRO TUTELAR – PERDA DO CARGO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DECLARAÇÃO DE NULIDADE – REABERTURA – PRESCRIÇÃO – ACOLHIMENTO – DANO MORAL – NÃO CABIMENTO – PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO – AUTOTUTELA – DANO MATERIAL – REDUÇÃO – CABIMENTO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS – LEI 9.494/97 – REDAÇÃO LEI 11960/2009 – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – CABIMENTO. Não cabe reparação por dano moral na hipótese de procedimento administrativo disciplinar, instaurado em desfavor de conselheira tutelar, fundado em denúncia idônea, levada a efeito por servidoras públicas, cuja prática de infração foi acolhida pela comissão processante, que só não aplicou a penalidade cabível em vista da prescrição.* ***À luz dos arts. 143 da Lei 8.112/90 e 211 da LC 840/211, é dever da autoridade que toma ciência de quaisquer irregularidades praticadas no serviço público promover a imediata apuração, garantindo-se ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa. A instauração do PAD, na hipótese, é um poder-dever conferido à Administração. Não há falar, portanto, em mera faculdade.*** *Na espécie, o conselheiro tutelar é um servidor público em sentido amplo, e, em sendo assim, se submete ao regime disciplinar administrativo aplicável aos demais servidores. A declaração de nulidade de procedimento instaurado anteriormente se insere no poder de autotutela da Administração,*

que tem o direito de rever os próprios atos, revogando aqueles inoportunos ou inconvenientes, e anulando os ilegais. Inteligência das Súmulas 346 e 473 do STF. Cabe redução do valor da indenização do dano material se a Administração demonstra que o montante correspondente ao afastamento da servidora é menor do que aquele requerido na exordial. A atualização monetária, in casu, deve obedecer à Lei 9.494/1997, com redação da Lei 11.960/2009, que determina aplicação da TR para dívidas até a data de 25/03/2015, após o que deve incidir o IPCA-E. Se cada um dos litigantes é vencedor e vencido em suas pretensões, a sucumbência é recíproca, sendo certo que o percentual relativo à verba honorária deve incidir sobre o valor da condenação; e não da causa. Recurso conhecido e provido. Unânime." (TJDFT - Acórdão 992545, 20150111334806APC, Relator: Romeu Gonzaga Neiva, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 1/2/2017, publicado no DJE: 10/2/2017. Pág.: 458-464) (grifei)

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SERVIDOR PÚBLICO DEMITIDO – REINTEGRAÇÃO AO CARGO EM FACE DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE FORMAL DO PROCESSO DISCIPLINAR – ATO ILÍCITO INEXISTENTE – DANO MORAL INDEVIDO. Existindo fundados indícios do cometimento de infração funcional, é dever de a Administração Pública proceder à instauração do correspondente processo administrativo disciplinar. A anulação do procedimento por vício meramente formal, por si só, não tem o condão de gerar direito à indenização por danos morais, principalmente quando não afastadas de forma categórica as imputações irrogadas contra o servidor." (TJSC, Apelação Cível nº 2001.009669-2, de Blumenau, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 18.04.2006). (TJSC, Reexame Necessário nº 2007.024714-2, de Rio do Campo, Rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 22-10-2009).

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C DANOS MORAIS – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – LEGALIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA APLICABILIDADE DA PENA – DANO MORAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – REDISTRIBUIÇÃO DEVIDA. 1 - Inexistência de vícios formais no processo administrativo disciplinar. 2 - Não obstante a conveniência e oportunidade da aplicação da pena estarem afetas à discricionariedade da Administração, não resta afastada a possibilidade de ser questionada e revista judicialmente a punição imposta ao cooperado, na medida em que, necessariamente, o administrador há de observar as formalidades impostas pela lei à sua cominação e, sobretudo, adequá-la aos motivos invocados. 3 - Na revisão de atos administrativos punitivos, o Judiciário deve se ater à legalidade da pena imposta, não lhe cabendo fazer incursões na prova produzida tendentes a reavaliá-la ou mesmo reinterpretá-la, porquanto se trata de matéria afeta ao mérito administrativo. No caso, a cooperativa, além de não apurar a extensão do prejuízo, não perquiriu sobre a culpa quanto à lesão ao patrimônio ou a terceiros. 4 - Na imposição da pena disciplinar, deve o conselho observar, obrigatoriamente, o princípio da proporcionalidade, pondo em confronto a gravidade do ato, o dano causado, o grau de responsabilidade e os seus antecedentes funcionais de modo a demonstrar a justeza da sanção. 5 - A instauração de processo administrativo ético com a aplicação de penalidade, por si só, não caracteriza ato ilícito ou violação a direito da personalidade do investigado que justifique a indenização por dano moral, uma vez que não há ilícito praticado pela administração. 6 - O autor decaiu em maior parte de seus pedidos, logo, cabível a redistribuição do ônus sucumbencial. Apelação cível conhecida e parcialmente provida." (TJGO, Apelação (CPC) 5085291-68.2018.8.09.0051, Rel. Jeova Sardinha de Moraes, 6ª Câmara Cível, julgado em 29õ05/2019, DJe de 29/05/2019)

Verifica-se portanto que não obstante a sucinta fundamentação utilizada pelo julgador singular quando a improcedência do pedido de dano moral, não merece reparo a sentença neste ponto.

No tocante a restituição do apelado às custas processuais adiantadas pela apelante, verifica-se que assiste razão à apelante.

A Lei de Execução Fiscal (nº 6.830/80), e a Lei nº 3.779/09 que trata das custas judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõem, respectivamente, nos artigos 39 e 24, que a Fazenda Pública está isenta do

pagamento das custas, todavia, em ambas leis também está disposto que a isenção não abrange o reembolso à parte vencedora das despesas que foram suportadas, vejamos:

> *"Art. 39. A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independerá de preparo ou de prévio depósito.*
>
> *Parágrafo único. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária:*
>
> *I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º A isenção prevista no inciso I deste artigo não dispensa o reembolso à parte vencedora das custas que efetivamente tiver suportado e nem se aplica ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)".*

Pelo exposto, a condenação do Estado é cabível, uma vez que a prerrogativa é somente quanto à isenção do pagamento das custas, devendo o apelado ressarcir as despesas da apelante, na proporção indicada na sentença singular.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Juliane Muller e lhe dou parcial provimento para que o apelado ressarça a apelantes as custas adiantadas, na proporção indicada na sentença singular.

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. Dorival Renato Pavan.

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.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação Cível nº 0823232-68.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA – COBRANÇA INDEVIDA – MENSAGENS EXCESSIVAS E AMEAÇA DE NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR – CONDUTA ILÍCITA – DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – TEORIA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL APLICÁVEL – DANO MORAL CONFIGURADO E INDENIZÁVEL – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O dano moral deve ser arbitrado com moderação, e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau de ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores, bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Sentença reformada. 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, 6 de novembro de 2019.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de recurso de apelação, interposto por Antônio Cordeiro Neto, em face da sentença (f. 115-121) prolatada pelo juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, na ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais, ajuizada em face de Claro S.A, que julgou parcialmente procedentes os pedidos realizados na inicial.

O autor, ora apelante, afirma que a partir de dezembro de 2017 passou a receber diversas ligações da ré, ora apelada, além de mensagens de texto e cartas de cobranças com ameaça de negativação do seu nome, relacionadas a um débito decorrente da linha telefônica (67) xxxxx-9820, cadastrada no Estado de São Paulo, no valor de R$ 110,49 (cento e dez reais e quarenta e nove centavos).

Alegou que jamais residiu em São Paulo, tampouco realizou a contratação de serviços de telefonia da apelada, uma vez que utiliza a linha telefônica nº (67) xxxxx-7151, da empresa Vivo.

Aduz que em razão das inúmeras cobranças, no dia 06/01/2018 se dirigiu até uma loja da recorrida, por meio do Protocolo nº 20171431116, solicitando as contas telefônicas referentes ao suposto contrato firmado entre as partes.

Tendo em vista a ausência de cancelamento do débito, e a continuidade das ameaças concernentes à negativação do seu nome, o apelante protocolou um novo requerimento no dia 25/04/2018, do qual não obteve qualquer resposta.

De outro norte, a requerida, ora apelada, em sua Contestação (f. 89-104) pugnou pela improcedência da ação proposta, afirmando no dia 23/06/2016 registrou em seus sistemas o contato do apelante anuindo com fornecimento dos serviços da empresa, com a contratação do plano "*Claro Internet Mais 10GB (127)*" referente ao Contrato de nº 238142639 e linha de nº (67) xxxxx-9820, assentindo em pagar mensalmente o valor de R$ 96,99 (noventa e seis reais e noventa e nove centavos), porém, não traz aos autos o referido contrato.

O juízo singular, reconheceu a inexistência jurídica do contrato, declarou a inexistência dos débitos dele decorrentes, bem como, julgou improcedente o pedido por danos morais.

Por não concordar com a sentença proferida, o apelante interpôs o presente recurso de apelação, alegando a necessidade de aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor, uma vez que mesmo após comunicar a apelada sobre a ausência de contrato, a empresa não cancelou os débitos, bem como, permaneceu realizando as cobranças indevidas, e por essa razão, requer a sua condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais.

A apelada apresentou suas contrarrazões às f. 147-154, pleiteando a manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação, interposto por Antônio Cordeiro Neto, em face da sentença (f. 115-121) prolatada pelo juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, na ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais, ajuizada em face de Claro S.A, que julgou parcialmente procedentes os pedidos realizados na inicial.

O autor, ora apelante, afirma que a partir de dezembro de 2017 passou a receber diversas ligações da ré, ora apelada, além de mensagens de texto e cartas de cobranças com ameaça de negativação do seu nome, relacionadas a um débito decorrente da linha telefônica (67) xxxxx-9820, cadastrada no estado de São Paulo, no valor de R$ 110,49 (cento e dez reais e quarenta e nove centavos).

Alegou que jamais residiu em São Paulo, tampouco realizou a contratação de serviços de telefonia da apelada, uma vez que utiliza a linha telefônica nº (67) 99624-7151, da empresa Vivo.

Aduz que em razão das inúmeras cobranças, no dia 06/01/2018 se dirigiu até uma loja da recorrida, por meio do Protocolo nº 20171431116, solicitando as contas telefônicas referentes ao suposto contrato firmado entre as partes.

Tendo em vista a ausência de cancelamento do débito, e a continuidade das ameaças concernentes à negativação do seu nome, o apelante protocolou um novo requerimento no dia 25/04/2018, do qual não obteve qualquer resposta.

De outro norte, a requerida, ora apelada, em sua contestação (f. 89-104) pugnou pela improcedência da ação proposta, afirmando no dia 23/06/2016 registrou em seus sistemas o contato do apelante anuindo com fornecimento dos serviços da empresa, com a contratação do plano "*Claro Internet Mais 10GB (127)*" referente ao Contrato de nº 238142639 e linha de nº (67) xxxxx-9820, assentindo em pagar mensalmente o valor de R$ 96,99 (noventa e seis reais e noventa e nove centavos), porém, não traz aos autos o referido contrato.

O juízo singular, reconheceu a inexistência jurídica do contrato, declarou a inexistência dos débitos dele decorrentes, bem como, julgou improcedente o pedido por danos morais.

Por não concordar com a sentença proferida, o apelante interpôs o presente recurso de apelação, alegando a necessidade de aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor, uma vez que mesmo após comunicar a apelada sobre a ausência de contrato, a empresa não cancelou os débitos, bem como, permaneceu realizando as cobranças indevidas, e por essa razão, requer a sua condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais.

A apelada apresentou suas contrarrazões às f. 147-154, pleiteando a manutenção da sentença.

É a síntese do necessário.

O recurso é tempestivo e o preparo foi devidamente recolhido conforme comprovante juntado em f. 135.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo, e passo à análise do mérito.

O apelante insurge-se no tocante à reparação pelos danos morais, sustentando que a cobrança indevida causou-lhe mais do que simples aborrecimento, de modo que faz jus à indenização.

Frise-se desde logo que, restou incontroverso nos autos a inexistência de relação contratual entre as partes, uma vez que conforme preceituou a sentença, a apelada não apresentou cópia do referido contrato, tampouco qualquer prova que certificasse a contratação do serviço pelo apelante.

Sabe-se que, em regra, a mera cobrança é incapaz de ensejar danos morais, entretanto, o caso concreto apresenta peculiaridades que permitem concluir pela sua ocorrência, notadamente a desídia da apelada, aliada à perda do tempo útil do apelante, que teve de propor demanda judicial para solução de simples problema que, há muito, poderia ter sido solucionado administrativamente.

É cediço que a responsabilidade civil nada mais é que o dever de reparar os danos provocados numa situação onde determinado indivíduo sofre danos e prejuízos que geram efeitos jurídicos como consequência de atos ilícitos praticados por outrem.

Insta salientar que a responsabilidade civil considera o dano, o prejuízo, e o desequilíbrio patrimonial, porém, levando em consideração que o caso em comento seja concernente ao dano moral, o que se tem em mira é o transtorno psicológico ou o desconforto comportamental.

Sendo assim, a reparação civil na modalidade extrapatrimonial, apresenta inovações significativas, dentre elas, a mencionada pelo apelante, qual seja o dano imaterial pela perda do tempo útil.

Atualmente, na era da informatização e nas variadas atividades do cotidiano, o tempo se tornou um dos bens mais preciosos aos indivíduos.

Dessa forma, a perda do tempo útil resulta em diversos efeitos deletérios, uma vez que o apelante recebeu inúmeras mensagens com ameaça de negativação de seu nome, e por essa razão, se dirigiu por duas vezes até a empresa para protocolar requerimento concernente à cobrança, sem qualquer solução, causando-lhe mais transtornos, resultando em gasto do seu tempo útil.

Conforme já explanado, o consumidor foi obrigado a ajuizar ação judicial, tendo em vista todas as tentativas frustradas de resolução administrativa do conflito existente.

Ainda, vê-se que os vetores da política nacional de relações de consumo não estão sendo cumpridos pelas empresas.

O art.4º do Código de Defesa do Consumidor assim dispõe ao tratar sobre os princípios da política nacional das relações de consumo. Vejamos:

> *"Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*
>
> *I - **reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo**;*
>
> *II - **ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:***
>
> *a) por iniciativa direta;*
>
> *b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;*
>
> *c) pela presença do Estado no mercado de consumo;*
>
> *d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.*
>
> *III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;*
>
> *IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;*
>
> *V - **incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo**;*
>
> *VI - **coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo**, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;*
>
> *VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;*
>
> *VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo."* – destacamos.

Dessa forma, em razão da comprovação da subtração do tempo útil do ofendido, ora apelante, em desrespeito à sua conduta, ultrapassando a esfera do mero dissabor, atingindo diretamente sua personalidade, concluo que o recorrente faz jus à indenização pelos danos morais sofridos.

Em outra oportunidade não foi outro o entendimento externado por esse julgador:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSA À DIALETICIDADE COM RELAÇÃO À ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA DE COBRANÇA – DÍVIDA PAGA SENDO COBRADA PELA SEGUNDA VEZ – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CONDUTA ILÍCITA – DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR – TEORIA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL APLICÁVEL – DANO MORAL CONFIGURADO E INDENIZÁVEL – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO NÃO CONHECIDO EM FACE DE NW ADMINSTRADORA LTDA., E CONHECIDO E PROVIDO EM FACE DE BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A. O recurso deve ser dialético, necessitando de argumentos oportunos e suficientes para atacar os fundamentos em que se assentou a sentença, de modo que não se conhece de recurso ausente de*

dialeticidade, como no presente caso, quanto à ilegitimidade passiva da empresa de cobrança. Configura dano moral, mesmo que não tenha havido negativação do nome do consumidor por meio de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes ou protesto, mas sim repetição de cobrança indevida de dívida quitada ensejando a propositura de uma segunda ação judicial pelo consumidor, demonstrando a total falha na prestação do serviço. O dano moral tem caráter imaterial, logo, para sua comprovação, deve ser possível presumir a potencialidade ofensiva das circunstancias e dos fatos concretos e a repercussão no patrimônio subjetivo da vítima, ocorrida na presente situação fática ante a demasiada perda de tempo útil por consumidor na busca, pela segunda vez, da solução judicial de controvérsia motivada por conduta ilícita do fornecedor, consistente na repetição de cobrança indevida por dívida já paga, a qual, obviamente, extrapola o mero dissabor e resulta em efetivo dano moral. Como uníssono na jurisprudência pátria, a indenização por danos morais não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco pode ser irrisória, de forma a perder seu caráter de justa composição e prevenção. Os juros de mora, nos casos de condenação por dano moral decorrente de ilícito praticado no âmbito de relação contratual, incidem a partir da citação." (TJMS. Apelação nº 0804811-64.2017.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 05/12/2018, p: 06/12/2018).

No mesmo sentido caminham os Tribunais Pátrios:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS –CANCELAMENTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA – PERDA DO TEMPO ÚTIL – Autor que, por diversas vezes, solicitou o cancelamento dos serviços de telefonia fixa, provenientes de dois contratos, sem sucesso – Empresa ré que, ignorando as diversas solicitações, passou a efetuar ligações de cobrança e enviar correspondências ao autor, ameaçando inserir seu nome nos órgãos de proteção ao crédito – Cobrança indevida, aliada ao desgaste do autor em solicitar inúmeras vezes o cancelamento do serviço, o que acarreta induvidosamente a perda de seu tempo útil – Falha na prestação de serviços da ré – Responsabilidade objetiva do fornecedor – Risco da atividade – Dano moral configurado. (...)." (TJSP 1010736-94.2016.8.26.0068, Relator: Sérgio Shimura, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 17/01/2018, Data de Publicação: 17/01/2018).

"RECURSO INOMINADO – INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – DESCONTOS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – DANOS MORAIS – PERDA DO TEMPO ÚTIL – DEVER DE INDENIZAR. 1. Negada a contratação pelo consumidor, compete à instituição financeira comprovar a origem da dívida. 2. O descaso do fornecedor para com a solução dos problemas relatados pelo consumidor na esfera administrativa acarreta-lhe "perda de tempo útil" ou "perda de tempo livre", lesão imaterial que demanda reparação a título de danos morais." (TJ-SC, RI: 0803193-13.2012.8.24.0038, Relator: Caroline Bündchen Felisbino Teixeira, Quinta Turma de Recursos – Joinville, Data de Julgamento: 16/05/2018).

Caracterizados o ilícito e o nexo de causalidade, considero que a fixação do valor da indenização, para dar cumprimento ao artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, bem como ao artigo 927 do Código Civil, deve ser o suficiente para indenizar o ofendido, bem como, servir de desestímulo à prática de atos semelhantes aos usuários desse tipo de serviço fornecido pela apelada.

Observadas estas circunstâncias e configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar ante ao constrangimento sofrido.

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com base na equidade.

É possível constatar que a doutrina traça alguns pontos que devem ser sopesados pelo julgador no momento da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como, 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. 4. ed. Juarez de Oliveira, 2001. p. 37).

Portanto, devem ser aplicados os parâmetros supramencionados, utilizando-se da razoabilidade ao patamar ensejado pelas particularidades vislumbradas no caso concreto, visto que alcança o objetivo de desestimular a reincidência dos erros da apelada, à qual incumbe desempenhar sua atividade de maneira cuidadosa e eficiente, bem como, reconhecer o caráter educativo e pedagógico e, nessa esteira, não dê ensejo a enriquecimento indevido ao consumidor.

Neste sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PRIVADO NÃO ESPECÍFICADO – INSCRIÇÃO INDEVIDA – COBRANÇA ABUSIVA – ÔNUS DA PROVA DA CONTRATAÇÃO E DA UTILIZAÇÃO DO SERVIÇO DA EMPRESA DE TELEFÔNIA – DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE O PRODUTO – DANO MORAL IN RE IPSA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. Cobrança abusiva. É ônus da requerida demonstrar a regularidade da contratação e, consequentemente, da cobrança dos valores, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. Quantum indenizatório.* ***A contraprestação pelo sofrimento auferido tem a função de compensar a dor injustamente causada à vítima e servir de reprimenda ao agente para que não reincida em situações como a recorrida, sendo necessária a observação das condições financeiras das partes, a gravidade do fato, além do grau de culpa no cometimento do ato ilícito.*** *Quantum mantido, pois aquém dos padrões desta Colenda Câmara. Negaram Provimento ao Apelo. Unânime."* (Apelação Cível nº 70074765595, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 21/06/2018). (TJ-RS - AC: 70074765595 RS, Relator: Alexandre Kreutz, Data de Julgamento: 21/06/2018, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/06/2018).

Portanto, considerando os transtornos gerados, a repercussão e consequências derivadas, bem como, as condições econômicas de ambas as partes, especialmente da empresa demandada, concluo que o montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) se afigura razoável ao caso em comento.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso interposto, com o objetivo de condenar a apelada ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por danos morais, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV a partir deste julgamento, conforme preceitua a Súmula 362 do STJ, bem como, incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ), a ser considerado o dia 06.01.2017 (data do primeiro protocolo do apelante).

Considerada a reforma da sentença singular, com a total procedência dos pedidos iniciais, a parte recorrida deverá arcar com a totalidade das verbas sucumbenciais, e honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos moldes do art. 85, § 2º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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 convocado Vitor Luis de Oliveira Guibo).

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0844518-10.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – COMPRA E VENDA DE TERRENO – RESPONSABILIDADE DA VENDEDORA PELO PAGAMENTO DOS IMPOSTOS DEVIDOS ANTERIORMENTE À DATA DO CONTRATO – CHAMAMENTO AO PROCESSO DE CONVIVENTE – UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO OBJETO DO PROCESSO, QUE FOI ASSINADO SOMENTE PELA REQUERIDA – LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO INDICANDO APENAS A RÉ COMO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

O fato de ser reconhecida a união estável da requerida com seu ex-convivente após a celebração do contrato de compra e venda do terreno objeto da presente ação, não lhe permite chamá-lo à responsabilidade (chamamento ao processo), quando este sequer participou das tratativas ou assumiu algum encargo ou obrigação perante o comprador do imóvel, podendo a vendedora valer-se do direito regressivo para obter a repartição dos tributos a que foi condenada a pagar contra quem entende de direito.

Quanto ao prequestionamento, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham sido apreciadas adequadamente.

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, 30 de outubro de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

E.M. de O. interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (f. 92-95) proferida pelo juiz de direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, na ação de cobrança, movida por V.E.B. em face da ora apelante, julgou procedente o pedido principal para condenar a ré ao pagamento de R$ 18.551,98 (dezoito mil, quinhentos e cinquenta e um reais e noventa e oito centavos), em favor de V.E.B.; e improcedente o pedido reconvencional, relativo ao chamamento ao processo do Sr. M.M.A.

A apelante, em suas razões recursais (f. 99-114), requer seja dado provimento ao presente recurso para o fim de anular a sentença recorrida, em razão do cerceamento de defesa, pelo fato de o juízo de primeiro grau ter indeferido o chamamento ao processo do Sr. M.M.A., bem como a sua oitiva.

Para tanto, argumenta que *"não há porque fazer com que a apelante inicie outro processo judicial, onerando o Estado, uma vez que é patrocinada pela Defensoria Pública, para resolver um litígio que pode ser*

resolvido nestes mesmos autos." Alega ainda, que *"a sentença merece total reforma para chamar M.M. ao processo por ser devedor solidário da apelante por força de sentença judicial*."

O apelado, em contrarrazões recursais (f. 116-121) pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

E. M. de O. interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (f. 92-95) proferida pelo juiz de direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS que, na ação de cobrança, movida por V. E.B . em face da ora apelante, julgou procedente o pedido principal para condenar a ré ao pagamento de R$ 18.551,98 (dezoito mil, quinhentos e cinquenta e um reais e noventa e oito centavos), em favor de V. E. B.; e improcedente o pedido reconvencional, relativo ao chamamento ao processo do Sr. M. M. A.

A apelante, em suas razões recursais (f. 99-114), requer seja dado provimento ao presente recurso para o fim de anular a sentença recorrida, em razão do cerceamento de defesa, pelo fato de o juízo de primeiro grau ter indeferido o chamamento ao processo do Sr. M. M. A., bem como a sua oitiva.

Para tanto, argumenta que *"não há porque fazer com que a apelante inicie outro processo judicial, onerando o Estado, uma vez que é patrocinada pela Defensoria Pública, para resolver um litígio que pode ser resolvido nestes mesmos autos."* Alega ainda, que *"a sentença merece total reforma para chamar Marcos Mikem ao processo por ser devedor solidário da apelante por força de sentença judicial*."

O apelado, em contrarrazões recursais (f. 116-121) pugna pelo improvimento do recurso.

Consta dos autos que:

> *"O requerente avençou um contrato de compra e venda (em anexo) na data de 16.06.2004 referente a um imóvel localizado à Rua B.M.N., nº xxx, lote 23, quadra xx, Bairro R. dos R., local este onde atualmente reside e encontra-se construído uma casa de alvenaria com suas dependências, benfeitorias e instalações.*
>
> *Com isso, ficou pactuado no contrato particular com promessa de compra e venda de imóvel, que a requerida, ora promitente vendedora, se comprometeu em vender o imóvel supracitado pelo preço certo e liquido de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) à vista, valor este que a requerida da plena, geral e irrevogável quitação, conforme cláusula segundo do referido contrato e recibo de quitação de compra de imóvel (em anexo).*
>
> *Ocorre que, após a quitação do contrato de compra do imóvel, o requerente ao procurar a Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS, afim de recolher o IPTU para escriturar o imóvel, se deparou com diversos débitos de impostos em aberto do período anterior a compra do imóvel, sendo que a requerida não efetuava o pagamento do IPTU desde o ano de 1995.*
>
> *Dessa forma, tendo que o próprio requerente efetuar o pagamento dos débitos em aberto para que conseguisse escriturar o imóvel, conforme os comprovantes de pagamentos em anexo, sendo os seguintes: R$ 14.859,68 (quatorze mil oitocentos e cinquenta e nove reais sessenta e oito centavos); R$ 3.692,30 (três mil seiscentos e noventa e dois reais trinta centavos); e R$ 1.263,02 (hum mil duzentos e sessenta e três reais dois centavos).*
>
> *Nesse sentido, vejamos o que ficou estabelecido no Contrato de Compra e Venda, Cláusula Quarta, parágrafo único: (destacamos) "A prometente vendedora quitará todos os débitos com energia, água e impostos municipais ato continuo à assinatura do presente instrumento, sendo justo entender que o atraso na religação dos serviços de energia elétrica e água não resultará em descumprimento da obrigação ora assumida."*

> *Destarte, a Requerida deixou de cumprir com a obrigação assumida no referido contrato, tendo em vista que, o contrato foi celebrado em 16.06.2004, e os débitos pendentes são do período de 1995 à junho de 2004, portanto, sendo de responsabilidade da requerida."*

O pedido inicial foi julgado procedente para condenar a apelante ao pagamento do valor dispendido pelo apelado para quitar os impostos em atraso, tendo o magistrado *a quo* julgado improcedente o pedido reconvencional, indeferindo o chamamento ao processo e a oitiva do Sr. M. M.

Inconformada, recorre a apelante sustentando que o bem objeto desta lide foi objeto de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, sendo estipulado o percentual de 50% do imóvel para a autora e 50% para o Sr. M., uma vez que adquirido durante a sociedade conjugal.

Por conta disso, entende que durante a união estável, tanto o imóvel adquirido quanto as despesas decorrentes do mesmo, devem ser partilhadas entre a apelante e o Sr. M.M., motivo pelo qual houve o chamamento ao processo deste por se tratar de devedor solidário por força de sentença judicial.

Era o que tinha para relatar, passo ao voto.

Inicialmente, no que tange ao alegado cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da oitiva do Sr. M.M., entendo que não assiste razão à apelante.

Isso porque, o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 355, inciso I dispõe que, caso o juiz entenda que os documentos acostados aos autos forem suficientes para o julgamento antecipado da lide, o mesmo pode ser realizado, veja-se:

> *"Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:*
>
> *I - não houver necessidade de produção de outras provas;"*

E foi exatamente essa a hipótese dos autos, conforme se extrai da fundamentação da sentença recorrida em que o magistrado *a quo* consignou que:

> *"(...) convém ressaltar ser a hipótese do julgamento antecipado de mérito, na forma do art. 355, I, do CPC, porquanto desnecessária a produção de provas para análise dos pedidos formulados. Ademais, em sendo o juiz destinatário das provas, deverá indeferir aquelas que considerar inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, parágrafo único, do CPC), de modo a primar pela resolução do litígio em prazo razoável, na forma dos arts. 5º, LXXVIII, da CF e 4º do CPC."*

Assim, resta afastado o cerceamento de defesa.

Já em relação ao chamamento ao processo formulado pela apelante, as hipóteses encontram-se delineadas no art. 130, do CPC/15:

> *"Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:*
>
> *I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu;*
>
> *II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles;*
>
> *III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum."*

E a solidariedade (inciso III), na forma delineada pela apelante, não traduz o desiderato (chamamento ao processo do Sr. M.), pois basta verificar os fatos narrados na petição inicial, na qual o autor alega que entabulou um contrato de compra e venda com a requerida Sra. E. (promitente vendedora), sem qualquer participação do terceiro que, somente após 4 anos da celebração do contrato, por meio de sentença

judicial em ação de reconhecimento e dissolução de união estável, foi reconhecido proprietário de 50% do imóvel em questão.

Assim sendo, poderá valer-se a apelante do direito regressivo para obter a reparação contra quem entende de direito, no caso o seu ex-convivente, mas essa circunstância não lhe permite chamar à responsabilidade o Sr. M. na presente ação, sendo que este sequer participou das tratativas, ou assumiram algum encargo ou obrigação perante o apelado.

Conforme ressaltado pelo magistrado de primeiro grau:

> *"(...) ainda que o imóvel tenha composto o patrimônio da ré e de seu convivente, conforme sentença acostada às f. 72/78, a obrigação cobrada nesta demanda foi avençada exclusivamente entre o autor e a ré, em relação bilateral anexa ao contrato de compra e venda que não contemplou o terceiro que se pretende integrar à lide. Aliás, no procedimento administrativo de lançamento tributário a ré foi identificada como o sujeito passivo da obrigação, tanto que ela firmou o compromisso constante do contrato de compra e venda ás f. 80-81."* (f. 93)

É incontroverso, outrossim, que a apelante foi quem realizou as tratativas e acerto de preço da venda do imóvel objeto da presente ação, e, assim, somente a ela cabe defender-se das alegações noticiadas na petição inicial, motivo pelo qual, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por E.M. de O., mantendo integralmente a sentença de primeiro grau.

Por fim, em obediência ao disposto no artigo 85, § 11º, do CPC/2015, fixo honorários sucumbenciais recursais, em favor do advogado do apelado, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da condenação. Lembrando, contudo que a parte requerida é beneficiária da gratuidade processual ficando a cobrança de tal verba suspensa, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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, 30 de outubro de 2019.

***

Órgão Especial
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Mandado de Segurança Coletivo nº 1402158-72.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – ENQUADRAMENTO IRREGULAR DE SERVIDORES – FORMA DERIVADA DE INVESTIMENTO EM CARGO PÚBLICO – SERVIDORES QUE PASSARAM A OCUPAR CARGO PÚBLICO, COM REMUNERAÇÃO MAIOR, ATRIBUIÇÃO DISTINTA E DE MAIOR COMPLEXIDADE, COM REQUISITOS DE ESCOLARIDADE EM NÍVEL ACIMA DO CARGO ANTERIOR – REVISÃO DE ENQUADRAMENTO PROMOVIDA PELA ADMINISTRAÇÃO – DEMORA NA CONCLUSÃO DO REENQUADRAMENTO – INAPLICABILIDADE DA DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 54 DA LEI FEDERAL N. 9.784/99 – FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE – PREJUDICIAL AFASTADA – PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE CORRIGIR O ATO – INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO – SÚMULA VINCULANTE Nº 43 DO STF – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

A Administração Pública pode anular, a qualquer tempo, o ato administrativo de enquadramento irregular de servidores públicos, eivado de inconstitucionalidade flagrante, o qual não se convalida pelo mero decurso temporal, não se cogitando da incidência do disposto no art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99.

Tendo os enquadramentos dos servidores ocorrido com ofensa ao princípio do concurso público, ou seja, de maneira inconstitucional, propiciando-lhes investir-se, sem prévia aprovação em concurso público, em cargos que não integram a carreira para a qual foram anteriormente investidos, é dever da Administração Pública corrigir os atos ilegais.

Não se aplica à espécie a chamada "teoria do fato consumado", em vista da ausência de pertinência temática com a questão *sub judice*, e em especial com relação ao disposto nos arts. 54 e 55 da Lei Federal n. 9.784/99, que tratam de dispositivos disciplinadores do exercício de autotutela da Administração.

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, com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Carlos Aparecido Alfaro Galvão, Ivanilde Aparecida Cunha Godoy, Izabel Abrahan, Maria de Lourdes Santana, Marileida Rodrigues de Azevedo Félix, Mary Anne Miranda Chiezi, Maura Mitsiko Arakaki Shiroma, Rosimeire Siqueira e Vera Odete Pereira, devidamente qualificados, impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na anulação dos

Decretos "P" nºs 2.167, 2.218, 2.734, 2.763 e 2.899, que transformaram seus cargos de Agente de Apoio Fazendário para Assistente de Apoio Fazendário e Financeiro, bem como do Decreto n. 528, que alterou novamente o cargo dos impetrantes, que receberam a denominação de "Técnico Fazendário".

Elucidam, inicialmente, que são servidores públicos estaduais integrantes da carreira Atividades de Apoio Fazendário e que, em junho de 2004, por força dos Decretos "P" acima referidos, tiveram seus cargos transformados, passando de Agente de Apoio Fazendário para Assistente de Apoio Fazendário e Financeiro.

Adicionam que, em fevereiro de 2006, o cargo dos impetrantes foi alterado novamente, passando para Técnico Fazendário, conforme Decreto "P" nº 528.

Aduzem que, em fevereiro de 2009, a autoridade impetrada procedeu à abertura de processo de revisão de enquadramento e promoção funcional em face dos impetrantes, por considerar que a alteração nos cargos promovida pelos Decretos "P" estaria irregular.

Elucidam que, como a decisão administrativa de anulação dos atos administrativos já havia sido proferida, os impetrantes, de forma preventiva, ingressaram, antes da publicação no órgão oficial, com Mandado de Segurança (Autos nº 1404918-28.2018.8.12.0000), buscando evitar que a decisão viesse a operar efeitos jurídicos, porém, este Egrégio Tribunal de Justiça, entendendo que não havia provas concretas de que as autoridades estavam na iminência de anular os mencionados Decretos, extinguiu o *writ*, sem julgamento do mérito, o que levou os requerentes a desistir do prazo recursal e a pleitear o arquivamento do feito.

Asseveram que, no último dia 19 de fevereiro, a decisão administrativa de anulação dos Decretos foi publicada no Diário Oficial, tendo sido procedido o enquadramento dos impetrantes na carreira de Atividades de Apoio Fazendário no cargo de Auxiliar Fazendário, conforme Decreto "P" nº 33 (f. 500-501).

Anexam a íntegra das cópias do Processo Administrativo do impetrante Carlos Aparecido Alfaro Galvão, o qual serviu como padrão para todos os outros processos, bem como as cópias dos pareceres e decisões dos demais impetrantes, extraídas dos respectivos processos administrativos.

Afirmam que, quando da abertura dos Processos Administrativos em face dos impetrantes, realmente não havia decorrido o prazo quinquenal para configurar a prescrição administrativa, todavia, atualmente já transcorreram mais de 10 (dez) anos da data de instauração dos Processos Administrativos, e, se for considerada a data da edição dos Decretos "P", já se passaram mais de 14 (catorze) anos, de modo que a Administração decaiu do direito de anular os mencionados atos administrativos, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/99, inobstante se reconheça o poder/dever de autotutela da Administração Pública, que lhe assegura a possibilidade de revisão e consequente correção de seus próprios atos.

Obtemperam que a efetivação dos Decretos "P" de nºs 30, 31 e 32, que anularam o enquadramento dos impetrantes terá como consequência uma redução em seus vencimentos de aproximadamente 50% (cinquenta por cento), o que viola flagrantemente o direito líquido e certo dos requerentes, em virtude do princípio da segurança jurídica retratado na prescrição administrativa.

Salientam que não há falar em interrupção do prazo decadencial, como reconhecido pela própria Procuradoria-Geral do Estado, na manifestação PGE/CJUR-SAD Nº 070/2012, porquanto foge a qualquer critério de razoabilidade o decurso de tempo superior a 10 (dez) anos de tramitação do Processo Administrativo, tanto que a própria Lei Estadual n. 1.102/90, em seu art. 258, estabelece o prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias, para a conclusão do Processo Administrativo.

Reportando-se a vasto suprimento doutrinário-jurisprudencial, os impetrantes culminam com o requerimento de concessão de medida liminar para determinar a suspensão dos efeitos dos Decretos "P" nºs. 30, 31, 32 e 33, de 4 de janeiro de 2019.

Requerem, na sequência, o julgamento da procedência do presente *writ*, concedendo-se a segurança, em definitivo, com o reconhecimento do direito postulado.

Requerem, por derradeiro, os benefícios da gratuidade processual, alegando ser pobres, na forma da lei, conforme declarações em anexo.

Atribuem à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando cópias dos documentos de f. 19 a 527.

Ao receber os autos para análise, por se tratar de mandado de segurança coletivo, nos termos do § 2º do art. 22 da Lei de Mandado de Segurança, determinei a oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, para se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (pág. 531).

Manifestando-se às f. 539-546, o Estado de Mato Grosso do Sul arguiu, em preliminar, a impossibilidade de ser deferida a liminar, em razão da natureza satisfativa da medida, ao tempo em que defendeu a ausência de requisitos para a concessão da liminar, ilustrando sua tese com inúmeros suprimentos jurídicos.

Às f. 548-551, proferi decisão monocrática deferindo liminar, com ordem para a suspensão imediata dos efeitos dos Decretos "P" nºs 30, 31, 32, de 4 de janeiro de 2019, que anularam os Decretos de enquadramento dos impetrantes, e do Decreto "P" n. 33, da mesma data, que enquadrou os servidores no cargo de Auxiliar Fazendário.

Na mesma decisão, foi indeferido o pedido de Assistência Judiciária, com ordem para recolhimento das custas, o que foi providenciado pelos impetrantes (f. 554-567).

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou defesa/informações, pugnando pela denegação do *writ* (f. 574-582).

A seu turno, o Ministério Público, em parecer exarado pelo eminente Procurador-Geral Adjunto de Justiça Jurídico, Dr. Humberto de Matos Brittes, ofertou parecer pela denegação da segurança, com a cassação da liminar.

VOTO

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

Dos fatos

Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pelos servidores públicos Carlos Aparecido Alfaro Galvão, Ivanilde Aparecida Cunha Godoy, Izabel Abrahan, Maria de Lourdes Santana, Marileida Rodrigues de Azevedo Félix, Mary Anne Miranda Chiezi, Maura Mitsiko Arakaki Shiroma, Rosimeire Siqueira e Vera Odete Pereira, devidamente qualificados, contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na anulação dos Decretos "P" nºs 2.167, 2.218, 2.734, 2.763 e 2.899, que transformaram seus cargos de Agente de Apoio Fazendário para Assistente de Apoio Fazendário e Financeiro, bem como na anulação do Decreto n. 528, que alterou novamente o cargo dos impetrantes, que recebeu a denominação de Técnico Fazendário.

Elucidam, inicialmente, que são servidores públicos estaduais integrantes da carreira "Atividades de Apoio Fazendário" e que, em junho de 2004, por força dos Decretos "P" acima referidos, tiveram seus cargos transformados, passando de Agente de Apoio Fazendário para Assistente de Apoio Fazendário e Financeiro.

Adicionam que, em fevereiro de 2006, o cargo dos impetrantes foi alterado novamente, passando para Técnico Fazendário, conforme Decreto "P" nº 528.

Aduzem que, em fevereiro de 2009, a autoridade impetrada procedeu à abertura de processo de revisão de enquadramento e promoção funcional em face dos impetrantes, por considerar que a alteração nos cargos promovida pelos Decretos "P" estaria irregular.

Afirmam que, como a decisão administrativa de anulação dos atos administrativos já havia sido proferida, os impetrantes, de forma preventiva, ingressaram, antes da publicação no órgão oficial, com Mandado de Segurança (Autos nº 1404918-28.2018.8.12.0000), buscando evitar que a decisão viesse a operar efeitos jurídicos, porém, este Egrégio Tribunal de Justiça, entendendo que não havia provas concretas de que as autoridades estavam na iminência de anular os mencionados Decretos, extinguiu o *writ*, sem julgamento do mérito, o que levou os requerentes a desistir do prazo recursal e a pleitear o arquivamento do feito.

Asseveram que, no último dia 19 de fevereiro, a decisão administrativa de anulação dos Decretos foi publicada no Diário Oficial, tendo sido procedido o enquadramento dos impetrantes na carreira de Atividades de Apoio Fazendário no cargo de Auxiliar Fazendário, conforme Decreto "P" nº 33 (f. 500-501).

Anexam a íntegra das cópias do Processo Administrativo do impetrante Carlos Aparecido Alfaro Galvão, o qual serviu como padrão para todos os outros processos, bem como as cópias dos pareceres e decisões dos demais impetrantes, extraídas dos respectivos processos administrativos.

Enfatizam que, quando da abertura dos Processos Administrativos em face dos impetrantes, realmente não havia decorrido o prazo quinquenal para configurar a prescrição administrativa, todavia, atualmente já transcorreram mais de 10 (dez) anos da data de instauração dos Processos Administrativos, e, se for considerada a data da edição dos Decretos "P", já se passaram mais de 14 (catorze) anos, de modo que a Administração decaiu do direito de anular os mencionados atos administrativos, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/99, inobstante se reconheça o poder/dever de autotutela da Administração Pública, que lhe assegura a possibilidade de revisão e consequente correção de seus próprios atos.

Obtemperam que a efetivação dos Decretos "P" de nºs 30, 31 e 32, que anularam o enquadramento dos impetrantes terá como consequência uma redução em seus vencimentos de aproximadamente 50% (cinquenta por cento), o que viola flagrantemente o direito líquido e certo dos requerentes, em virtude do princípio da segurança jurídica retratado na prescrição administrativa.

Salientam que não há falar em interrupção do prazo decadencial, como reconhecido pela própria Procuradoria-Geral do Estado, na manifestação PGE/CJUR-SAD Nº 070/2012, porquanto foge a qualquer critério de razoabilidade o decurso de tempo superior a 10 (dez) anos de tramitação do Processo Administrativo, tanto que a própria Lei Estadual n. 1.102/90, em seu art. 258, estabelece o prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias, para a conclusão do Processo Administrativo.

Reportando-se a vasto suprimento doutrinário-jurisprudencial, os impetrantes culminam com o requerimento de concessão de medida liminar para determinar a suspensão dos efeitos dos Decretos "P" nºs. 30, 31, 32 e 33, de 4 de janeiro de 2019.

Requerem, na sequência, o julgamento da procedência do presente *writ*, concedendo-se a segurança, em definitivo, com o reconhecimento do direito postulado.

Requerem, por derradeiro, os benefícios da gratuidade processual, alegando ser pobres, na forma da lei, conforme declarações em anexo.

Atribuem à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando cópias dos documentos de p. 19 a 527.

Ao receber os autos para análise, por se tratar de mandado de segurança coletivo, nos termos do § 2º do art. 22 da Lei de Mandado de Segurança, determinei a oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, para se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (pág. 531).

Manifestando-se às f. 539-546, o Estado de Mato Grosso do Sul arguiu, em preliminar, a impossibilidade de ser deferida a liminar, em razão da natureza satisfativa da medida, ao tempo em que defendeu a ausência de requisitos para a concessão da liminar, ilustrando sua tese com inúmeros suprimentos jurídicos.

Às f. 548-551, proferi decisão monocrática deferindo liminar, com ordem para a suspensão imediata dos efeitos dos Decretos "P" nºs 30, 31, 32, de 4 de janeiro de 2019, que anularam os Decretos de enquadramento dos impetrantes, e do Decreto "P" nº 33, da mesma data, que enquadrou os servidores no cargo de Auxiliar Fazendário.

Na mesma decisão, foi indeferido o pedido de Assistência Judiciária, com ordem para recolhimento das custas, o que foi providenciado pelos impetrantes (f. 554-567).

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou defesa/informações, pugnando pela denegação do *writ* (f. 574-582).

A seu turno, o Ministério Público, em parecer exarado pelo eminente Procurador-Geral Adjunto de Justiça Jurídico, Dr. Humberto de Matos Brittes, ofertou parecer pela denegação da segurança, com a cassação da liminar.

Do direito

Ao que se infere dos autos, os impetrantes pretendem cancelar os atos de Revisão de Enquadramento e Promoção Funcional realizados pelo impetrado.

Com efeito, os impetrantes integram a carreira Atividades de Apoio Fazendário, os quais, em junho de 2004, por força dos Decretos "P" nºs 2.167, 2.218, 2.734, 2.763 e 2.899, tiveram seus cargos transformados de Agente de Apoio Fazendário para Assistente de Apoio Fazendário e Financeiro. Posteriormente, por meio do Decreto n. 528/2006, o Estado alterou novamente o cargo dos impetrantes, que passaram a receber a denominação Técnico Fazendário.

Os impetrantes alegam que, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/99, a Administração decaiu do direito de anular os mencionados atos administrativos, visto que já se passaram mais de 14 (catorze) anos da data da instauração dos Processos Administrativos, bem assim que o ato impugnado é ilegal, porquanto seus vencimentos foram reduzidos em aproximadamente 50% (cinquenta por cento).

Em sua defesa, o Estado alega que os enquadramentos dos servidores se deu em ofensa ao princípio do concurso público, ou seja, de maneira inconstitucional, pelo fato de que os impetrantes passaram a ocupar cargo público com atribuição distinta e de maior complexidade, com requisitos de escolaridade superior ao emprego anterior.

Acrescenta que o poder-dever anulatório da Administração Pública foi exercido, no caso dos impetrantes, antes da consumação do prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 54 da Lei Federal n. 9.784/1999, e que, tão logo tomou conhecimento das irregularidades, a autoridade competente designou Comissão de Revisão de Enquadramento e instaurou Processo Administrativo para apurar os fatos, de modo que permaneceu *"interrompida a decadência administrativa desde essa época e não há que se falar em novo curso de prazo decadencial após esse marco, por ausência de qualquer previsão legal nesse sentido"* (pág. 542).

Ressalta que prevalece o entendimento, no Supremo Tribunal Federal (RE 817.338 – Repercussão Geral reconhecida – Tema n. 839) e no Superior Tribunal de Justiça, de que a anulação de tais atos administrativos e a correção de situações inconstitucionais não se sujeitam a prazos.

Prejudicial de decadência

A prejudicial de decadência não merece vingar.

Realmente, de acordo com o art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99, *"o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé"*.

Restou incontroverso que em meados de 2004, por força dos Decretos "P" nº 2.167, 2.218, 2.734, 2.763 e 2.899, os impetrantes tiveram seus cargos transformados, passando de Agente de Apoio Fazendário para Assistente de Apoio Fazendário e Financeiro.

Em fevereiro de 2006, o cargo dos impetrantes foi novamente alterado, passando para Técnico Fazendário, conforme Decreto "P" nº 528.

Outrossim, a implantação em folha dos vencimentos decorrentes das novas classificações, com a percepção do primeiro pagamento (art. 54, § 1º, da Lei Federal nº 9.784/99) deu-se, respectivamente, em junho de 2004 (Assistente de Apoio Fazendário) e em dezembro de 2005 (Técnico Fazendário).

A seu turno, o Estado iniciou o Processo de Revisão de Enquadramento dos servidores em 16 de fevereiro de 2009, dentro do prazo quinquenal, por meio do Processo nº 11/006529/2009 (f. 37), como, aliás, reconhecem os próprios impetrantes, na inicial (f. 5).

Ocorre, entretanto, que, por "n" motivos, a revisão de enquadramento individual só foi concluída no início de 2019.

Nesse comenos, mais precisamente em 4 de janeiro de 2019, a autoridade coatora já havia procedido, por meio do Decreto "P" nº 33, o enquadramento correto dos impetrantes na carreira de Atividades de Apoio Fazendário no cargo de Auxiliar Fazendário.

Independentemente de o prazo de 5 (cinco) anos ser prescricional (art. 184 da Lei Estadual n. 1.102/90, com interrupção da prescrição) ou decadencial (art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99, sem interrupção da decadência), ou ainda, independentemente do prazo de conclusão dos trabalhos da Comissão Processante (art. 258 da Lei 1.102/90 – 90 dias), o fato é que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em questões desse jaez, reconhecendo a existência de repercussão geral (Tema n. 839), nos seguintes termos: *"Julgamento de tese sobre a possibilidade de um ato administrativo,* ***caso evidenciada a violação direta do texto constitucional,*** *ser anulado pela Administração Pública, quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei n. 9.784/99"*. G.n.

Na espécie, sem dúvida que o enquadramento irregular dos impetrantes em cargos públicos para os quais não fizeram concurso, com remuneração maior, atribuição distinta e de maior complexidade, com requisitos de escolaridade superior ao emprego anterior, representa ofensa direta ao art. 37, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal, *verbis*:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos* ***princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*** *e, também, ao seguinte: (Redação dada pela EC 19/1998).*
>
> *I – omissis;*
>
> *II -* ***a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei,*** *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;(...)"*. G.n.

Posto isso, afasto a prejudicial de decadência.

Mérito

No tocante ao mérito, o ato revisional do enquadramento dos servidores é legítimo, pois, de fato, os enquadramentos anteriores padecem de grave irregularidade.

O STF, desde há muito, fixou o entendimento, materializado na Súmula 685, de que *"é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento,* ***em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido****"*. (G.n.).

Posteriormente, a mesma Corte consolidou a tese, por meio da Súmula Vinculante n. 43, que assim dispõe:

> *"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor* ***investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual*** *anteriormente* ***investido"****.* (G.n.).

Coerente com esse pensamento, a jurisprudência dos tribunais pátrios, em todas as instâncias, inclusive desta Egrégia Corte, tem posicionamento firme a respeito, senão vejamos:

> *"O art. 5º, § 4º, da Lei Estadual nº 2.065/1999, ao permitir que servidores habilitados ou capacitados ocupem outros cargos dentro da sua categoria, promove ascensão funcional, situação vedada pelo art. 37, II, da Constituição. Infringência da Súmula Vinculante nº 43 do STF "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido."* (STF; ADI 4.143; MS; Tribunal Pleno; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 23/08/2019; DJE 06/09/2019; Pág. 72).

> *"ADMINISTRATIVO – ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ – SERVIDOR PÚBLICO – TRANSPOSIÇÃO DE REGIME – VEDAÇÃO – SÚMULA VINCULANTE Nº 43/STF – DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA – NÃO CONFIGURAÇÃO – INVASÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INOCORRÊNCIA.*
>
> *1. (...)*
>
> *2. Nos termos da Súmula Vinculante nº 43/STF: "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".*
>
> *3. Inaplicável o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 para estabilizar situações flagrantemente colidente com a Carta Magna, em razão do princípio da máxima eficácia das normas constitucionais (CF. RMS 54.199/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/10/2017).*
>
> *4. "A Administração pode anular, a qualquer tempo, o ato administrativo de admissão de servidores públicos sem concurso público, não se cogitando da incidência do disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, posto que flagrantemente inconstitucional" (CF. AGRG nos EDCL no RESP 1520492/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 08/11/2016).*
>
> *5. Agravo interno não provido."* (STJ; AgInt-REsp 1.663.023; Proc. 2017/0070968-9; PI; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 08/05/2018; DJE 11/05/2018; Pág. 1034).

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ – SERVIDOR PÚBLICO – TRANSPOSIÇÃO DE REGIME – VEDAÇÃO – SÚMULA VINCULANTE Nº 43/STF – PRECEDENTE ESPECÍFICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA – INOCORRÊNCIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO."* (STJ; REsp 1.663.023; Proc. 2017/0070968-9; PI; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJE 20/11/2017).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – DEVER DE FAZER E COBRANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – ATENDENTE DE BERÇÁRIO – PRETENSÃO DE ENQUADRAMENTO COMO PROFESSORA – INCONSTITUCIONALIDADE.*
>
> *O art. 37, II, estabelece ser a investidura em cargo público realizada após aprovação em concurso público. Impossibilidade de enquadramento de servidora pública em cargo diverso daquele para o qual foi aprovada (Súmula Vinculante n. 43).*

RECURSO NÃO PROVIDO." (TJMS; AC 0008936-74.2018.8.12.0001; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Vilson Bertelli; DJMS 26/04/2019; Pág. 129).

Colho do bem lançado parecer ministerial, lavrado pelo douto Procurador-Geral Adjunto de Justiça Jurídico, Dr. Humberto de Matos Brittes, os seguintes subsídios, que adoto como razões de decidir:

> *"(...) No caso, como bem elucida a peça de ingresso, são, os impetrantes, servidores públicos estaduais integrantes da carreira "Atividades de Apoio Fazendário". O cargo em que originalmente figuravam, "Agente de Apoio Fazendário", **fora sucessivamente transformado por Decreto Estadual,** eis que modificado para Assistente de Apoio Fazendário e Financeiro no ano de 2004 e, subsequentemente, no ano de 2006, alterado para técnico fazendário.*
>
> *A tardia anulação dessas verificadas "mutações funcionais", efetivada apenas em 19.02.2019 (data de publicação decisória), fundamentara-se na constatação de que tais enquadramentos atribuíam aos interessados **funções distintas das de origem,** reclamando, o cargo decorrente da transformação, **desempenho de atribuições mais complexas e grau de escolaridade mais avançado**, consoante se verifica da Decisão PGE/MS/GAB/N. 431/2012 (cujo documento expositor fora acostado pelos próprios impetrantes à f. 333 dos autos). Aliás, tais circunstâncias atinentes à descaracterização funcional em voga, praticamente inovando a natureza da carreira e **propiciando indevidamente mais generosa remuneração aos agentes públicos,** afiguram-se incontroversas, não tendo sido repelidas, em momento algum, pelos demandantes, que, como assinalado, apenas com arrimo no longo período decorrido, batem-se pela consolidação da situação irregular.*
>
> *Ora, **as transformações funcionais em questão**, sem qualquer justificativa legítima, **tornaram mais sofisticados os cargos ocupados pelos impetrantes,** inclusive melhor remunerando-os, o que caracteriza proscrita hipótese de ascensão funcional pela via do desvirtuamento da carreira e contexto de provimento derivado pelo conduto da transformação operacional.*
>
> *Tal situação, é crucial informar, reverbera **evidente transgressão ao princípio do concurso público (artigo 37, inciso II, CF), ao princípio da impessoalidade (artigo 37, caput, CF) e a outras normas que, assim como as espécies nominadas, encontram acolhida na Constituição Federal de 1988.** Pior que uma simples e trivial infringência, a situação esposada reflete sério e temerário vilipêndio franco e direto à Magna Carta, comprometendo sua força normativa e, por óbvio, a coerência de todo o sistema jurídico.*
>
> *Essa percepção da **natureza material dos vícios** que acometem os atos revisados é, como já se deixou antever, ponto da maior importância, questão nevrálgica e fulcral da análise, visto que demonstra que a correção administrativa – cuja desconstituição jurisdicional se mira – invalidara não atos administrativos singelamente viciados ou meras irregularidades passíveis de convalidação; senão que rescindira, com muita propriedade jurídica, operações administrativas definitivamente pretéritas **que fomentaram violação direta ao texto constitucional.***
>
> *Na análise de situações de tal jaez, aliás, o Pretório Excelso já manifestou incondicional repúdio à irregular ascensão, **flagrantemente inconstitucional,** vindo a cristalizar seus arestos na **Súmula 685** e, mais recentemente, pela conversão da última na **Vinculante 43**, que, de seu turno, reza:*
>
> *É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.*
>
> *(...)".* (g.n.)

De fato, **a exibida ofensa à Constituição é aberta e clara, tornando a situação insuscetível de qualquer convalidação** (no sentido técnico do termo). Aliás, eventual tentativa de convalidação de uma real conspurcação esbarraria na inexequibilidade de fidedigna reprodução dos atos mediante a correção dos vícios

materiais implicados. É dizer: **não se pode convalidar o ato quando, como no caso, a sua repetição importe, necessariamente, a repetição do vício que o macula.** Some-se a isso o fato de que os processos de invalidação deste caso decorreram de certa impugnação, nos compartimentos administrativos, aos atos viciados, máxime pela ação fiscalizatória do **Tribunal de Contas do Estado** ainda no ano de 2008; caracterizando, por corolário, o valor jurídico da **legalidade,** requisitado pela estrutura estatal (TC), mais do que a pretensa preservação irregular, como o **fio condutor da previsibilidade social,** fazendo cair por terra o fundamento da manutenção dos atos inquinados sob o prisma da segurança jurídica e da estabilidade das relações constituídas. (f. 595-599). Grifos meus e do original.

Acresça-se, ainda, que à espécie não é aplicável a chamada "teoria do fato consumado", em vista da ausência de pertinência temática com a questão *sub judice,* e em especial com relação ao disposto nos arts. 54 e 55 da Lei Federal n. 9.784/99, que tratam de dispositivos disciplinadores do exercício de autotutela da Administração (EDcl no AgRg no REsp 1251123/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 07/03/2013, DJe 14/03/2013).

Parte dispositiva

À luz das considerações expostas, em conformidade com o parecer do Ministério Público, afasto a prejudicial de decadência e denego a segurança, revogando a liminar concedida.

Deixo de condenar os servidores no pagamento das verbas indevidamente recebidas, por estarem de boa-fé e não terem dado causa à irregularidade, como, aliás, reconhecido pelo próprio impetrado.

Custas, se houver, por conta dos impetrantes.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, 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. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0802159-40.2018.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPEDIMENTO DE POSSE DE CANDIDATA EM CONCURSO PÚBLICO – AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO – SENTENÇA AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – SENTENÇA REFORMADA – ORDEM CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO.

Impedir a posse de candidata no cargo no qual foi aprovada, pelo fato de ela possuir condenação (sem trânsito em julgado), viola o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º LVII, da Constituição Federal.

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, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o 1º vogal retificar o voto para acompanhá-lo, vencido o relator que lhe negava provimento. O 3º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), convocado nos termos do art. 942, do CPC, acompanhou o 2º vogal.

Campo Grande, 20 de novembro de 2019.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

H. C. S. L. interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 82-84, proferida pelo juízo de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nestes autos de mandado de segurança, cuja ordem foi denegada, em razão da existência de regra editalícia do concurso que previa a impossibilidade de nomeação daquele que responda a processo criminal (independentemente da fase em que se encontre), não significando ofensa à igualmente ou à presunção de inocência.

Em suas razões recursais (f. 94-110), alega a apelante que foi citada em ação penal no dia 04/04/2016, mas já havia feito sua inscrição para o concurso para professor da rede municipal de ensino em 23/02/2016. Passados, os anos e em razão de sua aprovação, foi convocada em 12/01/2018 para orientações para a posse, oportunidade em que apresentou certidão criminal acompanhada de certidão do processo criminal que tramitava contra si, sem condenação e trânsito em julgado, e mesmo assim foi-lhe negada posse.

Argumenta que a lei não proíbe a investidura (posse) em cargo público de pessoa que somente esteja respondendo a processo criminal, como reconhece a jurisprudência deste Tribunal com precedentes do STF e STJ.

Sustenta que sequer a condenação criminal por si só não geraria a sua demissão caso já fosse servidora pública, na medida em que tal se dá somente se e com o trânsito em julgado da condenação.

Prequestiona o art. 5º, LVII, da Constituição.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para determinar que seja dada posse à impetrante.

Em contrarrazões (f. 113-119), pugna o município apelado pelo desprovimento do recurso.

O novo pedido de antecipação de tutela foi negado a f. 125

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso da impetrante (f. 130-135).

VOTO (13/11/2019)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por H. C. S. L. contra sentença que denegou a ordem pleiteado nestes autos de mandado de segurança, em razão da existência de regra editalícia do concurso que previa a impossibilidade de nomeação daquele que responda a processo criminal (independentemente da fase em que se encontre), não significando ofensa à igualmente ou à presunção de inocência.

Em suas razões recursais (f. 94-110), alega a apelante que foi citada em ação penal no dia 04/04/2016, mas já havia feito sua inscrição para o concurso para professor da rede municipal de ensino em 23/02/2016. Passados, os anos e em razão de sua aprovação, foi convocada em 12/01/2018 para orientações para a posse, oportunidade em que apresentou certidão criminal acompanhada de certidão do processo criminal que tramitava contra si, sem condenação e trânsito em julgado, e mesmo assim foi-lhe negada posse.

Argumenta que a lei não proíbe a investidura (posse) em cargo público de pessoa que somente esteja respondendo a processo criminal, como reconhece a jurisprudência deste Tribunal com precedentes do STF e STJ.

Sustenta que sequer a condenação criminal por si só não geraria a sua demissão caso já fosse servidora pública, na medida em que tal se dá somente se e com o trânsito em julgado da condenação.

Prequestiona o art. 5º, LVII, da Constituição.

Requer que o recurso seja conhecido e provido para determinar que seja dada posse à impetrante.

Em contrarrazões (f. 113-119), pugna o município apelado pelo desprovimento do recurso.

O novo pedido de antecipação de tutela foi negado a f. 125

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso da impetrante (f. 130-135).

A sentença contra a qual se insurge a impetrante foi proferida nos seguintes termos:

> *"A impetrante veio a este juízo pleitear a concessão de segurança contra ato da autoridade coatora que inquina de ilegalidade, consistente na negativa de posse em cargo público em razão de responder a processo criminal.*
>
> *Alegou que, em 04.04.2016, foi citada do oferecimento de denúncia contra si, que deu início à Ação Penal nº 0022621-90.2014.8.12.0001, e que foi convocada, em 12.01.2018, para tomar posse no cargo público de Professor da Rede Municipal de Ensino, tendo em vista sua aprovação no concurso público.*
>
> *Sustentou que, após entregar a documentação exigida, foi surpreendida com a negativa de sua posse por responder ao referido processo criminal, com o que não concorda.*
>
> *Defendeu seu direito líquido e certo à posse, por não haver sentença condenatória transitada em julgado, e que o edital do concurso padeceria de ilegalidade e inconstitucionalidade.*

Pediu liminar de segurança para que lhe seja dada a posse no cargo público de professor do Município de Campo Grande, bem como a confirmação desta, ao final. Requereu os benefícios da justiça gratuita e juntou documentos.

Deferiu-se a liminar pleiteada e a gratuidade processual.

O impetrado prestou informações nos autos, alegando que a Administração deve obediência à legalidade, e que o edital previu expressamente a impossibilidade de provimento do cargo em caso de condenação criminal ou de ação penal em curso. Pediu a denegação da segurança e juntou documentos.

O Ministério Público Estadual apresentou parecer, opinando pela denegação da segurança.

Vieram-me conclusos para sentença.

É esta, em apertada síntese, a história relevante deste processo.

Decido

Trata-se de ação constitucional para a tutela de direito individual líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, onde se imputa ilegalidade ou abuso de poder na conduta do impetrado, tido como autoridade coatora.

Depreende-se dos autos, que a impetrante foi convocada para o processo de nomeação e posse em concurso público, donde restou negado, pela Administração Pública, sua posse no cargo de Professor, por responder a processo-crime, o que viola os requisitos de investidura previstos no Edital nº 01/01/2016 (item 2.1.9).

Em que pesem os argumentos expostos pela impetrante, há que se rever a decisão que concedeu a liminar, eis que o edital do concurso em questão não tem viés ilegal ou mesmo inconstitucional, de modo que a segurança deve ser denegada.

Isso porque a legislação infraconstitucional, aplicável à espécie, não veda a Administração Pública de exigir, como requisito para provimento de cargo público, que o candidato não esteja respondendo a processo criminal.

Ademais, a regra disposta no edital, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, visto que é de interesse público que o servidor público seja pessoa idônea, sendo que a certidão positiva criminal afasta tal certeza.

Em consulta ao SAJ, constata-se que inclusive já houve a condenação da impetrante, em primeira e segunda instâncias, na Ação Penal nº 0022621-90.2014.8.12.0001.

E muito embora não tenha trânsito em julgado, é possível afirmar, no caso em exame, a presença do alto grau de culpabilidade decorrente da própria condenação sofrida, o que não se fazia presente quando da concessão da medida liminar.

Portanto, uma vez que existe regra no edital do concurso sobre a impossibilidade de nomeação daquele que responda a processo criminal (independentemente da fase em que se encontre), tal não significa ofensa à igualdade ou à presunção de inocência.

Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar improcedente a presente ação mandamental, resolvendo o feito no mérito, para revogar a liminar e denegar a segurança pleiteada.

Sem custas processuais, ante a gratuidade processual. Sem honorários, nos termos dos enunciados das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Dispensada do reexame necessário.

Encaminhe-se cópia, por ofício, à autoridade coatora.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Oportunamente, arquivem-se."

A insurgência da impetrante cinge-se ao item 2.1.9. do Edital de f. 23-29, publicado em 22/01/2016:

"2. Dos requisitos para o provimento dos cargos

2.1. São requisitos para provimento dos cargos:

2.1.9. não possuir condenação criminal com trânsito em julgado e não estar sendo processado por crime, comprovada por certidões passadas pela Justiça Estadual e Federal, observando o domicílio do candidato, nos 5 (cinco) anos anteriores à data de publicação deste Edital;"

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."

Diante do dispositivo supra transcrito pode-se afirmar que esse instrumento jurídico possui como requisitos de admissibilidade: (I) direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data" e (II) ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Por sua vez, o art. 1º da Lei n. 12.016/09 prescreve que:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

Pelo que se observa, condiciona-se a impetração do mandado de segurança a ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

A respeito do tema, leciona Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 3.ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A. p. 2466:

"Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.

O direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprevisão e incerteza recai sobre os fatos que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato de que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.

(...)

Assim, a interpretação do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança, pois exige-se a pré-constituição das provas em relação às situações fáticas ensejadoras de seu ajuizamento, pois como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o "direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe e em favor de quem reclama o mandado, sem dúvida razoável."

A impetrante foi denunciado pela prática dos crimes de extorsão e falsa identidade em 15/02/2016 e, condenada em primeiro grau (Ação Penal nº 0022621-90.2014.8.12.0001):

> *"Condeno H. C. S., antes qualificada, às penas de 04 (quatro) anos de reclusão, 03 (três) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, em regime semiaberto, pela prática dos crimes capitulados no art. 158 e 307 c.c. art. 69, todos do Código Penal, nos termos da fundamentação".*

A apelação da impetrante (nos mesmos autos) foi parcialmente provida apenas para *"fixar o regime aberto ao delito apenado com detenção e, também o regime aberto para o delito apenado com reclusão"*, e em Embargos Infringentes foi absolvida do crime de falsa identidade pelo princípio da consunção.

Tal julgamento ainda não transitou em julgado estando pendente de julgamento o AREsp nº 1608378/MS, distribuído em 23/10/2019, distribuído e conclusos ao Presidente do STJ em 05/11/2019.

Note-se que persiste, por ora, uma vez que o Recurso ao STJ não possui efeito suspensivo, a condenação da impetrante pelo crime de extorsão, crime pelo qual inclusive foi presa em flagrante, embora condenada a cumprir a pena em regime aberto.

Inicialmente, registre-se que o Estatuto do Servidor Público Municipal, que prevê a demissão do servidor público em decorrência de sentença judicial transitada em julgado, não se aplica à impetrante porque não investida no cargo, objetivo cobiçado por meio do presente *mandamus*.

Gize-se também, que na data em que se inscreveu para o concurso era tão sabedora das regras contidas no edital (ao menos deveria, por ser obrigação de qualquer candidato a concurso público tomar conhecimento das regras editalícias que regem o concurso público para ingresso no cargo para o qual pretende disputar), como também que foi presa em flagrante delito no dia 29/01/2014, pela prática de crime de extorsão, pelo qual se encontra condenada.

De maneira que, estava ciente dos requisitos para o provimento dos cargos, expressamente previstos no edital, bem como de que deveria atender às normas nele exigidas:

> *"2.1.12. atender as normas exigidas neste Edital.*
>
> *2.2. Para ser nomeado, o candidato convocado deverá demonstrar por documentação hábil o preenchimento dos requisitos discriminados no item 2.1, além de comprovantes pessoais requeridos para cadastramento, em original e cópia.*
>
> *2.3. Não serão aceitos protocolos em substituição aos documentos exigidos neste Edital, bem como comprovantes com validade vencida e/ou com rasuras ou ilegíveis.*
>
> *2.4. a falta de comprovação de qualquer um dos requisitos especificados neste Edital impedirá a nomeação do candidato no cargo de sua classificação, implicando na sua eliminação do Concurso."*

Portanto, não se trata de violação ao princípio da inocência.

Isso porque, não se trata de impor à impetrante qualquer modalidade de sanção penal ou administrativa, mas sim a finalidade que cabe à Administração Pública de cumprir a Constituição selecionando de forma adequada pessoas para o exercício da atividade educacional, devendo os selecionados atenderem às regras editalícias, dentre elas, como previsto no edital, não estar sendo processado por crime, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito do ato administrativo, embora possível afirmar a legalidade do denominado exame social, que no caso justamente corresponde a tal preenchimento de requisito objetivo, por meio de certidões negativas.

O Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento de que o edital do concurso público pode exigir a avaliação de conduta social, como requisito essencial para aprovação do candidato.

Ora, no presente caso, o cargo almejado pela impetrante é ser professora das séries iniciais, do ensino fundamental, ou seja, a base educacional que orienta a formação de qualquer cidadão para o futuro.

Nessa esteira se encontram os seguintes julgados:

> *"ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PARA DELEGADO DE POLÍCIA ESTADUAL – CANDITADO, SERVIDOR PÚBLICO CIVIL, DESLIGADO POR NÃO GOZAR DE BOA CONDUTA – INVESTIGAÇÃO DA VIDA SOCIAL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. O ato que impediu a continuação do candidato no Concurso de Delegado de Polícia, por não gozar de boa conduta, embasou-se no Edital e na Lei 5.406/69. Obedecido, desta forma, o princípio da legalidade. Ademais, as provas nos autos são irrefutáveis da má conduta do recorrente: falta de decoro, uso indevido do cargo, participação em fuga de presos, etc, impossibilitando o implemento das condições necessárias para o exercício da função pública. Ausência de liquidez e certeza para deferir-se a pretensão. Precedente (RMS 586/MS). Recurso conhecido, porém, desprovido."* (RMS 3710/MG, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 07/12/1999, DJ 04/09/2000)

> *"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – INVESTIGAÇÃO SOCIAL PREVISTA NO RESPECTIVO EDITAL E NÃO QUESTIONADA PELA CANDIDATA, QUE ACABOU SENDO ELIMINADA – POSSIBILIDADE. I. Prevendo o respectivo edital do concurso, a realização de investigação social dos candidatos, como requisito para a inscrição definitiva, não pode o candidato rebelar-se se sua recusa se der por esse motivo, inclusive se nada questionou nesse sentido. II. Recurso desprovido."* (RMS 5372/RN, Rel. Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 16/09/1997, DJ 03/11/1997)

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PUBLICO – CANDIDATO CONCURSADO, NÃO NOMEADO. Não fere direito líquido e certo a recusa da Administração Pública em nomear, para o cargo de Agente Fiscal da Receita Estadual, candidato que não preencheu o requisito 'boa conduta' considerado por lei como essencial. Recurso em Mandado de Segurança improvido."* (RMS 5559/PR, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, julgado em 08/04/1996, DJ 27/05/1996)

Ademais, não se tratou o caso de impedir a candidata de participar do certame, mas de efetiva investidura em cargo público, quando o edital previa expressa e antecipadamente que um dos requisitos para tal seria não estar sendo processado por crime.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente recurso.

Deixo de majorar os honorários recursalmente, porque não cabíveis na espécie.

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

Acompanho o voto do relator.

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

VOTO (20/11/2019)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (2º vogal)

H.C.S.F. interpõe recurso de Apelação contra a sentença (f. 82-84) proferida no mandado de segurança por ela impetrado em face do ato praticado pelo Secretário Municipal de Gestão do Município de Campo Grande, que denegou a segurança pleiteada, concernente à posse da apelante no cargo de Professora na rede municipal de ensino.

A apelante alega, em síntese, que não é correta a obstaculização do seu ingresso no serviço público, por ser ré em ação penal comum pela prática de crime doloso, cuja sentença ainda não transitou em julgado.

Requer, ao final, o provimento do presente recurso para que seja reformada a sentença de primeira instância.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu Parecer (f. 130-135), opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

O e. Relator, Des. Amaury da Silva Kuklinski, nega provimento ao recurso.

Peço venia ao i. Relator, para divergir, e dar provimento ao recurso.

Consta dos autos que H. C. S. L. impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Secretário Municipal de Gestão do Município de Campo Grande, sustentando que foi impedida de tomar posse em cargo público (Professora da rede municipal de ensino), porque ostenta ações penais em andamento.

A segurança foi denegada (f. 82-84).

No caso em comento, há entendimento reafirmando que a existência de inquérito ou de ação penal condenatória, sem trânsito em julgado, exatamente como no caso dos autos, não autoriza que o apelado impeça que a apelante seja nomeada e tome posse no cargo para o qual foi aprovada.

Isso porque, no item 2.1.9, do Edital, há previsão no sentido de que o provimento no cargo exige, do candidato, *"não possuir condenação criminal com trânsito em julgado e não estar sendo processado por crime, comprovada por certidões passadas pela Justiça Estadual e Federal, observando o domicílio do candidato, nos 5 (cinco) anos anteriores à data de publicação deste Edital"*

Ora, a própria sentença deixa claro que não houve o trânsito em julgado quanto à sentença proferida na Ação Penal nº 0022621-90.2014.8.12.0001.

Assim, a única forma de impedir que a apelante tome posse no cargo é a segunda parte do item 2.1.9 (não estar sendo processado por crime), cuja previsão fere o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, por violação ao princípio da presunção de inocência.

Sem desconsiderar a existência de outros precedentes em sentido contrário, colaciono alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

> *"RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – NEGATIVA DE PROMOÇÃO DE MILITAR, RÉU EM AÇÃO PENAL – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.*
>
> *1. Por força do disposto no artigo 5º, LVII, da CR/88, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado.*
>
> *2. Incorre em flagrante ilegalidade a exclusão de militar do Quadro de Acesso a Promoções de Oficiais da Polícia Militar do Estado de Roraima, com base, exclusivamente, na apresentação de certidão positiva que indicava sua condição de parte no polo passivo da ação penal em curso.*
>
> *3. Recurso ordinário provido."* (RMS n. 21.226-RR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 9.3.2010).
>
> *"Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Competência do relator para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível. Ato administrativo ilegal. Controle judicial. Possibilidade. Concurso público. Soldado da Polícia Militar. Inquérito policial. Investigação social. Exclusão do certame. Princípio da presunção de*

inocência. Violação. Impossibilidade. Precedentes. (...). 3. A jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. 4. Agravo regimental não provido." (STF - Primeira Turma - ARE 753331 AgR/RJ - Relator: Min. Dias Toffoli - Julgado em 17/09/2013 - DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013).

"DIREITO ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO – INVESTIGAÇÃO SOCIAL – EXCLUSÃO. CANDIDATO – INSTAURAÇÃO – INQUÉRITO – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE – ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO – TRÂNSITO EM JULGADO – PROTEÇÃO – PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA – JURISPRUDÊNCIA. STF E STJ.

A mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação. Jurisprudência. (...)." (STJ - AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014).

Esse também é o entendimento da d. Procuradoria de Justiça, *in verbis*:

"(...) Consoante lição de Hely Lopes Meireles, "direito líquido e certo é o que apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao Impetrante: se a sua existência for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".

Assim, observa-se que o direito líquido é aquele que se encontra perfeitamente individualizado, e certo, quando não pairam dúvidas sobre sua existência.

Pois bem. Segundo o apelado, o item 2.1.9, do Edital do certame em questão, que culminou na exclusão da apelante, prescreve:

"2. Dos requisitos para o provimento dos cargos

(...)

2.1.9. não possuir condenação criminal com trânsito em julgado e não estar sendo processado por crime, comprovada por certidões passadas pela Justiça Estadual e Federal, observando o domicílio do candidato, nos 5 (cinco) anos anteriores à data de publicação deste Edital".

Como visto, a exclusão da apelante do certame em questão ocorreu em razão de aquele figurar como ré em ação penal, ainda em trâmite.

No entanto, é consabido que o simples fato de existir ação penal em seu desfavor, não se mostra suficiente para a exclusão da Impetrante do certame.

Isso porque a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII, consagra o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, ao estabelecer que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Logo, observa-se que o item 2.1.9, do edital do certame em questão, ofende a norma constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, além dos Princípios Constitucionais da Razoabilidade e Proporcionalidade, ao excluir de concurso público candidato que figura como réu em ação penal ainda em andamento, sem sentença condenatória transitada em julgado.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, baseada no princípio da presunção de inocência, pacificou entendimento no sentido de que é ilegítima a exclusão de concurso público de candidato que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado de sentença condenatória.

(...)

Logo, conclui-se que a exclusão da apelante do certame violou o Princípio da Presunção de Inocência, razão pela qual, com a devida vênia, deve ser dado provimento ao presente apelo, para reformar a r. sentença e conceder a segurança pleiteada."

Ademais, a sentença proferida na Ação Penal nº 0022621-90.2014.8.12.0001 não deixou explícita a incidência do efeito da condenação, pertinente à perda do cargo, até porque não poderia, tendo em vista que a situação concreta não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 92, do Código Penal (pena superior a 4 anos, quanto aos crimes comuns, ou igual ou superior a 01 ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública), o que corrobora com a impossibilidade de obstaculização da posse da apelante.

Em face do exposto, com o parecer, divirjo do e. relator e dou provimento ao presente recurso de apelação, para, em se reformando a sentença, conceder a segurança pleiteada pela apelante, para o fim de determinar que a autoridade coatora promova a sua posse no cargo de Professora da Rede Municipal (Anos Iniciais do Ensino Fundamental).

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

Sr. Presidente, pedindo vênia ao e. Des. Amaury da Silva Kuklinski, vou retificar o meu voto para acompanhar o e. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, em face do princípio constitucional da presunção da inocência até o trânsito em julgado.

Posto isso, retifico meu voto, para acompanhar o e. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (3º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o 1º vogal retificar o voto para acompanhá-lo, vencido o relator que lhe negava provimento. O 3º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), convocado nos termos do art. 942, do CPC, acompanhou o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

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, 20 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0840350-91.2017.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO ISSQN APÓS A FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO – DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CARACTERIZADO – ART. 65, § 5º, DA LEI 8.666/93 – REVISÃO DO VALOR – POSSIBILIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Dispõe o art. 65, § 5º, da Lei n. 8.666/93, que a alteração de carga tributária após a data da apresentação da proposta implica na revisão do contrato a fim de restabelecer o equilíbrio econômico e, com base na literalidade do § 5º, não consta qualquer necessidade de que o tributo ou o encargo legal sejam imprevistos e de consequência incalculáveis, apenas basta que qualquer alteração na carga tributária, como aumento da alíquota, repercuta no preço contratado, gerando o direito à revisão da equação econômico-financeira.

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, 8 de outubro de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Pactual Construções Ltda. apela da sentença que julgou improcedentes os pleitos formulados na Ação de Cobrança manejada contra o Município de Campo Grande.

Argumenta que embora o sentenciante entenda que a diferença de R$ 55.515,02 em relação ao valor do contrato de R$ 18.694.221,95 é pouca para que haja a revisão contratual, a discrepância não é irrisória, porquanto se deve levar em consideração não o valor do contrato, mas sim o lucro líquido.

Ressalta que o art. 65, § 5º, da Lei 8.666/93 é peremptório, ou seja, sempre que houver a criação de tributos ou encargos legais que repercutam nos preços contratados, depois de apresentada a proposta, implicará a revisão do contrato, para mais ou para menos.

Afirma que comprovadamente houve o aumento do ISSQN de 2% para 3%, que foi reconhecido pelo próprio Município e, portanto, tem o direito à revisão do contrato, a fim de que seja reestabelecido o equilíbrio econômico-financeiro, pois restou comprovado que teve prejuízo de R$ 55.515,02.

Por fim, requer o provimento do apelo a fim de ser determinada a revisão contratual para condenar o Município apelado ao pagamento de R$ 55.515,02.

Contrarrazões às f. 144-149, defendendo a manutenção da sentença.

VOTO

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

Colhe-se dos autos que Pactual Construções Ltda. firmou com o Município de Campo Grande contrato de prestação de serviços, depois de sagrar-se vencedora em processo licitatório. Todavia, durante a vigência do contrato a alíquota do ISSQN foi elevada de 2% para 3%. Com isso empresa pugnou pela revisão do preço ajustado a fim de restabelecer o equilíbrio financeiro, para tanto manejou a presente lide pugnando a condenação do Município a quantia de R$ 55.515,02.

A controvérsia dos autos é verificar se o contrato administrativo firmado pela apelante Pactual Construções Ltda. com Município de Campo Grande deve ser revisto em razão do aumento da alíquota do ISSQN.

A revisão de contrato administrativo, prevista no art. 65, II, "d", da Lei n. 8.666/93, objetiva restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado pelas partes em razão de fato superveniente.

A teoria da imprevisão ocorre quando sobrevêm eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertem a equação econômico-financeira do contrato, como guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda. Neste caso, se o contratado cumpre sua obrigação, porém lhe acarreta um ônus, esta terá direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio financeiro.

Por sua vez, se este evento foi imprevisível, extracontratual, extraordinário e for provocado pelo próprio Estado, estaremos diante do fato do príncipe, como, por exemplo, o aumento da alíquota do tributo que incide sobre o objeto contratual. Como na teoria da imprevisão, se este fato dificulta e onera o particular para o cumprimento de suas obrigações, nesse caso o particular terá direito à revisão do preço.

Destarte, a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) prevê a possibilidade da revisão do preço:

> *"Art. 65. **Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados**, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]*
>
> *I - por acordo das partes: [...]*
>
> *d) **para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente** entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [...]*
>
> *§ 5º **Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados** ou extintos, **bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso**."* (g.n.)

Esta questão da possibilidade da revisão contratual é incontroversa nos autos, todavia, no presente caso tem-se de verificar se para a revisão do preço é necessária uma "exagerada prejudicialidade econômica" ou basta "qualquer ônus econômico".

O sentenciante fundamentou que para haver a restauração do equilíbrio econômico-financeiro é imprescindível a exacerbada prejudicialidade econômica a um dos polos da contratação e, por conseguinte, julgou improcedente a pretensão inicial.

Se fosse aplicar ao caso o art. 65, II, "d", por certo deveria ficar demonstrada a vultuosa prejudicialidade econômica, porém, em observância ao princípio da especialidade, aplica-se ao caso o § 5º do art. 65 da Lei

n. 8.666/93 que trata de alteração da carga tributária, como no caso dos autos, em que houve a majoração da alíquota após ser firmado o contrato entre as partes.

Destarte, com base na literalidade do § 5º, não consta qualquer necessidade de que o tributo ou o encargo legal sejam imprevistos e de consequência incalculáveis, apenas basta que qualquer alteração na carga tributária, como que aumento da alíquota repercuta no preço contratado, gerando o direito à revisão da equação econômico-financeira.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que é devido o reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses de elevação da carga tributária, desde que tal elevação seja posterior à celebração do contrato administrativo. (REsp 776.790/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009)

Neste sentido também é o entendimento dos Tribunais Estaduais:

> *"CONTRATO ADMINISTRATIVO – COBRANÇA DE IMPORTÂNCIA RELATIVA AO FORNECIMENTO DE PRODUTOS – FATO DO PRÍNCIPE – OCORRÊNCIA – AUMENTO DA ALÍQUOTA DO ICMS – DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO – VALOR DEVIDO APURADO EM PERÍCIA JUDICIAL – OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA, SÃO ARBITRADOS POR EQUIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS."* (TJSP; Apelação Cível 0003707-49.2012.8.26.0068; Relator (a): Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/11/2018; Data de Registro: 28/11/2018)

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR – SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL – GRATUIDADE – IDOSOS – CONDIÇÃO DE EFICÁCIA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. [...]. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão na revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso (art. 65, § 5º, da Lei das Licitações). [...]. Agravo desprovido."* (Agravo de Instrumento Nº 70035964725, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 17/11/2010)

Desta forma, com espeque no o § 5º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, a modificação da alíquota do ISSQN aplicável ao objeto do contrato é motivo justificável para alteração contratual que visa o reequilíbrio do instrumento.

Inclusive, recentemente, foi apreciada por esta 1ª Câmara Cível questão idêntica, a propósito colaciono a ementa:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO ISSQN APÓS A FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO – DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO CARACTERIZADO – ART. 65, § 5º, DA LEI 8.666/93 - REVISÃO DO VALOR - POSSIBILIDADE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Dispõe o art. 65, § 5º, da Lei n. 8.666/93, que a alteração de carga tributária após a data da apresentação da proposta implica na revisão do contrato a fim de restabelecer o equilíbrio econômico e, com base na literalidade do § 5º, não consta qualquer necessidade de que o tributo ou o encargo legal sejam imprevistos e de consequência incalculáveis, apenas basta que qualquer alteração na carga tributária, como aumento da alíquota, repercuta no preço contratado, gerando o direito à revisão da equação econômico-financeira."* (TJMS. Apelação Cível n. 0838766-86.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 17/07/2019, p: 18/07/2019)

Isto posto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente a ação de cobrança para condenar o Município de Campo Grande a pagar à autora quantia de R$ 55.515,02.

Sobre o montante devido, incidirá juros de mora a contar da citação com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, nos termos do art. 1.º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, e a correção monetária, desde a data em que deveria ter ocorrido o pagamento, deverá ser calculada com base no TR até 25/03/2015, quando então será atualizado pelo IPCA-E.

Por conseguinte, inverto os ônus de sucumbência e fixo os honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

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, 8 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0829719-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DEVOLUÇÃO E RESTITUIÇÃO DE QUANTIA CERTA – CONVÊNIO DE INCENTIVO À CULTURA ENTRE O MUNICÍPIO E PARTICULAR – PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, DE OFENSA AO PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, DE CERCEAMENTO DE DEFESA, DE CARÊNCIA DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E DE NULIDADE DA SENTENÇA – REJEITADAS – MÉRITO – DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS – PARTE QUE NÃO CONCLUIU O PROJETO, NEM PRESTOU CONTAS, TAMPOUCO DEVOLVEU O VALOR CONCEDIDO – DIREITO À DENÚNCIA DO CONVÊNIO ASSEGURADO – DEVER DE RESTITUIR AMPARADO POR DECRETO MUNICIPAL – RECURSO IMPROVIDO.

Restou incontroverso o descumprimento das Cláusulas do Termo outorgado com a apelante e, ainda que esta impute a inadimplência à ausência de resposta do requerimento de f. 86/248, tal justificativa não merece ser acolhida, tendo em vista que a declaração da empresa responsável pela fabricação dos CDs se deu em 28/03/2013, mas o pedido de dilação do prazo de entrega foi feito apenas em 13/05/2013 e até, no mínimo, a data de distribuição da demanda, 15/09/2014, a apelante não apresentou o projeto em sua integralidade, nem mesmo prestou contas referente ao montante da 2ª parcela fornecida pelo FMIC, tampouco devolveu a quantia não utilizada.

O Município de Campo Grande/MS, aqui apelado, está amparado pela legislação, e pelo próprio Termo assinado pela apelante, para denunciar o Convênio instituído através do Contrato de Prestação de Serviços supramencionado (f. 65-67), além de fazer jus à devolução do valor correspondente à 2ª parcela, qual seja, R$ 7.500,00. Logo, irretorquível a sentença.

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, 3 de dezembro de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Marina Dalla Pria apela da sentença que, nos autos da ação de rescisão de contrato c/c devolução e restituição de quantia certa manejada pela extinta Fundação Municipal de Cultura – FUNDAC, substituída pela Secretaria Municipal de Cultura e Turismo pertencente ao Município de Campo Grande/MS, julgou procedentes os pedidos encartados na inicial para declarar rescindido o termo de outorga nº 31, de 30/12/2011, bem como condenar a ré/apelante a ressarcir a quantia de R$ 7.500,00, corrigida pelo IPCA-E a contar da data do recebimento da parcela e acrescida de juros moratórios de acordo com a remuneração oficial da caderneta

de poupança a partir da citação, também autorizou o levantamento do valor já penhorado (fl. 196), em favor da autora/apelada.

Inicialmente, suscita as preliminares de: a) ofensa ao contraditório e à ampla defesa; b) cerceamento de defesa; c) inépcia da inicial; d) carência da ação por falta de interesse processual; e) nulidade da sentença em razão da não participação do Ministério Público.

No mérito, reitera todos os apontamentos arrolados na contestação, isto é, que ainda não prosseguiu com o projeto, assim como deixou de prestar contas exclusivamente pela mora da apelada em analisar e responder o requerimento de dilação do prazo em virtude da falta de matéria-prima necessária à fabricação dos CDs. Também destaca a distinção entre convênio e contrato, protesta pela continuidade do Convênio firmado e, em decorrência disto, manifesta sua discordância em relação ao bloqueio e à devolução do valor concernente à segunda parcela, qual seja, R$ 7.500,00.

Prequestiona todos os dispositivos aduzidos no apelo. Por fim pugna pelo provimento do recurso e, consequentemente, pela inversão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões às f. 338-341.

VOTO

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

Neste primeiro instante, cumpre esclarecer que em observância às f. 338-341, onde restou evidente a extinção da Fundação Municipal da Cultura – FUNDAC, ora apelada, a qual foi substituída pela Secretaria Municipal de Cultura e Turismo, órgão municipal sem personalidade jurídica (Lei Municipal nº 5.793/2017), acolho o pedido de alteração do polo ativo, configurando-se, então, como autor o Município de Campo Grande/MS por decorrência lógica e legal.

No mais, diversamente do que alegou a apelante às f. 349-352, tal modificação em nada atrapalhará o deslinde do feito, tampouco ferirá qualquer direito adquirido que possa existir. Também não há que se falar em intempestividade das contrarrazões, tendo em vista que a intimação para este ato foi publicada no Diário da Justiça em 12/11/2018, mesma data em que a patrocinadora anterior da parte autora carreou ao processo sua renúncia juntamente aos pedidos de exclusão de seu nome dos autos processuais e de intimação da Secretaria Municipal de Cultura e Turismo. Não obstante a certidão de cartório de fl. 325 tenha anunciado o fim do prazo sem que houvesse nenhuma manifestação, a intimação válida para regularizar a representação processual e, consequentemente, apresentar resposta ao recurso se deu somente em 16/09/2019, de modo que a peça acostada em 23/09/2019 é plenamente tempestiva.

Portanto, deve-se substituir a extinta Fundação Municipal da Cultura, passando a ocupar o polo ativo da demanda o Município de Campo Grande/MS.

Superada a questão acima, consta dos autos e do Processo Administrativo interno sob o nº 106314/2011-41 – volumes 1 e 2 (f. 16-191), da FUNDAC, que Marina Dalla Pria (apelante) apresentou um Projeto Cultural denominado de "Marina Dalla Multi", no qual foi beneficiada financeiramente pelo montante de R$ 15.000,00 (divididos em duas parcelas), firmando o seu compromisso e sua responsabilidade em difundir e contribuir com a música local, bem como preservar, valorizar e fortalecer a música regional em Campo Grande/MS e, após isto, apresentar a devida prestação de contas. Para isso exarou sua assinatura no Termo de Outorga Contrato de nº 31, de 30 de dezembro de 2011 (f. 65-67).

Contudo, ainda que a ré/apelante tenha concluído a 1ª parte do pacto, deixou completar o projeto no prazo estabelecido, bem como não prestou contas referente à 2ª parcela, motivo pelo qual a autora/apelada ingressou com a presente demanda a fim de declarar o contrato rescindido e obter a restituição do valor de R$ 7.500,00.

Por sua vez, o juiz singular proferiu a sentença nos seguintes termos:

> *"Conforme consta no Termo de Outorga n. 31, de 30/12/2011 (f. 65/67), o objeto do contrato era o repasse de recursos financeiras à ré com a finalidade de apoiar o projeto Cultural apresentado em conformidade com o Edital n. 018/2011, consubstanciado na concepção de seu segundo CD, tendo por metas a gravação em estúdio das músicas, a criação da identidade visual, masterização das músicas, produção e distribuição de mil cópias do CD (f. 21), com data final para execução do projeto em 30/04/2012 (cláusula5ª - f. 67 e 73).*
>
> *Às f. 149-150 e 171-172 constam as prestações de contas promovida pela ré e referente à 1ª parcela da verba liberada e que foi devidamente aprovada, em 03/12/2012 (f. 182-184).*
>
> *Já à f. 186, foi juntado o requerimento formulado pela ré, datado de 13/05/2013, pugnando pela prorrogação do prazo para execução do Projeto Marina Dalla Multi, por trinta dias, a partir da aprovação da solicitação, em virtude das dificuldades para a fabricação dos CDS, por falta de matéria prima junto à empresa contratada para a execução do serviço, conforme declaração acostada à f. 248.*
>
> *Em que pese a autora não tenha se manifestado acerca do requerimento de prorrogação de prazo, é certo que após o decurso de mais de um ano do pedido de dilação de prazo, a ré não comprovou que concluiu o projeto.*
>
> *Vale salientar que a segunda parcela, no valor de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), foi devidamente liberada em 01/12/2012 (f. 185), o que autorizava à ré prosseguir com o contrato, apresentando os CDS conforme pactuado entre as partes, o que não foi cumprido pela ré, eis que afirma em sua peça defensiva a ausência de finalização do CD (f. 228).*
>
> *É incontroverso nos autos, portanto, que as cláusulas do Termo de Outorga n. 31, de 30/12/2011 não foram cumpridas pela ré.*
>
> *Nesse sentido, consta na cláusula segunda, 2.2, item "e" do Termo de Outorga que é obrigação da outorgada a devolução de recursos não utilizados, através de transferência do saldo da conta bancária do Projeto, para a conta bancária do FMIC, sob pena de aplicação das sanções cabíveis (f. 66).*
>
> *Por sua vez, o artigo 9º do Decreto Municipal n. 7.761/1998, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira para a execução de ações e serviços municipais em parceria com órgãos e entidades públicas ou instituições não governamentais, estabelece como motivo para a denúncia do convênio o inadimplemento de qualquer das cláusulas pactuadas. Igualmente, o artigo 10 do Decreto n. 9.878/2007, que dispõe sobre a operacionalização do fundo municipal de investimentos culturais – FMIC, estabelece que o autor ou responsável do projeto que receber seus recursos obriga-se a cumprir todas as exigências da Comissão Gestora, bem como aplicar corretamente os recursos repassados [...].*
>
> *Como é possível observar, ao invés do que sustenta a ré em sua peça defensiva, é plenamente possível a rescisão do convênio pactuado entre as partes em razão do descumprimento das cláusulas entre elas firmadas, conforme autorizado pela própria legislação aplicável ao caso.*
>
> *Insta salientar que não é possível vislumbrar a alegada boa-fé da ré, já que, embora tenha pugnado pela prorrogação do prazo, conforme documento de f. 186, simplesmente quedou-se inerte por mais de um ano no tocante à finalização do Projeto. Assim, o acolhimento da pretensão autoral é medida impositiva.*
>
> *Diante do exposto e tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente os pedidos formulados na inicial da Ação de Rescisão de Contrato c/c Devolução e Restituição de Quantia Certa c/c Pedido de Tutela Antecipada promovida por Fundação Municipal de Cultura – FUNDAC em desfavor de Marina Dalla Pria, para o fim de declarar a rescisão do termo de*

outorga nº 31, de 30/12/2011, bem como condenar a ré a ressarcir o valor de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), devidamente corrigido pelo índice IPCAE, a partir da data do recebimento da parcela e acrescido de juros de mora de acordo com a remuneração oficial da caderneta de poupança a partir da citação. Fica autorizado o levantamento do valor já penhorado (f. 196), em favor da autora.

Pela sucumbência, condeno a ré ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados, nesta oportunidade, em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, § 3º, I do Código de Processo Civil, restando a cobrança diferida em razão da ré ser beneficiária da AJG, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC."

Pois bem.

Insurge-se a apelante almejando o acolhimento das preliminares arguidas, assim como que seja dado provimento ao recurso para a manutenção do Convênio firmado entre as partes.

Preliminar de inépcia da inicial e de carência da ação

Primeiramente, pleiteou a apelante o reexame destas preliminares, sob o argumento de inexistir interesse processual.

Nesse diapasão, preceitua o art. 330 do NCPC:

"Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I – for inepta; [...]

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II – o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;

III – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

IV – contiver pedidos incompatíveis entre si."

Diante disso, não se vislumbra, *in casu*, nenhuma das situações do dispositivo supratranscrito, razão pela qual rejeito a preliminar de inépcia da inicial.

Quanto à carência da ação por ausência de interesse processual/interesse de agir, como sabido, este diz respeito ao binômio necessidade adequação, sendo que a necessidade está relacionada ao fato de a parte ter de submeter a questão à análise do Poder Judiciário para ver satisfeita a sua pretensão, ao passo que a adequação se refere à utilização de meio processual apto à solução da lide, conforme, aliás, leciona José Frederico Marques[1]:

"Se a ação é um direito subjetivo, nela se encontra um interesse juridicamente protegido, o qual nada mais é que o interesse a obter a tutela jurisdicional do Estado mediante o julgamento da pretensão deduzida em juízo. (...) Para que haja interesse de agir, é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional do Estado".

No caso em apreço, verifica-se que a parte autora no momento do ajuizamento da ação, necessitava da intervenção judicial para resolver a lide e, da mesma forma, há adequação na ação proposta em razão do

1 MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium: 2000, p. 23-24. v. 2.

pedido, visto que até a data da distribuição da demanda, a apelante não havia devolvido a quantia fornecida, sequer prestado contas da sua utilização. Deste modo, não há que se falar em falta de interesse processual, nem mesmo em pedido juridicamente impossível, por isso rejeito a preliminar.

Preliminares de violação ao contraditório e à ampla defesa e de cerceamento de defesa

Genericamente, a apelante aduz a ocorrência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação ao pedido de f. 86/248. Entretanto, tais trechos se tratam da declaração pela qual a empresa Clone Mídia Ltda relata tão somente a falta de matéria-prima para a fabricação dos CDs, tendo o juiz oportunizado às partes o contraditório e a ampla defesa a todo tempo, conforme preconizam o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, além dos artigos 9º e 10, do CPC.

Ainda, relata a apelante que não lhe fora possibilitada a dilação probatória, conforme requereu à fl. 258, ocasionando cerceamento de defesa.

A respeito disso, versa o art. 370, parágrafo único, do NCPC:

> *"Art. 370, parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."*

Diferente não é o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, devidamente fundamentado, sem a produção das provas tidas por desnecessárias pelo juízo, uma vez que cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento".* (AgInt no AREsp 1090159/GO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 04/04/2018) (g.n.)

Por oportuno, colaciono trecho da sentença:

> *"Na hipótese sub judice, a matéria é apenas de direito e de fatos já constantes nos autos, não havendo necessidade de efetuar a produção de qualquer tipo de prova em audiência e não justificando, portanto, a dilação da instrução processual, razão pela qual passo ao conhecimento direto do pedido, com arrimo no artigo 355, I, do Código de Processo Civil."*

À luz de tais considerações não há que se falar em cerceamento de defesa, já que nos termos do parágrafo único do art. 370 do novo Estatuto Processual Civil, o deferimento ou não de uma determinada prova depende de avaliação do julgador, dentro do quadro probatório existente no caderno processual, isto é, da real utilidade dessa prova, de sorte que, sendo prescindível, ele a descartará, em decisão fundamentada, como no caso destes autos, pois, da leitura da motivação da sentença (f. 289-290), extrai-se que o juiz de primeira instância a rechaçou, porque se convenceu da suficiência das provas já constantes no processo.

Assim, rejeito as preliminares de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e de cerceamento de defesa.

Intervenção do Ministério Público

A recorrente alega tratar-se de causa que envolve interesse público, sendo, portanto, caso de intervenção obrigatória do Ministério Público. Enfatiza que o fato de inexistir nos autos principais a intimação do Ministério Público Estadual faz com que a decisão seja constitucional e infraconstitucionalmente inexistente, ensejando a nulidade dos atos judiciais.

Referida preliminar não merece prosperar. Isso porque o parágrafo único do artigo 178, do NCPC, dispõe que "*a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público*". Portanto, não havendo qualquer razão ou amparo legal que justifique a intervenção do Ministério Público no feito, não há se falar em nulidade em razão da não intervenção do órgão ministerial. Logo, afasto, também, esta preliminar.

Examinadas e superadas todas as questões preambulares, passo a análise do mérito.

Mérito

Em síntese, requer a apelante a continuidade do convênio firmado com a extinta Fundação Municipal da Cultura, ora substituída pela Secretaria Municipal de Cultura e Turismo, bem como defende que o único empecilho para que seu projeto prosseguisse foi a mora do ente municipal em reagir a seu requerimento de dilação do prazo para a entrega dos CDs. Também afirma que não há que se falar em rescisão contratual, tendo em vista que o negócio jurídico pactuado se trata de um convênio dotado de interesse público, devendo, portanto, ser preservado.

Ressalte-se que a parceria entre apelante e apelado se deu por intermédio do Termo de Outorga nº 31 de 30 de dezembro de 2011, intitulado como "*Contrato de prestação de serviços que entre si fazem a Fundação Municipal de Cultura e Marina Dalla Pria*" (f. 62-67).

Por oportuno, trago fragmentos do documento que são fundamentais ao deslinde da controvérsia:

> *"Cláusula Segunda – 2. Das obrigações das partes – 2.2 Compete à Outorgada – item e: "Devolver os recursos não utilizados, através de transferência do saldo da conta bancária do Projeto, para a conta bancária do FMIC, sob pena de aplicação das sanções cabíveis."*
>
> *Cláusula Terceira – 3. Da prestação de contas: "A Outorgada prestará contas referentes às despesas realizadas de acordo com o Decreto nº 7.761, de 30/12/98 e 9.878, de 09/03/07 e normas constantes do Edital de inscrição de Projetos, até 30 dias após o término da vigência do presente termo de outorga (...)"*
>
> *Cláusula Quinta – 5. Da vigência "O presente Termo terá vigência de 03 (três) meses, a contar da data da liberação da 1ª (Primeira) Parcela do Recurso Financeiro."*
>
> *Cláusula Sexta – 6. Da Denúncia: "Este Termo poderá ser denunciado por ato unilateral da Fundação Municipal de Cultura, se constatada qualquer irregularidade ou inadimplência na execução do Projeto, atendida sempre a conveniência administrativa."*

Outrossim, insta salientar que na hipótese vertente aplica-se o Decreto Municipal nº 7.761/1998 que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira, para a execução de ações e serviços municipais e do Decreto Municipal nº 9.878/2007 que dispõe sobre a operacionalização do Fundo Municipal de Investimentos Culturais – FMIC.

Conforme art. 9º do Decreto Municipal nº 7.761/1998:

> **Art. 9º** - Constitui motivo para denúncia do convênio o inadimplemento de qualquer das cláusulas pactuadas, particularmente quando constatadas quaisquer uma das seguintes situações:
>
> **I** - descumprimento de qualquer das exigências fixadas nas normas que regulam o programa, especialmente quanto aos padrões de qualidade de atendimento;
>
> **II** - cobrança dos usuários do programa de quaisquer valores pelo atendimento previsto no objeto do convênio;
>
> **III** - falta de apresentação dos comprovantes do atendimento e, quando for o caso, do Relatório de Execução Físico-Financeira, na forma do Anexo II, e da prestação de contas.

A seu turno, o art. 10 do Decreto Municipal nº 9.878/2007 preceitua que:

Art. 10. O autor ou responsável pelo Projeto que receber recursos do FMIC obriga-se a:

PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE
ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

I - cumprir todas as exigências da Comissão Gestora, bem como a aplicar corretamente os recursos repassados, sob pena de ser obrigado a devolver em dobro o valor recebido ou incorretamente aplicado, corrigido monetariamente pelos mesmos índices utilizados para a correção dos impostos municipais, sendo-lhes assegurados os princípios previstos na alínea "a", do inciso XXVIII, e no inciso LV, ambos do art. 5º da Constituição Federal;

Analisando detidamente o caderno processual, verifica-se que restou incontroverso o descumprimento das cláusulas do termo outorgado com a apelante e, ainda que esta impute a inadimplência à ausência de resposta do requerimento de f. 86/248, tal justificativa não merece ser acolhida, tendo em vista que a declaração da empresa responsável pela fabricação dos CDs se deu em 28/03/2013, mas o pedido de dilação do prazo de entrega foi feito apenas em 13/05/2013 e até, no mínimo, a data de distribuição da demanda, 15/09/2014, a apelante não apresentou o projeto em sua integralidade, nem mesmo prestou contas referente ao montante da 2ª parcela fornecida pelo FMIC, tampouco devolveu a quantia não utilizada.

Destarte, o Município de Campo Grande/MS, aqui apelado, está amparado pela legislação, e pelo próprio Termo assinado pela apelante, para denunciar o Convênio instituído através do Contrato de Prestação de Serviços supramencionado (f. 65-67), além de fazer jus à devolução do valor correspondente à 2ª parcela, qual seja, R$ 7.500,00. Logo, irretorquível a sentença.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento arguido, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado "*não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado*"*"* (STJ, EDcl no RMS 22067/DF, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 06/03/2008).

Dispositivo

Posto isso, nego provimento ao recurso. Por conseguinte, em observância ao art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários recursais para 15%. Tais obrigações ficam sob condição suspensiva de exigibilidade, por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 3 de dezembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0810759-26.2013.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – EXCESSO NA CONDUTA DE POLICIAIS MILITARES DURANTE ABORDAGEM – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – ARBITRARIEDADE CARACTERIZADA – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MATERIAIS – DEVIDOS – PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DA DEFESA – DANOS MORAIS – EVIDENCIADOS – *QUANTUM* PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – R$ 7.500,00 PARA CADA AUTOR – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – FAZENDA PÚBLICA – RECURSO PROVIDO.

Tendo em vista que a Administração Pública (e os seus agentes, evidentemente) deve atuar pautada pelo princípio da supremacia do interesse público, a pretexto de exercer o poder de polícia, não é lícito admitir que a atuação estatal descambe para a prática de ato arbitrário pelo abuso de poder. Noutros termos, a atuação estatal ou dos agentes estatais deve observar absoluta adequação entre os meios empregados e o fim colimado, não desbordando dos limites que o ordenamento jurídico lhe impõe.

Indubitável o abalo moral experimentado pelos apelantes, porquanto sofreram agressões que extrapolam a esfera dos meros aborrecimentos e configura autenticamente dano à integridade física, à honra e, sobretudo, à moral.

Na quantificação do dano moral, deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

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

Campo Grande, 10 de dezembro de 2019.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Antonio Cleber Gimene de Freitas e Elaine Batista Santos apelam da sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais aforada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos encartados na inicial. Consequentemente, os requerentes foram condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Em suma, alegam que a sentença destoa do laudo de exame de corpo de delito e dos registros de ocorrência (f. 22-41), os quais relatam e esclarecem a ocorrência do dano, a ação e nexo causal que originaram os danos morais e materiais sofridos pelos autores.

Enfatizam que houve excesso, arbitrariedade e despreparo dos agentes públicos no exercício da função de policial militar. Frisaram, ainda, que não bastasse a ferocidade da abordagem do policial Sr. Gilberto Luiz dos Santos, este desferiu golpes de cassetete na apelante Elaine Batista Santos, ferindo-a no braço, além de danificar sua câmera fotográfica.

Sustentam que faltou decoro, urbanidade e ética por parte dos militares, pois se valendo da autoridade que a função lhes concede, não respeitaram o direito constitucional das pessoas que no local estavam, desrespeitando-as e ferindo-lhes a dignidade.

Outrossim, ponderam que, em entendimento diverso à sentença, embora os populares estivessem em maior número, não estavam dispostos a se insurgir contra os agentes que desde o início evidenciaram o porte de arma.

No desfecho, pugnam pelo provimento do recurso para que os pedidos entabulados na exordial sejam julgados procedentes e, consequentemente, pedem a inversão do ônus sucumbencial.

Resposta às f. 296-303.

VOTO

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

Em linhas gerais, Antonio Cleber Gimene de Freitas e Elaine Batista Santos, no dia 17/03/2013 estavam em frente ao DETRAN da Comarca de Nova Alvorada do Sul/MS juntamente a outros populares. Às 21h20min chegaram ao local dois policiais militares, quais sejam, Gilberto Luiz dos Santos e Giorge do Amaral Souza. Mencionaram os autores que ao questionarem um dos agentes a respeito da abordagem de um terceiro indivíduo, conhecido como Vanderlei, a autoridade utilizou-se de seu cassetete e agrediram-lhes, lesionando a orelha de Antonio Cleber Gimene de Freitas e o braço de Elaine Batista Santos, além da máquina fotográfica do casal. Carrearam ao caderno processual as ocorrências registradas na ocasião, bem como os laudos do exame de corpo de delito e as imagens das lesões e dos danos no equipamento fotográfico (f. 22-41).

A seu turno, o Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 37, § 6º[1] da CF, defenderam que os militares *"agiram no estrito cumprimento do dever legal, na medida em que a eles compete manter a ordem pública e adotar as providências necessárias à repressão de eventuais ilícitos perpetrados pelos cidadãos, constatação que, por si só, exclui o nexo causal e afasta a responsabilidade civil do Estado"*. Alternativamente, pleitearam a redução do valor suplicado pelos requerentes a título de danos morais.

Finalmente, proferiu sentença o juízo primevo, nos seguintes termos:

> *"(...) Verifica-se que os fatos narrados pelos autores ocorreram em razão da atitude deles que tentaram impedir a aplicação da lei na ocorrência de Perturbação de Sossego, uma vez que ajudaram a incitar os populares a agirem contra os policiais militares quando foram cumprir seus deveres.*
>
> *A Lei Complementar nº 053, de 30 de agosto de 1990, que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul, estabelece:*
>
> *Art. 26. O sentimento do dever, o pundonor policial-militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Polícia Militar conduta moral e profissional irrepreensível, com observância dos seguintes preceitos da ética policial-militar:*
>
> *I - amar a verdade e a responsabilidade com fundamento da dignidade pessoal;*

1 Art. 37, § 6º, da CF: "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".

II - exercer com autoridade, eficiência e probidade as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;

III - respeitar a dignidade da pessoa humana;

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; (...)

Art. 28. Os deveres policiais-militares emanam de vínculos racionais e morais que ligam o policial-militar à comunidade e a sua segurança, e compreendem essencialmente:

I - a dedicação ao serviço policial-militar e a fidelidade à instituição a que pertencem, mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos símbolos nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das leis e ordens;

VI - a obrigação de tratar o subordinado com dignidade e urbanidade. (...)

Art. 39. A violação das obrigações ou deveres policiais-militares constituirá crime ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamento específicos.

Observa-se do citado Estatuto que a manutenção da ordem pública e o rigoroso cumprimento das leis é dever do policial militar, sob pena de cometimento de crime ou transgressão disciplinar.

Observa-se que os autores nada provaram em relação aos fatos narrados, em que pese existir um vídeo gravado e testemunhas que o presenciaram.

Deferida a prova oral, deixaram de trazer o rol de testemunhas, fato que impediu que efetivamente comprovassem os fatos alegados. (p.108)

Além disso, deve-se ater ao fato de que, ao estabelecermos o contrato social para a vida em coletividade urbana, todos renunciamos a uma parte da nossa liberdade plena, outorgando poderes ao Estado e a eles nos submetendo.

Particularmente, no aspecto do poder de polícia propriamente dito, todos são sujeitos à submeter-se à obediência de ordens da autoridade policial em caso de suspeita suficiente da prática de crime.

Embora os autores aleguem terem sido agredidos, repita-se, nada provaram sobre este fato, ônus que lhes competia, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Deve-se ater ao fato de que, havendo ocorrência de Perturbação do Sossego e abordagem da polícia militar para cumprir a diligência, não poderiam os autors incitar a desobediência da ordem pública, que é simples componente do contrato social e impossível de gerar responsabilidade civil por dano moral.

Logo, não restou caracterizada a responsabilidade civil do Estado pelos supostos danos morais ou materiais que alegam ter sofrido.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido. Condeno os autores a pagarem as custas processuais e os honorários de advogado, que fixo em 10% do valor da causa, ambos diferidos, nos termos do artigo 98, parágrafo 3º do Código de Processo Civil".

Pois bem.

Precipuamente, constata-se que o apelado se limitou a demonstrar eventual excludente de ilicitude, ou seja, não divergiu dos atos descritos na inicial e os documentos acostados a ela.

Cediço que, de regra, a responsabilidade civil dos entes públicos é objetiva, somente restando afastada quando evidenciada a culpa exclusiva da vítima, a ocorrência de caso fortuito ou motivo de força maior, ou ainda, que o nexo causal entre o fato imputável e o dano não se estabeleceu.

No caso concreto *sub examine*, essas causas excludentes ou eximentes da responsabilidade objetiva do Estado não ficaram caracterizadas. Isto porque os recorrentes se desincumbiram do ônus de demonstrar que as lesões que sofreram foram produto da ação desarrazoada dos policiais militares.

A narrativa constante da petição inicial encontra guarida nos Boletins de Ocorrência, exames de Corpo de Delito, bem como nas imagens, de f. 22-41, sendo livre de dúvidas que as lesões descritas no laudo foram ocasionadas pela ação da polícia.

Ainda, nota-se do Termo de Inquirição de Testemunha da Assentada em Sindicância de nº 313/SIND/13 que o policial Gilberto Luiz dos Santos relatou que agiu em legítima defesa, já que foi agredido pelo apelante e, só depois disso, reagiu com o cassetete. Entretanto, não há provas, sequer laudo que ateste tal alegação.

Dentre as prerrogativas da Administração Pública, com o fito de conferir meios de garantir o cumprimento do exercício das atividades que lhe são afetas, encontra-se o poder de polícia exercido pela polícia administrativa e judiciária.

O poder de polícia, na lição de José dos Santos Carvalho Filho[2], define-se como "*a prerrogativa de direito público, que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade*".

Tendo em vista que a Administração Pública e seus agentes devem atuar pautados pelo princípio da supremacia do interesse público, a pretexto de exercer o poder de polícia, não é lícito admitir que a atuação estatal descambe para a prática de ato arbitrário ou aviltado pelo abuso de poder.

Noutros termos, a atuação estatal ou dos agentes estatais deve observar absoluta adequação entre os meios empregados e o fim colimado, não desbordando dos limites que o ordenamento jurídico lhe impõe.

A propósito, pertinente invocar a lição doutrinária de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3]:

> *"Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei. Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei."*.

Em suma, faz-se mister que os agentes públicos atuem com cautela e bom senso no exercício do poder de polícia, não se utilizando de meios exorbitantes ou desproporcionais àqueles estritamente necessários à obtenção do resultado pretendido, pena de se caracterizar ilícito ou excesso capaz de ensejar a responsabilização civil do Estado. Vale dizer, impõe-se haja sempre proporcionalidade entre a medida adotada (ou atividade empreendida) e a finalidade colimada pelo ordenamento jurídico.

2 **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 70.

3 **Direito administrativo**. 15. ed. Atlas. p. 116.

No alusivo ao exercício do poder de polícia por parte de policiais civis e militares, oportuno rememorar a precisa lição doutrinária de Rui Stoco[4]:

> *"Ao policial civil ou militar, como agente da Administração Pública e responsável pela polícia preventiva e repressiva, cabe zelar pela ordem e sossego públicos e pela incolumidade dos cidadãos. No exercício desse mister lhe são concedidas algumas franquias, como uso de armas de fogo, algemas e outros apetrechos sem os quais não poderá bem cumprir o seu 'munus' e combater a criminalidade. Porém, não é detentor de salvo-conduto que lhe permita tudo, nem lhe foi concedido direito à indenidade. O exercício regular desse direito não passa pelo abuso, nem se inspira no excesso ou desvio do poder conferido. Visando expor a questão relativa ao abuso René de Page inicia por assentar que o exercício dos direitos é condicionado a certas regras fundamentais de polícia jurídica. Sem dúvida que todo direito enseja uma faculdade ou prerrogativa ao seu titular, mas ao mesmo tempo reconhece que tal prerrogativa deve ser exercida na conformidade do objetivo que a lei teve em vista ao concedê-la ao indivíduo (Traité Elementaire, vol. I, ns. 111-112). Essa questão relativa ao limite do exercício do direito, além do qual poderá ser abusivo, quer dizer, a linha divisória entre o poder concedido e o poder excedido, constitui a essência da teoria do abuso de direito.".*

Não há como desconhecer que eventualmente se faz imperiosa a atuação das forças policiais no sentido de conter tumultos e assegurar a ordem pública, no entanto, a atuação policial deve atentar aos devidos limites e desenvolver-se de forma razoável, sem descambar para a arbitrariedade e a violência excessiva e desmedida, tal como se verificou no caso em apreço.

O Código de Conduta dos Encarregados de Aplicação da Lei[5] trata diretamente do uso da força pela polícia, em seu artigo 3º, quando estipula que os encarregados de aplicação da lei só podem empregar a força se for estritamente necessário, na medida exigida para o cumprimento do seu dever.

Nesse mesmo sentido, Juliano José Trant de Miranda[6] pauta-se nos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade e conveniência e explica:

> *"Legalidade. O policial em ação deve buscar amparar legalmente sua ação (legítima defesa, Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, Estado de necessidade), devendo ter conhecimento da lei e estar preparado tecnicamente, através da sua formação e do treinamento recebidos.*
>
> *Necessidade. O policial, antes de usar a força, precisa identificar o objetivo a ser atingido. A ação atende aos limites considerados mínimos para que se torne justa e legal sua intervenção, a partir dos parâmetros julga a necessidade.*
>
> *Proporcionalidade. O policial deve avaliar o momento exato de cessar a reação que foi gerada por injusta agressão, ou seja, a força legal deve ser proporcional a injusta agressão, o que passa dessa medida pode ser considerado abuso de autoridade.*
>
> *Conveniência. Esse princípio está diretamente condicionado ao local e momento da intervenção, devendo o policial observar se sua ação gera riscos a terceiros que nada têm a ver com a injusta agressão, ou seja, existe mais risco do que benefício, ainda que fosse legal, necessários e a intenção fosse proporcional".*

Ressalte-se que sempre que o policial fizer uma intervenção com o uso da força, deve ter como prioridade, em primeiro lugar a segurança do público, em segunda a sua segurança e depois a segurança do indivíduo suspeito ou infrator, nessa ordem. Essa ordem de prioridade é explicada na medida em que o policial, pela sua própria condição, é pago e treinado para aceitar os riscos, bem como que o público não pode ser exposto ao perigo. (SENASP, 2006)

---

4 **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. Revista dos Tribunais. p. 377/378.

5 Resolução nº 34/169, de 17/12/1979, ONU.

6 MIRANDA, Juliano José Trant de. **O uso progressivo da força X uso seletivo da força**.. Belo Horizonte, MG, 26/11/2009.

Outrossim, a Secretaria Nacional de Segurança Pública apresenta alguns modelos de uso progressivo da força, sendo que o meio empregado na hipótese vertente não era o adequado, pois não correspondeu ao grau de desobediência existente. Explico.

Há cinco níveis possíveis aos quais os agentes devem reagir: submissão à ordem, resistência passiva, resistência ativa, agressão física não letal e agressão física letal. Para cada grau corresponde a ação de resposta do policial contra o cidadão nessa ordem: verbalização (através do diálogo), contato físico (que deve ser sutil), imobilização, força não-letal e força letal. (SANDES, 2007 a, p. 92)

Tem-se daí que a utilização das forças passa por um sistema de uso progressivo, o que preserva de maneira efetiva os princípios constitucionais e as garantias legais do cidadão. Todo este processo de escalonamento do uso da força deve ser apropriadamente treinado, de forma que nas diversas situações, principalmente aquelas com reduzido tempo para avaliar e decidir, as escolhas sejam produtos de um mínimo de ponderação.

Portanto, diversamente de como entendeu o juiz singular, os apelantes se desincumbiram de seu ônus, tendo em vista que trouxeram documentos, exames, além de conter nos autos os depoimentos de inúmeras testemunhas presentes na ocasião (f. 22-41; 152-179).

Logo, restaram configurados o excesso, a arbitrariedade e a truculência na conduta dos policiais militares no caso em tela, consolidando-se, então, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Para Sergio Cavalieri Filho[7], "*a responsabilidade civil pode ser conceituada como: um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico*".

Com espeque nos artigos 186[8], 187[9] e 927[10], do Código Civil, passo a análise dos danos materiais e morais.

Danos materiais

Sobre danos patrimoniais, leciona Celso Agrícola Barbi:

> *"(...) é necessário que estas perdas tenham efetivamente acontecido, pois não se indenizam danos meramente imagináveis. É mister, portanto, sejam elas comprovadas quanto a sua existência, mesmo que não determinado desde logo seu valor".* (Comentários ao código de processo civil. p. 105. v. 1)

Cumpre elucidar que a regra da eventualidade (*Eventual maxime*) ou da concentração da defesa na contestação significa que cabe ao réu formular toda sua defesa na contestação (art.336, CPC). Toda defesa deve ser formulada de uma só vez como medida de previsão *ad eventum*, sob pena de preclusão. O réu tem o ônus de alegar tudo o quanto puder, pois, caso contrário, perderá a oportunidade de fazê-lo. (Didier Júnior, 2015, p. 638).

Nessa senda, veja-se que o apelado deixou de impugnar a ocorrência de danos materiais, sobretudo eventual quantificação. Por outro lado, os apelantes lograram êxito em expor o prejuízo que tiveram em sua câmera fotográfica.

---

7 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 202.

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

9 Art. 187, CC: 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.

10 Art. 927, CC: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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.

Assim, condeno o apelado a ressarcir aos apelantes o montante de R$ 1.800,00 pelos danos patrimoniais causados pelos militares.

Danos morais

Indubitável o abalo moral experimentado pelos apelantes, porquanto sofreram agressões que extrapolam a esfera dos meros aborrecimentos e configura autenticamente dano à integridade física, à honra e, sobretudo, à moral.

Pertinente ao *quantum* indenizatório, é consabido que o ordenamento jurídico pátrio não traz parâmetros fixos para o arbitramento de indenização por danos morais, deixando ao crivo do julgador para que, diante da análise do caso concreto, valore os fatores envolvidos e arbitre a indenização com fulcro na equidade.

A doutrina, por sua vez, traça alguns pontos que devem ser sopesados pelo magistrado quando da fixação da reparação extrapatrimonial, tais como os enumerados pelo professor Carlos Roberto Gonçalves[11]:

> *"a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;*
>
> *b) a intensidade de seu sofrimento;*
>
> *c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;*
>
> *d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;*
>
> *e) a gravidade e a repercussão da ofensa;*
>
> *f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva."*

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao autor um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetido, e de outro lado serve como fator de pedagógico para que a empresa requerida reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Deve, portanto, o julgador agir com moderação, levando em conta o poder aquisitivo das partes, os dissabores experimentados pelo ofendido, fazendo-o de tal forma que a compensação a título de danos morais não dê ensejo a enriquecimento indevido para este último, mas que se preste a desestimular a reincidência da empresa ré em condutas semelhantes.

Nesse sentido é também a lição de Caio Mário da Silva Pereira[12]:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*

De se concluir que, na quantificação do dano moral, deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

O caráter punitivo da condenação, frisa-se, é justamente para evitar que se repitam casos semelhantes e que, por outro modo, tragam à vítima uma sensação de recompensa pelo acontecido.

---

11 **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.

12 **Responsabilidade civil**. 4. ed., 1993. p. 60.

Assim, levando em conta essas considerações, atento às peculiaridades do caso concreto, reputo como razoável e hábil para atender as finalidades da reparação civil no caso, especialmente ao caráter pedagógico de reprimenda pecuniária, a quantia de R$ 7.500,00 a cada autor/apelante, valor que se afeiçoa à razoabilidade.

Correção monetária e juros moratórios

No que diz respeito ao índice de correção monetária, a Lei nº 11.960/09 que alterou a redação do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI n. 4.357/DF. O plenário da Suprema Corte, em julgamento da questão de ordem sobre a modulação dos efeitos da decisão, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade no sentido de manter a aplicação do Índice Oficial de Remuneração Básica da Caderneta de Poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional n. 062/2009 (e do art. 1º-F, da Lei 9.494/97), até 25/03/2015, data após a qual os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPCA.

Então, segundo o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 4357 e nº 4425, as regras serão:

Entre 13 de maio de 2010 e 25 de março de 2015, a correção monetária será pela Taxa Referencial; e

A partir de 25 de março de 2015, a atualização da moeda pelo IPCA-E.

Consigne-se, ainda, que a incidência da correção monetária será desde o efetivo prejuízo para os danos materiais (Súmula 43 do STJ) e a partir do arbitramento para os danos morais (Súmula 362 do STJ).

Além disso, os juros moratórios deverão ser nos moldes da caderneta de poupança, com incidência desde o evento danoso (Súmula 54, STJ).

Dispositivo

Isto posto, dou provimento ao recurso para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por danos materiais no patamar de R$ 1.800,00 e de reparação por danos morais no montante de R$ 7.500,00 para cada um dos apelantes, sendo que ambos os valores deverão ser atualizados conforme exposto no tópico anterior.

Inverto a sucumbência, que deverá ser arcada integralmente pelo apelado, em observância à Súmula 326 do STJ[13]. Retifico os honorários advocatícios para fixá-los em 10% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 10 de dezembro de 2019.

***

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

3ª Câmara Cível
Relator designado Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0825781-85.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PRELIMINAR – CARÊNCIA DE AÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE – REJEITADA – CAUSA MADURA – JULGAMENTO COM BASE NO § 4º DO ART. 1.013 DO CPC/2015 – MÉRITO – ICMS – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – SERVIÇO ESSENCIAL – ALÍQUOTA ADICIONAL FIXADA PARA FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FECP) – NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Deve ser afastada a preliminar de carência de ação, se o *mandamus* não foi impetrado contra lei em tese, e sim para proteger direito líquido e certo de justo receio de sofrer violação ilegal por parte da autoridade coatora.

Afastada a preliminar de carência de ação e estando a causa madura, procede-se o julgamento das demais questões contidas na inicial, nos termos do § 4º do art. 1.013, do CPC/2015.

Não se olvida a faculdade conferida ao legislador estadual a respeito da seletividade da alíquota em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço sobre o qual incide o ICMS, tal como dispõe de forma clara o inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, segundo o qual o ICMS "*poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*".

É assim evidente que se o Estado opta pela aplicação da seletividade, o que era inicialmente uma faculdade passa a ser uma obrigação, não podendo o legislador, a seu bel prazer, estabelecer alíquotas destituídas de relação com a essencialidade ou não do serviço.

Admitir, assim, que o Estado estabeleça alíquota adicional de ICMS de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECP sobre o serviço de telecomunicação é, no mínimo, incongruente e contraditório com a intenção do constituinte, que previu a seletividade com o fito óbvio de que a alíquota fosse inversamente proporcional à essencialidade do serviço, ou seja, quanto mais essencial for o serviço ou a mercadoria, menor deverá ser a alíquota sobre ele incidente e, quanto menos essencial ou mais supérfluo for a mercadoria ou o serviço, maior a alíquota incidente.

Recurso conhecido e provido para impor ao Estado de Mato Grosso do Sul a obrigação de não fazer consistente na abstenção de não compelir a impetrante ao recolhimento do adicional de ICMS devido ao FECP, sobre a prestação de serviços de telecomunicação, instituído pela Lei Estadual nº 3.337/06 c/c a Lei 1810/97 e Decreto nº 12.286/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas e obstando a prática de quaisquer atos tendentes a exigir esses valores, ou mesmo a prática de qualquer medida coercitiva ou sancionatória que possa prejudicar as atividades das Empresas Filiadas ao Impetrante, como sua inclusão em cadastros de inadimplentes (como o CADIN e o SERASA), o protesto dos valores e a negativa de certidão de regularidade fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria e de acordo com o art. 942, do CPC, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal.

Campo Grande, 19 de junho de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan

Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviços Móvel Celular e Pessoal - Sinditelebrasil interpôs apelação em face da sentença (f. 252-257) proferida em 26/07/18 por Marcel Henry Batista de Arruda, juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que nos autos do mandado de segurança coletivo impetrado em desfavor do superintendente da Superintendências de Administração Tributária da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul e Procurador Chefe da Procuradoria de Controle da Dívida Ativa da PGE MS, integrantes do Estado de Mato Grosso do Sul, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita.

Em razões recursais (f. 267-293), alega que o *mandamus* não visa ao controle concentrado de constitucionalidade dos dispositivos das Leis Estaduais nº 3.337/2006 e 1.810/97 e do Decreto nº 12.283/07, mas sim assegurar preventivamente o direito das empresas Filiadas ao apelante de não serem obrigadas ao pagamento do adicional de ICMS devido ao FECP sobre os serviços de telecomunicação.

Ressalta que a impetração do *writ* tem caráter preventivo e busca assegurar o direito das empresas de telecomunicações contra ameaça concreta e constante de lesão consistente em cobrança ilegal e inconstitucional.

Aduz que a essencialidade do serviço público de telecomunicação, atribuído pela Constituição Federal, torna inconcebível que as empresas estejam sujeitas ao adicional de ICMS de 2% (dois por cento) destinado ao FECP, cujo ônus financeiro será suportado por toda a sociedade.

Pontua que a inconstitucionalidade também decorre do fato de o adicional ter sido instituído por meio de lei ordinária, quando a Constituição Federal exige a edição de lei complementar para disciplinar o tema.

Requer (f. 292-293):

> *"(...)*
>
> *a) seja imediatamente concedida a tutela de urgência, a teor dos arts. 300 c/c 299, parágrafo único, e 932, II, do CPC, ou, ainda, a tutela de evidência, nos termos do art. 311, II, do CPC, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário que deixar de ser recolhido em virtude do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviços de telecomunicação, instituído pelas Leis Estaduais nºs 3.337/06 e 1.810/97 (com redação da própria Lei nº 3.337/06) e Decreto nº 12.283/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas e obstando a prática de quaisquer atos tendentes a exigir esses valores, ou mesmo a prática de qualquer medida coercitiva ou sancionatória que possa prejudicar as atividades das empresas filiadas ao apelante, como sua inclusão em cadastros de inadimplentes (como o CADIN e o SERASA), o protesto dos valores e a negativa de certidão de regularidade fiscal;*
>
> *b) ao fim, seja conhecido e provido o presente recurso de apelação, reformando-se a r. sentença para, nos termos do pedido exordial, assegurar o direito de as empresas filiadas ao apelante não serem compelidas ao recolhimento do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviços de telecomunicação, declarando-se incidenter tantum a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 2º, I, da Lei Estadual nº 3.337/06, do art. 41-A, II, e § 1º, da Lei Estadual nº 1.810/97 e art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 12.283/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas".*

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 400-415), suscitando preliminar de carência da ação por impossibilidade de impetração do *mandamus* contra lei em tese. E, no mérito, pugna pelo desprovimento do recurso.

Parecer do representante da Procuradoria-Geral de Justiça à f. 426-438, opinando pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 10/04/2019)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviços Móvel Celular e Pessoal - Sinditelebrasil, objetivando a reforma da sentença (f. 252-257) proferida em 26/07/18 pelo juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que nos autos do mandado de segurança coletivo impetrado em desfavor do Superintendente da Superintendências de Administração Tributária da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul e Procurador Chefe da Procuradoria de Controle da Dívida Ativa da PGE MS, integrantes do Estado de Mato Grosso do Sul, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita.

Confira-se o teor do dispositivo da sentença (f. 256-257):

> *"(...) Posto isso, diante da inadequação da via eleita, julgo extinto o presente mandado de segurança, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, com fulcro no art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.*
>
> *Custas pelo impetrante. Sem honorários advocatícios, nos termos do enunciado da 512 Súmula do STF e do art. 25, da Lei nº 12.016/20098.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*
>
> *Oportunamente, arquivem-se com as cautelas de lei".*

Em razões recursais (f. 267-293), alega que o *mandamus* não visa ao controle concentrado de constitucionalidade dos dispositivos das Leis Estaduais nº 3.337/2006 e 1.810/97 e do Decreto nº 12.283/07, mas sim assegurar preventivamente o direito das empresas filiadas ao apelante de não serem obrigadas ao pagamento do adicional de ICMS devido ao FECP sobre os serviços de telecomunicação.

Ressalta que a impetração do *writ* tem caráter preventivo e busca assegurar o direito das empresas de telecomunicações contra ameaça concreta e constante de lesão consistente em cobrança ilegal e inconstitucional.

Aduz que a essencialidade do serviço público de telecomunicação, atribuído pela Constituição Federal, torna inconcebível que as empresas estejam sujeitas ao adicional de ICMS de 2% (dois por cento) destinado ao FECP, cujo ônus financeiro será suportado por toda a sociedade.

Pontua que a inconstitucionalidade também decorre do fato de o adicional ter sido instituído por meio de lei ordinária, quando a Constituição Federal exige a edição de lei complementar para disciplinar o tema.

Requer (f. 292-293):

> *"(...)*
>
> *a) seja imediatamente concedida a tutela de urgência, a teor dos arts. 300 c/c 299, parágrafo único, e 932, II, do CPC, ou, ainda, a tutela de evidência, nos termos do art. 311, II, do CPC, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário que deixar de ser recolhido em virtude do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviços de telecomunicação, instituído pelas Leis Estaduais nºs 3.337/06 e 1.810/97 (com redação*

da própria Lei nº 3.337/06) e Decreto nº 12.283/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas e obstando a prática de quaisquer atos tendentes a exigir esses valores, ou mesmo a prática de qualquer medida coercitiva ou sancionatória que possa prejudicar as atividades das empresas filiadas ao apelante, como sua inclusão em Cadastros de Inadimplentes (como o CADIN e o SERASA), o protesto dos valores e a negativa de certidão de regularidade fiscal;

b) ao fim, seja conhecido e provido o presente recurso de apelação, reformando-se a r. sentença para, nos termos do pedido exordial, assegurar o direito de as empresas filiadas ao apelante não serem compelidas ao recolhimento do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviços de telecomunicação, declarando-se incidenter tantum a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 2º, I, da Lei Estadual nº 3.337/06, do art. 41-A, II, e § 1º, da Lei Estadual nº 1.810/97 e art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 12.283/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas".

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 400-415), suscitando preliminar de carência da ação por impossibilidade de impetração do *mandamus* contra lei em tese. E, no mérito, pugna pelo desprovimento do recurso.

Parecer do representante da Procuradoria-Geral de Justiça à f. 426-438, opinando pelo desprovimento do recurso.

Relato da demanda

Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviços Móvel Celular e Pessoal - Sinditelebrasil ajuizou mandado de segurança coletivo com pedido de medida liminar, ao argumento de que é entidade sindical e que suas filiadas, empresas concessionárias ou autorizatárias são contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sob a alíquota de 27% (vinte e sete por cento), nos termos do art. 155, II, da CF/88, do art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir) e dos arts. 5º, III, e 41, VI, da Lei Estadual nº 1.810/97 e arts. 1º, III, e 41, VI, do Decreto nº 9.203/98 (Regulamento do ICMS do Estado de Mato Grosso do Sul - RICM/MS).

Aduziu que, adicionalmente, as empresas filiadas estão obrigadas a recolher o adicional de alíquota do ICMS sobre produtos e serviços considerados supérfluos, destinado a custear as despesas do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECP), previsto na Emenda Constitucional nº 31/2000. No caso de serviços de telecomunicação, o adicional do FECP é exigido à alíquota de 2% (dois por cento), nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 3.337/06 c/c art. 41-A, II, e § 1º da Lei estadual nº 1.810/97, com redação dada pela Lei estadual nº 4.751/15, e art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 12.283/07, que instruíram o FECP e estabeleceram sua fonte de custeio.

Sustentou a inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência do adicional de ICMS devido ao FECP, por serem os serviços de telecomunicação essenciais, não podendo ser considerados supérfluos, porquanto referido adicional é repassado para os usuários dos serviços de telefonia, acabando por onerar os próprios beneficiários do FECP, contrariando, assim, a finalidade do combate à pobreza e por ter sido o adicional de ICMS instituído por leis ordinárias, quando a Constituição Federal exige a edição de lei complementar.

Reputou não haver alternativa senão impetrar o presente *writ* visando à concessão de ordem para reconhecer o direito de as empresas filiadas não serem compelidas ao pagamento do adicional de ICMS destinado ao FECP.

Requereu liminarmente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário que deixar de ser recolhido em virtude do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviços de telecomunicação, instituído pela Lei Estadual nº 3.337/06 c/c a Lei nº 1.810/97 e Decreto nº 12.286/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas e obstando a prática de quaisquer atos tendentes a exigir esses valores, ou mesmo a prática de qualquer medida coercitiva ou sancionatória que possa prejudicar as atividades das empresas filiadas ao

impetrante, como sua inclusão em cadastros de inadimplentes (CADIN e SERASA), o protesto dos valores e a negativa de certidão de regularidade fiscal.

Requereu, ao final, a concessão da ordem para assegurar o direito de as empresas filiadas ao impetrante não serem compelidas ao recolhimento do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviços de telecomunicação, declarando-se *incidenter tantum* a inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 2º, I, da Lei Estadual nº 3.337/03, do art. 41-A, II, e § 1º da Lei Estadual nº 1.810/97 e art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 12.283/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas.

Em manifestação (f. 106-112), o impetrado requereu o indeferimento da liminar, por ausência da probabilidade do direito.

O pedido liminar foi indeferido à f. 113-116.

Informações prestadas pelo Superintendente de Administração Tributária da Secretaria de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, Lauri Luiz Kener, e pelo Chefe da Procuradoria de Controle da Dívida Ativa da Procuradoria Geral do Estado à f. 128-141, oportunidade em que suscitaram preliminar de ilegitimidade do Procurador Chefe da Procuradoria de Controle da Dívida Ativa porquanto, ainda que tenha por atribuição zelar pela cobrança de tributos estaduais, compete ao Secretário de Estado de Fazenda e ao Superintendente de Administração Tributária a arrecadação de tributos e a fiscalização de toda atividade fiscal correspondente, tornando desnecessária a inclusão do Procurador do Estado na relação processual.

Sustentaram que o presente *writ* foi impetrado contra lei em tese, pretendendo obter os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, o que faz incidir o enunciado da Súmula nº 266 do STF, com a consequente extinção da ação, sem resolução de mérito.

Asseveraram a ocorrência da decadência, pois a legislação questionada está em vigor e produzindo efeitos há mais de 10 anos. E, em se tratando de ato único que produz efeitos permanentes, não há falar-se em renovação mensal, iniciando-se o prazo de 120 (cento e vinte) dias com a primeira publicação da norma.

No mérito, sustentaram que é competência dos Estados definir os serviços que se enquadrem como supérfluos, nos termos do art. 82, § 1º, do ADCT, e a desnecessidade de Lei Complementar específica para criação do fundo estadual de combate à pobreza.

Requereram o reconhecimento das preliminares e, alternativamente, a denegação da segurança, por inexistir ato abusivo ou ilegal praticado pela autoridade apontada como coatora.

Inconformado com o indeferimento da liminar, o impetrante interpôs agravo de instrumento (f. 144-169), que foi desprovido pelo tribunal (f. 195-233).

Manifestação do Ministério Público à f. 182-188, opinando pela extinção do feito, sem resolução de mérito.

Por fim, sobreveio a sentença ora recorrida.

Preliminar

Carência da ação

Alega o impetrado, ora apelado, que a ação mandamental não deve ser conhecida, por constituir insurgência contra lei em tese e por pretender obter, por meio do *mandamus*, os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, o que não é admitido em sede de mandado de segurança.

Não assiste razão ao recorrente.

Nos termos do inciso LXIX do art. 5º da CF/88:

"Art. 5º. (...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger ***direito líquido e certo****, não amparado por habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". (destacado)

Por sua vez, o art. 1º da Lei nº 12.016/09 estabelece que:

"Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou ***houver justo receio de sofrê-la*** *por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".* (destacado)

Como visto, a ação mandamental pode ser utilizada para prevenir violação a direito líquido e certo, sendo também importante instrumento jurisdicional nos casos de lei inconstitucional, o que, notadamente, não se confunde com a impetração contra lei em tese.

Da análise dos autos, verifica-se que a autoridade coatora indicada não foi aquela que editou a lei, e sim a que tomou as providências para a sua execução, às quais são consideradas como supostamente ameaçadoras ao direito do impetrante, ora apelante.

Em que pese este relator, na análise da Petição nº 1410225-60.2018.8.12.0000, tenha indeferido o pedido de concessão de tutela de urgência/evidência, com base no reconhecimento de que o mandado de segurança foi impetrado contra lei em tese, revejo o posicionamento adotado eis que não se pode confundir mandado de segurança preventivo com mandado de segurança impetrado contra lei em tese, já que a natureza preventiva do *mandamus* decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente o suporte fático, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente.

Na hipótese, o impetrante se insurgiu preventivamente contra as consequências práticas da Lei Estadual nº 3.3371/06 c/c Lei nº 1.810/97, com redação dada pela Lei nº 4.751/15, e Decreto nº 12.283/07, consistente na cobrança do adicional da alíquota de dois por cento sobre o ICMS devido ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECP), incidente sobre os serviços de telecomunicação, considerando que o referido adicional padeceria de inconstitucionalidade, visto que foi instituído por meio de lei ordinária (Lei Estadual nº 3.337/06), quando a Constituição Federal exige a edição de lei complementar.

Desta forma, considerando que a presente ação mandamental não foi impetrada contra lei em tese, e tão somente para proteger o direito líquido e certo de justo receio de sofrer violação ilegal por parte da autoridade coatora, rejeito, nesses termos, a preliminar de carência da ação suscitada em contrarrazões.

Afastada a preliminar, e, encontrando-se a causa madura, imperiosa a análise dos pedidos contidos na inicial, a teor do que dispõe o § 4º, do art. 1.013, do CPC/2015 (teoria da causa madura):

Confira-se:

"Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação."

Quanto ao adicional de alíquota do ICMS destinado à constituição do fundo estadual de combate e erradicação da pobreza, em análise do Agravo de Instrumento nº 1411423-69.2017.8.12.0000, pude apreciar o pedido de liminar formulado nos autos.

Confira-se:

"No que se refere à probabilidade de provimento do recurso, em juízo sumário de cognição, verifica-se ausente.

Na hipótese, bem anotado pelo magistrado a quo, reconheceu-se no STF a constitucionalidade desse adicional de alíquota do ICMS destinado à constituição do fundo estadual de combate e erradicação da pobreza mesmo que tal previsão seja realizada através de lei ordinária.

Naquela hipótese, analisou-se a legislação do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual Ordinária nº 4.056/2002 e Decreto nº 32.646) que majorou a alíquota do ICMS com o escopo de financiar o fundo estadual de combate à pobreza."

Confira-se:

"AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS – RESERVA DE PLENÁRIO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXISTÊNCIA – PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356 DO STF – ***ICMS – ADICIONAL – INSTITUIÇÃO POR LEI ESTADUAL – FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA – CONVALIDAÇÃO PELO ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 42/2003 –*** *AGRAVOS IMPROVIDOS. I - A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver orientação consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. II - Possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos órgãos fracionários dos Tribunais, com base em julgamentos do plenário ou órgão especial que, embora não guardem identidade absoluta com o caso em concreto, analisaram matéria constitucional equivalente. III - Ausência de prequestionamento do art. 167, IV, da CF. Incidência da Súmula 282 do STF. Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, nos termos da Súmula 356 do STF. IV -* ***O art. 4º da EC 42/2003 validou os adicionais instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal para financiar os Fundos de Combate à Pobreza****. Precedentes. V - Agravos regimentais improvidos."* (STF RE 571.968 - AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 4.6.2012). (grifou-se).

Não fosse isso, quanto ao risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, afinal, eventual reversão do julgamento não impede o ressarcimento de valores eventualmente cobrados.

Conclusão

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação de tutela recursal".

Necessário observar que o apelante pretende a reforma da sentença que julgou extinto o mandado de segurança preventivo sem resolução de mérito por inadequação da via eleita, com base no art. 485, VI, do CPC/15, por falta de interesse processual.

Na hipótese, como bem anotado pelo *Parquet* à f. 436, *"(...) o presente mandamus não foi impetrado contra lei em tese, mas para proteger o direito líquido e certo de justo receio de sofrer violação ilegal por parte da autoridade coatora"*.

Sendo assim, a segurança pleiteada deve ser denegada em virtude de que não resta demonstrado nos autos o direito líquido e certo ora alegado, haja vista que reconheceu-se no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do adicional de alíquota do ICMS destinado à constituição do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – mesmo que tal previsão seja realizada por lei ordinária.

Naquela hipótese, analisou-se a legislação do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual Ordinária nº 4.056/2002 e Decreto nº 32.646) que majorou a alíquota do ICMS com o escopo de financiar o fundo estadual de combate à pobreza.

Confira-se:

> *"AGRAVOS REGIMENTAIS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS – RESERVA DE PLENÁRIO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXISTÊNCIA – PROCESSO CIVIL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356 DO STF –* ***ICMS – ADICIONAL – INSTITUIÇÃO POR LEI ESTADUAL – FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA – CONVALIDAÇÃO PELO ART – 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 42/2003*** *– AGRAVOS IMPROVIDOS. I – A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver orientação consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. II – Possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos órgãos fracionários dos Tribunais, com base em julgamentos do plenário ou órgão especial que, embora não guardem identidade absoluta com o caso em concreto, analisaram matéria constitucional equivalente. III – Ausência de prequestionamento do art. 167, IV, da CF. Incidência da Súmula 282 do STF. Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, nos termos da Súmula 356 do STF. IV –* ***O art. 4º da EC 42/2003 validou os adicionais instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal para financiar os Fundos de Combate à Pobreza****. Precedentes. V – Agravos regimentais improvidos".* (STF RE 571.968-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 4.6.2012). (grifou-se).

Assim, ao contrário do alegado pelo apelante, não resta demonstrado nos autos o direito líquido e certo, de modo a autorizar a concessão da ordem requerida.

Em razão do exposto, a segurança pleiteada deve ser denegada ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder supostamente praticado ou em vias de ser praticado pela autoridade apontada como coatora.

Dispositivo

Diante do exposto, rejeito a preliminar de carência da ação arguida em contrarrazões e, no mérito, encontrando-se a causa madura, denego a segurança pleiteada e de consequência nego provimento ao recurso de apelação interposto por Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviços Móvel Celular e Pessoal - Sinditelebrasil.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º vogal)

Por primeiro, acompanho o e. relator quanto à rejeição da preliminar de não cabimento do *writ*.

Quanto ao mérito, todavia, ouso respeitosamente divergir do e. relator para dar provimento ao recurso da apelante.

Consta da r. sentença que a impetrante pretende, por intermédio do presente writ, negar vigência ou efetividade ao art. 2º, I, da Lei Estadual nº 3.337/2006, do art. 41-A, II e § 1º, da Lei Estadual nº 1.810/1997 e art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº 12.283/2007.

Da petição inicial verifica-se, todavia, que a verdadeira pretensão da apelante é a de:

> *"(...) suspender a exigibilidade do crédito tributário que deixar de ser recolhido em virtude do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviços de telecomunicação, instituído pela Lei Estadual no 3.337/06 c/c a Lei ¡o t,BI0/97 e Decreto no 12.286/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas e obstando a prática de quaisquer atos tendentes a exigir esses valores, ou mesmo a prática de qualquer medida coercitiva ou sancionatória que possa prejudicar as atividades as empresas filiadas ao impetrante, como sua inclusão em Cadastros de Inadimplentes (como o CADIN e o SERASA), o protesto dos valores e a negativa de certidão de regularidade fiscal"* (f. 19 da inicial).

O douto relator, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa negou provimento ao recurso.

Com o máximo respeito, dele divirjo para dar provimento ao recurso, reformar a r. sentença e julgar procedentes os pedidos contidos na inicial do mandado de segurança.

A Emenda Constitucional 04/2003, a meu modo de ver, simplesmente validou os adicionais existentes até a data da promulgação da referida emenda.

Mas, no caso, a lei é posterior.

A questão é que o Estado de Mato Grosso do Sul tem uma voracidade na tributação que é impressionante. Possuímos um dos ICMS mais caros de todo o País, o que nos coloca à margem dos Estados que, com alíquotas menores, incentivam a produção, o transporte, a indústria, o agronegócio, enfim, a atividade mercantilista ampla.

Em um recurso – abaixo indicado – que tratava da tributação do ICMS sobre os serviços de telecomunicações, havido como essencial, o Estado estava cobrando, nada mais nada menos, do que 27% de tributo, sem incluir os 2% devidos ao referido Fundo, atacado neste *writ*, mesmo sendo esses serviços *essenciais* e que, por isso mesmo, à vista da sua seletividade, deveria ter uma tributação menor, idêntica a dos tributos em geral, que foi o que ali esta e. 4ª Câmara decidiu.

Trago à lume o teor do voto que ali proferi:

> *"(...) Na sessão do dia 13/03/2019, pedi vista após o ilustre relator, Des. Paulo Alberto de Oliveira, negar provimento ao agravo de instrumento interposto por Companhia Brasileira de Distribuição – Hipermercado Extra, mantendo a decisão proferida pelo douto juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, Dr. Marcelo Andrade Campos Silva, que indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo agravante.*
>
> *O recorrente ingressou com essa ação alegando que para a consecução de suas atividades utiliza dos serviços de telecomunicações, sujeitos, portanto ao ICMS nos moldes do art. 155, inciso II, da Constituição Federal. Afirmou, entretanto, que o Estado do Mato Grosso do Sul, através da Lei 1.810/97, estabeleceu alíquota de 27% sobre tais serviços (art. 41, VI).*
>
> *Afirma ainda que de acordo com o disposto no artigo 41-A, § 1º, da Lei 1.810/97, as citadas alíquotas sofrem o acréscimo de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOMP), instituído pela Lei nº 3.337/2006.*
>
> *Aduz que o serviço de telecomunicações representa serviço essencial para a sociedade em geral, de modo que a alíquota de ICMS a ser aplicada in casu* deve estar em harmonia com o Princípio da Seletividade/Essencialidade, insculpido no art. 155, § 2º, III, da CF/88.

Em razão disso ingressou com a ação em comento, requerendo tutela provisória de urgência para "suspensão da exigibilidade do ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações, exigência esta consubstanciada pelo artigo 41, inciso VI, da Lei (MS) nº 1.810/97, em alíquota superior àquela genericamente prevista na legislação sul-mato-grossense (atualmente estabelecida em 17% pelo artigo 41, inciso III, alínea a, da Lei (MS) nº 1.810/97) acrescida do adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, na forma do art. 151, inciso V, do CTN".

O douto juiz a quo indeferiu o pedido de tutela provisória sob o fundamento de que a adoção do princípio da seletividade é uma faculdade do legislador estadual, sendo deste a competência para regulamentar o ICMS em todas as suas peculiaridades. Ponderou, ademais, que ainda que adotada a tese de que o Judiciário pode declarar a nulidade da cobrança, determinando ao Legislativo o restabelecimento das alíquotas respeitando a essencialidade, seria imprescindível para tanto "*a análise pormenorizada das alíquotas estipuladas em legislação estadual aos serviços de telecomunicações, bem como se elas atendem o comando constitucional da seletividade, o que demanda dilação probatória*".

O autor, então, agravou da decisão em comento sustentando a obrigatoriedade da observância do princípio da seletividade. Pondera que se o art. 155, § 2º, III da Constituição Federal estabelece que o ICMS "poderá ser seletivo em função da essencialidade dos produtos" ele faculta a adoção de um sistema de alíquotas variáveis que, se aplicado, obriga a graduação dessas alíquotas de acordo com a essencialidade de cada mercadoria e serviço tributado.

Conclui que a evidente essencialidade dos serviços de comunicações expõe a contrariedade da alíquota majorada ao texto constitucional.

O eminente Relator do feito proferiu voto negando provimento ao agravo sob o fundamento de que não há plausibilidade do direito invocado uma vez que há controvérsia a respeito da faculdade ou obrigatoriedade do princípio da seletividade ao ICMS. Citou o RE 714.139/SC, afetado para julgamento de repercussão geral.

Pedi vista dos autos e, pedindo vênia ao eminente Relator, estou dando provimento ao recurso.

Para ser concedida a tutela de urgência mister se faz a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito ou o perigo de dano ou risco ao resultado útil no processo, sendo que, in casu, estão presentes.

Tais requisitos estão elencados no art. 300 do NCPC, que trata da tutela de urgência; veja-se:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

Verifica-se, pois, a exigência da presença cumulativa de dois requisitos essenciais, a saber, a probabilidade do direito do autor e o *perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*, sem os quais a medida pleiteada não deve ser concedida.

Ressalto que o conceito de probabilidade do direito, a exemplo da anterior previsão de verossimilhança da alegação do artigo 273, caput, do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, é certo, é quase certo ou bastante provável que o autor tenha razão e o pedido formulado na inicial será fatalmente acolhido ao final da ação.

Assim, a menção à "probabilidade do direito" feita pelo dispositivo legal refere-se não à certeza do direito, mas sim à sua aparência de verdade, exigindo a lei uma prova que corrobore a afirmação feita pelo autor. É um juízo, como a literalidade da palavra expressa, de *probabilidade* quanto a ter o autor razão nos seus argumentos, que podem levar ao eventual acolhimento da pretensão inicial.

Nessa senda, com o brilhantismo que lhe é peculiar, Cândido Rangel Dinamarco leciona sobre a aplicação dos juízos do mal maior e do direito mais forte na análise do fumus boni iuris; veja-se:

Para antecipar a tutela, basta a probabilidade e, obviamente, não se exige a certeza; mas ***é sempre indispensável observar uma linha de equilíbrio com a qual o juiz leve em conta os prejuízos a que o interessado na medida se mostra exposto e também os que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida***. ***Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às antecipações de tutela*** *quanto às medidas cautelares.*

[...]

Ao juízo do mal maior associa-se o juízo do direito mais forte, que deve aconselhar o juiz a ***ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá****, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devam ser sacrificados."* (grifei)

Pois bem.

Transpondo a espécie para o caso dos autos, a probabilidade do direito do agravante, a meu ver, é evidente, assim como o perigo de dano, de modo a justificar a concessão da tutela.

Não se olvida a faculdade conferida ao legislador estadual a respeito da seletividade da alíquota em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço sobre o qual incide o ICMS, tal como dispõe de forma clara o inciso III do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, segundo o qual o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços".

Ocorre que é evidente que se o Estado opta pela aplicação da seletividade, o que era inicialmente uma faculdade passa a ser uma obrigação, não podendo o legislador, a seu bel prazer, estabelecer alíquotas destituídas de relação com a essencialidade ou não do serviço.

Admitir, assim, que o Estado estabeleça alíquota de 27% sobre o serviço de telecomunicação é, no mínimo, incongruente e contraditório com a intenção do constituinte, que previu a seletividade com o fito óbvio de que a alíquota fosse inversamente proporcional à essencialidade do serviço, ou seja, quanto mais essencial for o serviço ou a mercadoria, menor deverá ser a alíquota sobre ele incidente e, quanto menos essencial ou mais supérfluo for a mercadoria ou o serviço, maior a alíquota incidente.

Reside aí a probabilidade do direito do agravante, suficiente, a meu ver, à concessão da tutela de urgência. Aliás, há probabilidade tão evidente que o Supremo Tribunal Federal afetou para julgamento de repercussão geral o RE 714.139/SC. Confira-se:

"IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – SELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral – 17%.

Se há controvérsia tão evidente a ponto de justificar a instauração do incidente, me parece que há, então, probabilidade do direito apta a justificar a medida pleiteada.

De outro lado, é evidente, a meu ver, que a cobrança de tributo indevido representa perigo de dano ao contribuinte, seja porque diminui a capacidade financeira dele, seja porque o procedimento de restituição é complexo e demorado.

A meu ver, assim, o contribuinte não pode ser compelido ao pagamento de alíquota exorbitante e sem propósito, constituindo-se essa cobrança em prejuízo ao desenvolvimento de suas atividades comerciais, na medida em que aumenta o custo dos serviços e, consequentemente, em adicional a ser implementado no seu próprio comércio.

Ademais, pagando a alíquota de 27% sobre o serviço de telecomunicações, que se revela, em princípio, ilegal, estará promovendo pagamento indevido, com todas as dificuldades sabidamente existentes para compensar ou obter a devolução dos valores pagos a tal título, pelo que o agravante não deve se submeter a essa exação tributária, impondo-se o deferimento da antecipação da tutela pleiteada em primeiro grau.

Posto isso, pedindo vênia ao e. relator, dele divirjo para conhecer do recurso e lhe dar provimento, reformar a r. decisão recorrida e deferir a liminar pleiteada na inicial, o que faço com fundamento no art. 300 do CPC, presentes os requisitos ali encartados, da ação em curso em primeiro grau, determinando ao Estado de Mato Grosso do Sul que suspenda a exigibilidade do ICMS incidente sobre o serviço de telecomunicações em alíquota superior àquela genericamente prevista na legislação sul-mato-grossense (atualmente estabelecida em 17% pelo artigo 41, inciso III, alínea a, da Lei nº 1.810/97), acrescida do adicional destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, na forma do art. 151, inciso V, do CTN.

Esse voto divergente foi secundado pelo voto do e. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, o qual trouxe à lume que:

(...) O Des. Dorival Renato Pavan, em voto divergente, deu provimento ao recurso, por entender encontrarem-se presentes os requisitos legais para a concessão da tutela de urgência pugnada pela agravante, baseando-se, além da constatação da essencialidade dos serviços de telecomunicações nas suas atividades, o entendimento do c. Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 714.139/SC, que afetou a matéria para julgamento em repercussão geral, nestes termos:

"IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ENERGIA ELÉTRICA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – ELETIVIDADE – ALÍQUOTA VARIÁVEL – ARTIGOS 150, INCISO II, E 155, § 2º, INCISO III, DA CARTA FEDERAL – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual mediante a qual foi prevista a alíquota de 25% alusiva ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços incidente no fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral - 17%".

O objeto desta ação outrossim, é menor do que o julgado anteriormente por esta e. 3ª Câmara, acima referido, porque aqui a pretensão é apenas a de suspender a exigibilidade do crédito tributário que deixar de ser recolhido em virtude do adicional de ICMS devido ao FECP sobre a prestação de serviço de telecomunicação, enquanto que no acórdão transcrito o ICMS do próprio serviço em si foi reduzido para o percentual da tributação normal do ICMS, de 17%.

Os mesmos fundamentos ali expendidos, todavia, destinam-se a dar cobertura ao voto que aqui estou proferindo para, pelas mesmas razões, acolher a pretensão deduzida na inicial, a despeito do bem lançado voto do douto relator, de quem, entrementes, estou respeitosamente divergindo.

III. Posto isso, acompanho o relator quanto à preliminar e de igual forma, prosseguindo no julgamento de mérito, dele divirjo, todavia, para dar provimento ao recurso de apelação interposto por Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – Sinditelebrasil - para julgar inteiramente procedente o pedido contido na inicial e, consequentemente, impor ao Estado de Mato Grosso do Sul a obrigação de não fazer consistente na abstenção de não compelir a impetrante ao recolhimento do adicional de ICMS devido ao FECP, sobre a prestação de serviços de telecomunicação, instituído pela Lei Estadual nº 3.337/06 c/c a Lei 1810/97 e Decreto nº 12.286/07, afastando-se as obrigações acessórias correlatas e obstando a prática de quaisquer atos tendentes a exigir esses valores, ou mesmo a prática de qualquer medida coercitiva

ou sancionatória que possa prejudicar as atividades das Empresas Filiadas ao Impetrante, como sua inclusão em Cadastros de Inadimplentes (como o CADIN e o SERASA), o protesto dos valores e a negativa de certidão de regularidade fiscal.

Declaro, em consequência, a resolução do mérito com fundamento no artigo 487, inciso I, primeira figura, do CPC.

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

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Claudionor Miguel Abbs Duarte), convocado nos termos do art. 942, do CPC, após, por unanimidade, rejeitarem a preliminar. No mérito, o relator, acompanhado pelo 2º vogal, negou provimento ao recurso e, o 1º vogal deu provimento ao apelo. O 4º vogal aguarda.

VOTO (EM 22/05/2019)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – Sinditelebrasil, inconformada com a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara de Direitos Difusos e Coletivos da Comarca de Campo Grande, nos autos do mandado de segurança, que, entendeu ter a apelante deduzido a ordem mandamental contra lei em tese, afrontando, assim, o teor do enunciado da Súmula 266, do STF, que obsta o mandado de segurança impetrado em face da letra da lei.

Compareço nesta r. sessão, nos termos do art. 942, do CPC/15, para compor julgamento e, após inteirar-me dos fatos e examinar os estritos da controvérsia, com a vênia do e. relator, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, acompanhar o i. 1º vogal, Des. Dorival Renato Pavan, por entender que, além de não se tratar de hipótese de impetração de mandado de segurança contra lei, em tese, a ordem deve ser concedida para obstar ao apelado a cobrança do adicional de 2% (dois por cento), previsto no art. 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 3.337/06, denominado FECOMP – Fundo Estadual de Combate à Pobreza, incidente sobre o ICMS dos serviços de telecomunicações explorados pelos conveniados da apelante, justamente, por não se tratar de serviço supérfluo a atividade em questão.

Com efeito, assim dispõem os regramentos pelos quais o apelado se vale para lançar a noticiada cobrança pelo apelante:

> *"Lei Estadual nº 3.337 /O6:*
>
> *Art. 20. Constituem receitas do FECOMP:*
>
> *I - o produto da arrecadação do percentual adicionado à alíquota do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços especificados no art. 47-A da Lei no 7,870, de 22 de dezembro de 7997;*
>
> *Lei Estadual nº 1.810/97 (com redação da Lei Estadual no 3.337/06):*
>
> *Art. 41-A. Às alíquotas, previstas nos incisos III a VI e VIII, do art. 47 desta Lei, fica adicionado o percentual de 2% (dois por cento): (...) II - nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior. (...)*

§ 1º O produto da arrecadação, decorrente da aplicação do percentual previsto neste artigo, deve ser destinado, integralmente, ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. (...)

Decreto nº 12.283/07:

Art. 1º As alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) ficam acrescidas de dois pontos percentuais nas operações internas e de importação com os seguintes produtos: (...)

Parágrafo único. O acréscimo de que trata o caput deste artigo aplica- e também à alíquota prevista para as prestações internas de serviços de comunicação e para as iniciadas ou prestadas no exterior"

Ora, sucede que a cobrança impugnada pelo apelante, e regulamentada pelo Poder Executivo Estadual, afronta o § 1º do art. 82 do ADCT/88, ao prever que referido adicional, a título de FECOMP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza, somente pode incidir sobre os produtos e serviços supérfluos, que evidentemente, não se trata dos serviços de telecomunicação.

Ademais, referidos "produtos e serviços supérfluos" não foram sequer estabelecidos na Lei Federal, nos termos do art. 83, do ADCT, não podendo, portanto, o apelado estabelecer referidos critérios, ainda mais, por Decreto, como vimos acima.

"Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Art. 83. Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, II, e 82, § 2º."

Assim, a cobrança impugnada pelo apelante é manifestamente indevida e vedada pelo apelado, por contrariar, expressamente, o precitado comando constitucional previsto no art. 83, do ADCT.

De se considerar, como bem alinhavou o i. Des. Pavan, questão semelhante já foi apreciada pela d. 4ª Câmara Cível, em que restou concedida a tutela de urgência para adequar a incidência do imposto ICMS, no caso de fornecimento de energia elétrica, para o consumo efetivo, justamente, por haver reconhecida a essencialidade do produto ou serviço, e a necessária urgência para a concessão da medida antecipatória. *Verbis*:

"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE OS ADICIONAIS ORIUNDOS DO SISTEMA DE BANDEIRA TARIFÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 300 DO CPC (...) – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

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.

A base de cálculo para a cobrança de ICMS é a demanda de potência efetivamente utilizada pelo consumidor, sem incidência das bandeiras tarifárias, dada a impossibilidade de transferência dos riscos do empreendimento para o consumidor.

De acordo com a súmula 391 do STJ, "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Recurso conhecido e provido." (TJMS. Agravo Interno nº 1409426-51.2017.8.12/50000. 4ª Câmara Cível. Rel. Designado Des. Dorival Renato Pavan. J. 27/03/18. DJ. 03/05/18)

E os serviços de telecomunicações, consabido que é a sua essencialidade, a própria Lei tratou de assim explicitar, como, a título meramente exemplificativo, podemos constatar pelos seguintes atos normativos:

Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), editada na esteira das disposições constitucionais, reforça a importância e a essencialidade desses serviços ao prever, em seus arts. 2º e 5º, que o Poder Público tem o dever de garantir a toda a população o acesso aos serviços de telecomunicação, o qual deve observar os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço.

Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve) que, por reconhecer expressamente que os serviços de telecomunicação são essenciais, impõe que os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, sob pena de caracterização de abuso do direito de greve, que em seu art. 10, inciso VII, dispõe: *"são considerados serviços ou atividades essenciais: (...) VII - telecomunicações*";

O próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.0787/90, que em seu art. 22, estabelece a obrigatoriedade e continuidade das concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, exploram serviços públicos, o fornecimento de *"serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos"*.

Em razão do exposto, com a vênia do o e. relator, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, acompanho o i. 1º vogal, Des. Dorival Renato Pavan, e, nos mesmos termos, dou provimento ao presente recurso.

Julgamento adiado para voto de desempate, após rejeição da preliminar, o relator e o 2º vogal negarem provimento ao recurso e o 1º e 4º vogal lhe darem provimento.

VOTO (EM 19/06/2019)

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

No caso dos autos, acompanho a conclusão do 1º e 4º vogais, Desembargadores Dorival Renato Pavan e Claudionor Miguel Abss Duarte, no sentido, primeiro, de reformar a sentença que extinguiu o processo por inadequação da via eleita (interesse-adequação) e, assim, por conseguinte, considerar cabível o mandado de segurança na hipótese dos autos, porque não se verifica impetração contra lei em tese; e, segundo, prosseguindo para o julgamento do mérito do *writ*, conceder a ordem para afastar a incidência do adicional de alíquota de 2%, destinado ao fundo estadual de combate e erradicação da pobreza, em razão de minha conclusão também ser no sentido de que o serviço de telecomunicação não pode ser considerado supérfluo (por se tratar, inclusive, de serviço essencial, assim definido em lei especial), havendo, assim, violação direta ao art. 82, § 1º, do ADCT.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviços Móvel Celular e Pessoal – Sinditelebrasil e dou-lhe provimento para reformar a sentença, considerando assim cabível o *writ* na espécie, e, no mérito (julgamento da causa madura), conceder a ordem, para afastar a incidência do adicional de alíquota de 2%, destinado ao fundo estadual de combate e erradicação da pobreza, nos termos dos votos dos 1º e 4º vogais, Desembargadores Dorival Renato Pavan e Claudionor Miguel Abss Duarte.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o art. 942, do CPC, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 19 de junho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0800288-88.2013.8.12.0020 – Rio Brilhante

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ACORDO EXTRAJUDICIAL CELEBRADO ENTRE AS PARTES SEM A PRESENÇA DO ADVOGADO DO EXECUTADO – POSSIBILIDADE – INEFICÁCIA DA CLÁUSULA QUE DISPÔS SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO PROFISSIONAL QUE NÃO AQUIESCEU – APLICAÇÃO DO ARTIGO 24, § 4º, DA LEI 8906/94 – CONSEQUÊNCIA JURÍDICA QUE DESÁGUA NA INCIDÊNCIA DO ARTIGO 22, § 2º DO MESMO DIPLOMA LEGAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante disposição contida nos arts. 840 c/c 841 c/c 842 do Código Civil, é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas quanto a direitos patrimoniais de caráter privado, sendo que, se contestados em juízo, a transação será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transatores e homologado pelo juiz.

Logo, a transação de direito disponível discutido em juízo não exige a intervenção de advogados, restando válido e eficaz o acordo pactuado só entre os transigentes, com a ressalva de que não pode prejudicar o direito ao recebimento dos honorários advocatícios convencionais e dos advindos de sentença judicial em prol do profissional que não aquiesceu. Inteligência do artigo 24, § 4º, da Lei 8906/94.

Se os honorários advocatícios não foram fixados anteriormente em favor do advogado apelante, nem mesmo arbitrados, devem ser objeto de postulação na forma estabelecida no artigo 22, § 2º, da mesma Lei 8906/94 (Estatuto do Advogado)

Recurso conhecido e parcialmente provido, para declarar a ineficácia do acordo celebrado entre credor e devedor em relação aos honorários advocatícios do advogado do devedor, agora apelante, que se mune das prerrogativas de seu Estatuto para postular pelo arbitramento judicial do valor correspondente ao trabalho por ele desenvolvido, tanto na execução quanto nos embargos do devedor que foram por ele aviados em favor de seu ex-constituinte.

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 deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de setembro de 2019

Des. Dorival Renato Pavan

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Edson Aníbal interpõe apelação cível às f. 411-422, insurgindo-se contra a sentença de f. 396, proferida pela juíza da Vara Cível de Rio Brilhante, Dra. Mariana Rezende Ferreira Yoshida, que, em embargos à execução que move em face do Banco Do Brasil S/A, extinguiu o processo sem resolução do mérito, por perda de objeto, tendo em vista o acordo celebrado entre as partes nos autos da execução.

Em suma, alega que o acordo foi celebrado sem a anuência de seu advogado e que por isso é nulo, não devendo subsistir.

Contrarrazões às f. 429-436.

É o relatório.

VOTO

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

Edson Aníbal interpõe apelação cível às f. 411/422, insurgindo-se contra a sentença de f. 396, proferida pela juíza da vara cível de Rio Brilhante, Dra. Mariana Rezende Ferreira Yoshida, que, em embargos à execução que move em face do Banco do Brasil S/A, extinguiu o processo sem resolução do mérito, por perda de objeto, tendo em vista o acordo celebrado entre as partes nos autos da execução.

O recurso é tempestivo e o preparo foi devidamente recolhido.

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

Em sentença, a d. juíza de primeiro grau extinguiu os presentes embargos por perda de objeto, tendo em vista acordo nos autos execução, homologado e cumprido.

No recurso, postula-se a nulidade do ato por falta de aquiescência do advogado que patrocinou a causa em prol do executado.

Razão lhe assiste em parte.

Consoante disposição contida nos arts. 840 c/c 841 c/c 842 do Código Civil, é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas quanto a direitos patrimoniais de caráter privado, sendo que, se contestados em juízo, a transação será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

Confira-se:

> *"Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.*
>
> *Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.*
>
> *Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz."*

Portanto, a transação de direito discutido em juízo não exige a intervenção de advogados, restando válido e eficaz o acordo pactuado só entre os transigentes, sendo passível de anulação em ação própria, mediante prova de vício de consentimento.

Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da "prescindibilidade de advogado para que a transação, negócio jurídico de direito material, seja considerada válida e eficaz" (STJ. AgInt no AREsp 818.961/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 27/05/2019, DJe 30/05/2019).

Na mesma esteira, colhe-se precedentes desta Corte Estadual:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ACORDO – ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO – DESNECESSÁRIA – RECURSO DESPROVIDO*
>
> *Observados os requisitos de validade (CC. arts. 104 e 840 e segs.) e ausente qualquer vício de vontade, é possível a homologação do acordo celebrado pessoa capaz que versa sobre direito patrimonial e que, por estar na esfera de disponibilidade das partes, independe da presença de advogado."* (TJMS. Apelação Cível nº 0001733-48.2011.8.12.0020, Rio Brilhante, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 14/06/2019).
>
> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – TÍTULO INEXIGÍVEL – PRETENSÃO DE ANULAR ACORDO FIRMADO SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO – DESNECESSIDADE – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO – VALIDADE DO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE.*
>
> *1. Controvérsia centrada na discussão se o acordo firmado entre as partes e homologado em juízo é válido, mesmo sem a presença de advogado. 2. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, "a transação, negócio jurídico de direito material, prescinde da presença de advogado para que seja considerada válida e eficaz".*
>
> *3. Na espécie, o negócio jurídico firmado entre as partes extrajudicialmente, com firma reconhecida em cartório, e homologado em juízo, mostra-se válido, haja vista não vislumbrar obrigação extremamente desvantajosa assumida pelos agravantes, nem algum motivo para invalidar a representação destes outorgada à sua filha.*
>
> *4. Agravo de Instrumento conhecido e não provido."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1400591-11.2016.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 30/08/2017).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – PRODUTO NOVO QUE APRESENTOU DEFEITO LOGO DEPOIS DE ADQUIRIDO – ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES, TENDO O CONSUMIDOR RECEBIDO UM NOVO PRODUTO, DENTRO DO PRAZO DE TRINTA DIAS PREVISTO NO ART. 18 DO CDC – DESNECESSIDADE DE PRESENÇA DO ADVOGADO – ACORDO FIRMADO ENTRE PESSOAS CAPAZES E MAIORES – OBRIGAÇÃO DE FAZER EXTINTA, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Conforme jurisprudência do STJ, a transação, negócio jurídico de direito material, prescinde da presença de advogado para que seja considerada válida e eficaz.*
>
> *Para a configuração do dano moral é imprescindível a existência de um dano concreto, capaz de gerar transtornos psicológicos indeléveis e não o mero descumprimento ou indignação. No caso, o produto defeituoso foi trocado dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no Código de Defesa dos Direitos do Consumidor (art. 18).*
>
> *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 Cível nº 0805111-51.2012.8.12.0017, Nova Andradina, 3ª Câmara Cível, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 09/05/2017).

No entanto, tal como se entende que a transação de direito disponível disputado em juízo não exige intervenção de advogado, também se compreende que *"a transação firmada pelas partes sem a aquiescência do advogado não tem condão de prejudicar os honorários convencionados e os de sucumbência (...)"* (STJ. AgInt nos EDcl no REsp 1300229/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 20/11/2018).

Nesse sentido, é iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que o acordo firmado entre as partes sem a concordância do advogado não prejudica o direito ao recebimento dos honorários advocatícios convencionais e dos advindos de sentença judicial.

Pois bem.

No acordo, foi a cláusula quinta (f. 391) que tratou dos honorários advocatícios do patrono do executado, cujo teor reproduzo a seguir:

> **CLÁUSULA QUINTA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS AOS PATRONOS DOS EXECUTADOS** - Os Executados, de forma exclusiva, responsabilizam-se pelo pagamento dos honorários advocatícios devidos ao(s) seu(s) Patrono(s), incluindo eventuais honorários de sucumbência deste ou de outros processos que visem à discussão da obrigação acordada, inclusive, mas não só, embargos do devedor, exceção de pré-executividade, ações revisionais e recursos.
> Parágrafo Único – O(s) patrono(s) dos Executados assina(m) o presente instrumento para declarar que aquiesce(m) com a responsabilidade dos Executados pelo pagamento dos honorários, na forma definida no caput desta Cláusula, dando ao Exequente plena, geral e rasa quitação, em relação a quem renunciam a eventual direito de cobrança judicial ou administrativa, para nada mais reclamar do Exequente.

Nota-se que, pelo acordo, o banco estaria totalmente exonerado do pagamento de honorários em prol do advogado do executado, seja nesta demanda, seja em outras referentes à obrigação acordada.

Vê-se, então, que os transigentes, *sponte própria,* retiraram do profissional verba que é sua, malferindo o § 4º do art. 24[1] do Estatuto da OAB, que estabelece:

> *"§ 4º O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença."*

Logo, não obstante as partes tenham firmado o referido acordo, a parte relativa aos honorários advocatícios do causídico que não assinou o documento é ineficaz, pois se trata de parcela autônoma, de caráter alimentar, pertencente exclusivamente ao profissional.

Tanto assim que pela r. Sentença o douto juízo assim deliberou:

> *"Autos nº 0800964-70.2012.8.12.0020.*
>
> *Exequente(es): Banco do Brasil S/A.*
>
> *Executado (s): Edson Anibal, Jairo Azevedo Fernandes e Florinda Quintino De Freitas Fernandes.*
>
> *Vistos, etc.*
>
> *Com base no art. 840 e seguintes, do Código Civil, homologo por sentença, para que surta seus efeitos jurídicos e legais, o acordo de f. 236/239, ressalvados direitos de terceiros não intervenientes no ato.*
>
> *Em consequência, julgo extinto o processo, na forma do art. 924, II, do Código de Processo Civil, eis que o acordo já foi integralmente cumprido (f. 236).*

Determino a baixa das constrições realizadas nos autos, cabendo exclusivamente à parte competente para tanto o cancelamento imediato de eventual inscrição do débito em cadastros de devedores.

Proceda-se o levantamento da penhora efetuada nos presentes autos.

Ante o exposto, com base no art. 924, II, do Código de Processo Civil, extingo o processo.

Certifique-se o trânsito em julgado de imediato, em decorrência da preclusão lógica do direito de recorrer.

Custas remanescentes pela parte executada, conforme acordado.

Traslade-se cópia da presente sentença e do acordo de f. 236/239 para os Autos nº 0800288-88.2013.8.12.0020.

Sem prejuízo, intime-se a parte devedora para pagar os serviços prestados pelo leiloeiro nomeado nos autos, conforme petição apresentada às f. 250/251 dos autos.

Cancele-se os leilões designados. Às providências e, oportunamente, arquivem-se.

Rio Brilhante, 01 de outubro de 2018.

Mariana Rezende Ferreira Yoshida

Juíza de Direito

Assinado digitalmente"

Essa sentença foi produzida nos autos da execução contida em apenso.

Para os presentes autos, de embargos à execução, foi exarada a seguinte sentença (f. 396):

"Autos nº 0800288-88.2013.8.12.0020

Autor (es): Edson Aníbal

Réu (s): Banco do Brasil S/A

Vistos etc.

Considerando que as parte formularam acordo nos autos de execução em apenso, a discussão travada neste processo perdeu seu objeto, faltando, portanto, interesse processual à parte autora para prosseguir na lide.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, extingo o presente processo, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

Custas, em havendo, pela parte autora.

Oportunamente, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe e baixa no Sistema de Automação do Judiciário.

Rio Brilhante, 07 de dezembro de 2018.

Jorge Tadashi Kuramoto

Juiz de Direito em substituição legal

Assinado digitalmente"

Em que pesem os termos do acordo, não resta prejudicada a percepção de eventual verba sucumbencial arbitrada em favor do patrono do executado em alguma das ações que teve por objeto a obrigação acordada, além dos honorários convencionais.

No presente litígio propriamente dito (execução e embargos), a transação foi pactuada antes de haver pronunciamento judicial fixando honorários sucumbenciais.

O que se arbitrou foram os honorários advocatícios iniciais da execução, "*em 10% (dez por cento) da dívida exequenda",* valor a ser reduzido pela metade em caso de pronto pagamento – verba esta integralizada no acordo entabulado entre as partes.

Em prol do patrono do executado, nada foi estabelecido judicialmente nos autos de execução e de embargos à execução.

Assim, tal como entende o STJ,

> *"(...) realizada a transação entre as partes antes de haver pronunciamento judicial fixando honorários, entende-se não haver prejuízo ao causídico constituído, que tinha mera expectativa de direito em relação aos honorários sucumbenciais"* (STJ. REsp 729.021/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/02/2015).

Assim, reconhece-se a ineficácia da cláusula do acordo que dispôs sobre os honorários advocatícios do patrono do executado, assegurando-lhe, assim, o direito de perseguir eventual verba fixada em seu favor em ação que teve por objeto a obrigação acordada, o que, contudo, não se verificou nestas ações de execução e de embargos à execução.

Tal conclusão coaduna com a jurisprudência do STJ:

> *"RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – HONORÁRIOS PARA PRONTO PAGAMENTO FIXADOS EM 10% DO VALOR DA EXECUÇÃO – ADIMPLEMENTO POSTERIOR MEDIANTE TRANSAÇÃO – RECONHECIMENTO DO PEDIDO – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. De acordo com a iterativa jurisprudência desta Corte,* ***o acordo firmado entre as partes, sem a concordância do advogado, não afasta seu direito ao recebimento dos honorários advocatícios convencionais e dos advindos de sentença judicial (Lei 8.906/94, art. 24, § 4º).***
>
> ***2. Realizada a transação entre as partes antes de haver pronunciamento judicial fixando honorários, entende-se não haver prejuízo ao causídico constituído, que tinha mera expectativa de direito em relação aos honorários sucumbenciais. Precedente.***
>
> *3. Na espécie, não houve sentença judicial fixando honorários advocatícios,* ***mas tem-se fixação inicial provisória de honorários na execução.*** *Não foram opostos embargos à execução, nem houve pronto pagamento propriamente, mas t****ransação entre as partes pondo fim à execução de título extrajudicial****, com fundamento no art. 794, II, do Código de Processo Civil.*
>
> *4. O reconhecimento pelo executado de que a transação importou o pagamento do montante total do débito executado, com todos os acréscimos legais decorrentes,* ***equivale ao reconhecimento do pedido (CPC, art. 26) e, na execução, a pronto pagamento, autorizando a execução dos honorários sucumbenciais fixados para tal hipótese.***
>
> *5. Recurso especial parcialmente provido.",* grifei. (REsp 729.021/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015).
>
> *"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ART. 535 DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA*

– PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA Nº 282/STF – RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO – ***TRANSAÇÃO – DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS – CONSEQUÊNCIAS COM RELAÇÃO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS –*** *REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DE PROVAS – INVIABILIDADE – SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ – TRANSAÇÃO CELEBRADA APÓS A RÉPLICA –* ***AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL FIXANDO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO*** *– NÃO INFRINGÊNCIA – DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA – SÚMULA Nº 13/STJ – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.*

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. Ausente o prequestionamento de dispositivos apontados como violados no recurso especial, sequer de modo implícito, incide o disposto na Súmula nº 282/STF.

3. O reconhecimento jurídico do pedido é ato unilateral pelo qual o demandado adere integralmente à pretensão do autor, sendo devidos honorários pela parte que reconheceu, tendo em vista o princípio da causalidade.

4. A transação é negócio jurídico bilateral, realizado entre as partes, caracterizada por concessões mútuas a fim de pôr fim ao litígio e, ***se realizada sem a participação do advogado, não pode prejudicar a verba honorária fixada a seu favor em sentença judicial.***

5. Não fere o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência o acordo celebrado entre as partes, após a réplica, sem que haja nenhum pronunciamento judicial fixando verba honorária.

6. Rever as conclusões do Tribunal de origem - para entender que houve reconhecimento jurídico do pedido em vez de transação - demandaria, além do reexame de todo o acervo documental carreado aos autos de processo distinto, a interpretação das cláusulas contratuais do instrumento de transação, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas nº 5 e nº 7/STJ.

7. O conhecimento do dissídio com base em paradigma do mesmo tribunal fica inviabilizado em virtude da incidência da Súmula nº 13/STJ, segundo a qual "A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial".

8. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e os paradigmas.

9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.", grifei. (REsp 1133638/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 20/08/2013)

Posto isso, deve-se reconhecer que o apelante tem sim direito aos seus honorários advocatícios, direito que não pode ser olvidado em razão do acordo feito pelo seu cliente, sem sua participação.

Todavia, como não houve arbitramento inicial em favor do apelante (mas sim em relação ao *ex adverso*, na ação de execução), quer na execução, quer nos embargos, a hipótese é de aplicação do disposto no artigo 22, § 2º, da Lei 8.906/94 0 Estatuto do Advogado – que estabelece:

"Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB".

Como se mostrou acima, os honorários advocatícios não foram fixados pelo acordo, ineficaz perante o advogado apelante, que tem assegurado o direito de receber os honorários convencionados ou aos que vierem a ser fixados por arbitramento judicial, posto que não arbitrados ou fixados quer no curso da execução, quer no curso dos embargos do devedor, devendo a questão ser solucionada, assim, à luz do disposto no artigo 22, § 2º da Lei 8.906/94, como consequência lógica do estabelecido no art. 24, § 4º, do mesmo diploma legal, antes já transcrito.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação cível e lhe dou parcial provimento para declarar a ineficácia da cláusula quinta do acordo celebrado entre as partes ("honorários advocatícios devidos aos patronos dos executados"), de tal forma que o apelante deverá postular pela percepção de seus honorários, em face de seu constituinte, em ação própria, de arbitramento de honorários advocatícios, tomando-se por base o trabalho desenvolvido tanto na execução quanto nos embargos do devedor por ele opostos ou, se for o caso, aquele que já tiver sido objeto de convenção anterior entre o apelante e o apelado, seu ex-constituinte.

É como voto.

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. Amaury da Silva Kuklinski.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 30 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0016926-63.2011.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – IMPUTAÇÃO DE CRIME – DESTITUIÇÃO DO CARGO DE SÍNDICO – DOCUMENTO JUNTADO EM APELAÇÃO – INADMISSIBILIDADE.

É admitida a juntada de documentos após a petição inicial e contestação nos casos em que tenham se tornado conhecidos, acessíveis ou disponíveis apenas depois de praticados esses atos processuais, o que não é o caso dos autos.

PROCESSUAL CIVIL – DEGRAVAÇÃO DE ASSEMBLEIA CONDOMINIAL RECONHECIDA POR OITO CONDÔMINOS – TEOR COMPATÍVEL COM AS DEMAIS PROVAS DO PROCESSO – VALIDADE.

A gravação ambiental de assembleia de condomínio não depende de autorização dos presentes por se tratar de manifestação em local público, inclusive com redação de ata.

A degravação serve como prova quando confirmada por vários condôminos e quando em consonância com as demais provas dos autos.

VALIDADE DE PROVA TESTEMUNHAL – AMIZADE ÍNTIMA NÃO PROVADA.

O fato de uma testemunha ter conhecimento das consequências emocionais causadas à vítima pela imputação caluniosa de crime não acarreta a suspeição do depoimento, especialmente quando se tratam de condôminos.

IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME – CAMPANHA DIFAMATÓRIA – OFENSA À HONRA – DANO MORAL *IN RE IPSA* – *QUANTUM* MANTIDO – ADSTRIÇÃO À PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA CONTADOS DA DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Os danos morais são devidos *in re ipsa,* bastando, para gerar o respectivo direito, que haja um ato ilícito que represente ofensa à honra e imagem do autor, como ocorre com a imputação falsa de crime e a realização de campanha difamatória em condomínio residencial, culminando com a destituição do autor do cargo de síndico.

A fixação do valor da indenização por danos morais não tem tabelamento e nem se encontra arrolada em lei, devendo ser feita com prudência e moderação pelo magistrado, com observação das diretrizes traçadas para casos semelhantes, sempre levando em consideração o dano experimentado, sua extensão e repercussão na esfera e no meio social em que vive o autor, a conduta que o causou e a situação econômica das partes.

Quanto aos juros de mora incidente sobre o valor da indenização por danos morais, é pacífico o entendimento de que, na hipótese de reparação por dano moral em responsabilidade civil extracontratual, fluem a partir do evento danoso, em consonância com o disposto na Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

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, 6 de novembro de 2019.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às f. 776-795 por Y. S. e J. M. de A. H., insurgindo-se contra a sentença de f. 743-756, proferida pelo douto juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, Dr. Paulo Afonso de Oliveira, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por D. L. na ação de indenização por danos morais ajuizada em face das apelantes e de E. dos S.

O autor ingressou com essa ação alegando que residia no Condomínio Edifício Inah, tendo atuado na condição de síndico nos anos de 2007 a 2009, local em que também residiam as requeridas J. M. de A. H e Y. S.

Afirmou que essas requeridas convocaram uma assembleia de condôminos que deliberou por sua destituição, atribuindo à sua pessoa a prática de diversas irregularidades financeiras, apontando que ele teria desviado recursos, falsificado lâminas de cheques e enriquecido ilicitamente, além de outras imputações caluniosas e difamatórias, que lhe trouxeram grande sofrimento, inclusive o levando a mudar-se do local posteriormente.

Pleiteou a condenação das requeridas ao pagamento de indenização por danos morais.

Em contestação, as rés sustentaram ilegitimidade passiva para responder à ação, bem como ausência de ato ilícito, porquanto o autor e síndico à época dos fatos teria realizado diversas irregularidades, o que ocasionou sua destituição em assembleia de condôminos.

Aduziram que não realizaram quaisquer atos que maculassem a honra ou a imagem do requerente, pleiteando a improcedência dos pedidos.

A requerida E. dos S. também apresentou reconvenção, na qual pleiteia a condenação do autor ao pagamento de indenização por danos morais, indicando que na verdade fora ele quem lhe causara prejuízos com o ingresso de ação judicial sem fundamento.

Impugnação às contestações às f. 527-531.

Contestação à reconvenção à f. 532-534.

Foi realizada audiência de instrução e julgamento (f. 666), momento em que foram colhidos os depoimentos e a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes.

Foram ouvidas duas testemunhas por Carta Precatória (f. 713).

Após apresentação de alegações finais, foi proferida a sentença de f. 743-756, por meio da qual o douto juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar as requeridas J. e Y. ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), sendo metade do valor para cada uma, sem solidariedade.

O pedido foi julgado improcedente quanto à requerida E. dos S., e os pedidos reconvencionais por ela realizados também foram julgados improcedentes.

Irresignadas, as requeridas Y. S. e J. M. de A. H apelam do *decisum* alegando, em síntese, que a degravação da assembleia é nula; que a gravação em muitos momentos foi inaudível; que não se sabe a origem da degravação, a parcialidade da pessoa que a executou e a veracidade das falas ali descritas. Alegam que a transcrição foi reconhecida por apenas 08 (oito) condôminos, o que é um número ínfimo ante a quantidade de apartamentos do edifício (30).

Alegam que mesmo que a mencionada transcrição fosse passível de força probatória, ela não comprova ofensa à honra e à imagem do apelado, mas o pleno exercício de direitos dos condôminos, não sendo tal fato capaz de gerar indenização.

Seguem alegando a nulidade dos depoimentos das testemunhas do apelado alegando que as testemunhas Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro possuem estreitos laços de amizade com o apelado, caracterizando a suspeição.

Afirmam que embora tenham alegado não possuir amizade ou inimizade com quaisquer das partes, eles falam sobre situações íntimas e particulares que não são de fácil acesso a pessoas desconhecidas, como o abalo psicológico sofrido pelo autor e sua esposa, que estava grávida e passava mal.

Seguem afirmando que há boletim de ocorrência registrado por Conceição Izilda Gonçalves Martins, que também é moradora do Edifício Inah, contra ato da testemunha Deise Mineiro, que teria falsificado sua assinatura para compor uma procuração que foi apresentada na assembleia de destituição do apelado. Conclui pela amizade do autor e das testemunhas e quer a nulidade dos depoimentos.

Afirmam que são parte passiva ilegítima porque em momento algum ofenderam a honra do autor. Alegam que a decisão de destituí-lo do cargo de síndico foi feita por meio de votos, vencendo a maioria dos condôminos.

Seguem alegando a inexistência de dano moral; que o que ocorreu foi o livre exercício de um direito, e não um excesso; que não houve imputação caluniosa, injúria ou difamação quanto à pessoa do autor, mas ao fato de que a gestão dele como síndico foi péssima e trouxe prejuízos ao condomínio e aos moradores.

Insurgem-se, por fim, quanto à aplicação dos juros desde o evento danoso, alegando que a data de início é a da prolação da sentença.

Requerem, por fim, a minoração do *quantum* indenizatório.

Requerem o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais. Acaso assim não se entenda, requerem a minoração do valor indenizatório e que a data inicial da incidência de juros seja a data de prolação da sentença.

Juntaram documentos às f. 800-802.

Contrarrazões à f. 804 pugnando pelo desentranhamento dos documentos.

Intimadas, as apelantes manifestaram-se às f. 813-820.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às f. 776-795 por Y. S. e J. M. de A. H, insurgindo-se contra a sentença de f. 743-756, proferida pelo douto juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de

Campo Grande, Dr. Paulo Afonso de Oliveira, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por D. L. na ação de indenização por danos morais ajuizada em face das apelantes e de E. dos S.

Nos termos do artigo 1.010 e parágrafos 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 o preparo encontra-se às f. 797-799.

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

O autor, em contrarrazões de apelação, pugnou pelo desentranhamento dos documentos de f. 800-802 sob o fundamento de que não se trata de fato novo. Afirmou se tratar de falsa notícia de crime e não ser mais possível reabrir a instrução processual para impugnar/comprovar a ausência de veracidade dos fatos ali narrados.

Com razão o apelado.

É imperioso destacar que a lei não proíbe a juntada de documento novo referente a fato velho, desde que se demonstre, justificadamente, que o referido documento novo não pode antes ser juntado.

Não é esse o caso dos autos.

Verifica-se que os boletins de ocorrência de f. 800-802 eram, na realidade, já conhecidos das apelantes, tanto que a eles se reporta a ré J.M. de A.no depoimento de f. 666-667, afirmando claramente que houve boletim de ocorrência registrado por uma funcionária contra o então síndico.

Na mesma oportunidade, registra que também tinha conhecimento da suposta falsificação de assinatura de uma das condôminas em uma procuração, quando afirma que "da outra parte teve uma senhora, uma procuração, que eu recebi e o outro lado também recebeu, só que o cartório recebeu a minha e não reconheceu a outra".

Sobre a produção da prova documental extemporânea, Cândido Rangel Dinamarco leciona:

> *"É excepcional a admissão de documentos novos com as razões ou contrarrazões de recurso, seja porque o contraditório nesse momento já é bem mais restrito, seja porque não comete 'error in judicando' ou 'in procedendo' o juiz que julga contrariamente à realidade dos fatos em virtude de omissões probatórias das próprias partes. Nesses momentos mais avançados, prevalece o disposto no art. 387, para só se admitam documentos (a) 'relativos a fatos ocorridos depois', ou (b) a fatos dos quais a parte tenha tido conhecimento depois e que devam ser tomados em consideração no julgamento (art. 462 - supra, nº 947), ou ainda (c) documentos aos quais a parte só tenha tido acesso depois."* (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 583/584. v. III).

Vê-se, portanto, que o caso dos autos não se enquadra em nenhuma das exceções, motivo pelo qual os documentos de f. 800-802 devem ser desentranhados dos autos.

Como se não bastasse, verifica-se que tais documentos não têm a menor relevância para a solução da controvérsia, o que igualmente contribui para o desentranhamento.

Quanto à transcrição de gravação ocorrida na assembleia em que o autor foi destituído do cargo de Síndico.

Alegam as apelantes, outrossim, que mesmo que a transcrição da degravação ocorrida na assembleia pudesse ter força probatória, ela não comprova ofensa à honra e à imagem do apelado, mas o pleno exercício de direitos dos condôminos, não sendo tal fato capaz de gerar indenização.

Sem razão as apelantes, aqui também.

O douto juiz *a quo* afastou essa alegação na decisão saneadora de f. 566-569 com a seguinte fundamentação:

> *"(...) Por fim, no que tange à "degravação" da suposta assembleia, mantenho nos autos, haja vista a assinatura de alguns condôminos, conforme f. 36.*
>
> *Não há que se falar em nulidade de provas, contudo, impõe-se uma ressalva, mais especificamente o da correta valoração de tal prova sobre os fatos trazidos ao processo, pois tudo será confrontado com os demais documentos juntados e com a prova oral, especialmente."*

E em sentença, ponderou:

> *"(...) Outrossim, a confecção de gravação ambiental de assembleia de condomínio não necessita de autorização de todos os presentes, posto que os participantes sabem que estão manifestando-se em local público, e que inclusive será redigida ata com as manifestações e decisões tomadas. Ademais, a veracidade do conteúdo da degravação fora confirmada por alguns moradores, e inclusive pelas testemunhas Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro, de modo que esta prova poderá validamente ser utilizada para formar o convencimento do julgador, com as cautelas de praxe e conjuntamente aos demais elementos constantes dos autos."*

Tenho que a sentença deve ser mantida no ponto.

Oito condôminos reconheceram que a degravação de f. 37-56 coincide com a verdade dos fatos ocorridos na assembleia (f. 36).

Ademais, como bem salientado pelo juiz *a quo*, tanto na decisão de f. 566-569 quanto na sentença, essa prova foi considerada em conjunto com os demais elementos constantes nos autos, ou seja, ela não serviu como embasamento único e exclusivo do convencimento do julgador.

Como se não bastasse, as próprias apelantes sustentam que mesmo que a mencionada transcrição fosse passível de força probatória, ela não comprovaria ofensa à honra e à imagem do apelado, mas o pleno exercício de direitos dos condôminos, confirmando, portanto, que nada haveria de desabonador nos fatos ali narrados e corroborando com o que está ali documentado, concordando que o que houve teria sido apenas o exercício regular de direito.

Nesse contexto, por não verificar qualquer ilegalidade na degravação de f. 37-56, afasto a alegação de nulidade.

As apelantes seguem alegando a nulidade dos depoimentos das testemunhas do autor, afirmando que as testemunhas Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro possuem estreitos laços de amizade com o apelado, o que caracterizaria a suspeição.

Afirmam que embora tenham alegado não possuir amizade ou inimizade com nenhuma das partes, essas testemunhas falam sobre situações íntimas e particulares que não são de fácil acesso a pessoas desconhecidas, como o abalo psicológico sofrido pelo autor e sua esposa, que estava grávida e passava mal.

Sem razão as apelantes, mais uma vez.

Como visto, o único argumento lançado na tentativa de infirmar os depoimentos das testemunhas Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro é o fato de que essas pessoas falaram de situações íntimas e

particulares do autor, como o abalo psicológico sofrido em decorrência dos fatos narrados na inicial e o fato de a esposa do autor passar mal em razão da gestação.

Ressaltam, em razões de apelação, que a testemunha Deise afirma que "*D. sempre fala que nem quer dinheiro, e que vai doar para uma instituição de caridade, porque o que quer na realidade é mostrar que não fez nada*".

As apelantes concluem, então, que:

> *"(...) esse tipo de comentário não é feito à pessoas aleatórias, em conversas de elevador. Não é possível, ou ao menos sensato, dizer que o Sr. D. deu detalhes sobre as enfermidades de sua esposa, venda de apartamentos, e, ainda, o que faria com o dinheiro no caso de procedência de sua ação às pessoas com quem não possuísse o mínimo de intimidade".*

Com relação à Francisco, afirmam que também ele tinha conhecimento do abalo psicológico do autor em grau muito maior do que meros condôminos, já que este afirmou que:

> *"(...) que o Sr. D. inclusive teve urticária, insônia e reações alérgicas nos braços, demonstrando com as mãos as áreas afetadas. No mais, insta mencionar que o depoimento do Sr. Francisco foi regado de sentimentalismo, dizendo inclusive, que isso o 'faz mal até hoje'".*

Não merece amparo também essas alegações constantes do recurso interposto, na medida em que é presumível que o autor, indignado ante a situação narrada – acusação de desvio de verbas e irregularidades no gerenciamento das verbas condominiais –, desabafasse e fizesse comentários de tal tipo com outros condôminos com os quais possuía maior proximidade, sem se falar aí que poderia existir amizade íntima.

Ora. Comentar a indisposição da mulher grávida e compartilhar com outros condôminos a indignação da acusação que lhe foi dirigida não é apenas possível como bastante provável, sem que isso caracterize amizade próxima capaz de infirmar a retidão do depoimento das testemunhas.

A prova contida nos autos não pode ser desconsiderada em face de uma alegação de tal natureza, a qual haveria de ser tomada em consideração apenas se outros elementos viessem reforçar a prévia existência dessa suposta amizade íntima, como jantares do autor e testemunha, participação comum em festas e eventos sociais, enfim algo concreto que evidenciasse existir a alentada amizade íntima, não evidenciada na espécie.

Logo, rejeito essa argumentação.

No mérito propriamente dito, as apelantes afirmam que são parte passiva ilegítima porque em momento algum ofenderam a honra do autor. Alegam que a decisão de destituí-lo do cargo de síndico foi feita por meio de votos, vencendo a maioria dos condôminos.

Seguem alegando a inexistência de dano moral; que o que ocorreu foi o livre exercício de um direito, e não um excesso; que não houve imputação caluniosa, injúria ou difamação quanto à pessoa do autor, mas ao fato de que a gestão dele como síndico foi péssima e trouxe prejuízos ao condomínio e aos moradores.

Sem razão também aqui.

Primeiro, ilegitimidade de parte não é matéria vinculada ao mérito da ação, mas a condição de existência dela, bastando para aferir essa legitimidade que esteja presente um vínculo de pertinência subjetiva entre o que o autor alega na inicial e os atos praticados por aqueles a quem indica como sendo os responsáveis pela ofensa à sua honra.

E referida pertinência subjetiva se encontra presente, de tal forma que as rés são, sim, parte ilegítimas para figurar no polo passivo da relação processual, como bem decidiu o douto juízo.

Segundo. Observa-se que a conduta imputada às autoras não foi a destituição do autor do cargo de síndico, o que, de fato, é o mero exercício de um direito proposto por um condômino em face do síndico, e deliberado em assembleia geral convocada para tal fim, com a presença de *quorum* e decisão tomada por maioria.

A conduta imputada foi relativa à prática de atos antecedentes à realização da assembleia, em que as rés promoveram a propagação de fato inverídico, a saber, a acusação de que o autor teria realizado diversas irregularidades financeiras, desviando recursos, falsificando lâminas de cheque e enriquecido ilicitamente.

No ponto, cumpre transcrever parte da sentença que perscrutou com brilhantismo as provas carreadas aos autos:

> *"(...) Pelos documentos juntados, testemunhos e do próprio relato das rés, havia um descontentamento de alguns moradores com a administração do autor, posto que este vinha fazendo despesas para realizar benfeitorias no condomínio, o que acarretou aumento dos gastos que cada condômino teria que suportar.*
>
> *Ainda, de acordo com o narrado na exordial e confirmado pelo testemunho de Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro, as rés J. e Y. procuraram diversos moradores do condomínio, literalmente "batendo de porta em porta", no intuito de demonstrar que o autor, ora síndico, estaria cometendo atos de má administração e subtraindo valores do condomínio, inclusive pelo fato de ele ter adquirido um carro novo.*
>
> *Inclusive, as testemunhas Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro confirmaram que as requeridas também lhe telefonaram com o intuito de convencê-los de que o autor estaria "roubando" valores que eram do condomínio, além de diversas outras afirmações difamatórias contra sua pessoa, com objetivo de desacreditá-lo perante os condôminos, com objeto de destituí-lo do cargo de síndico.*
>
> *Outrossim, o modo como a situação ensejadora da destituição do síndico ocorreu causou grandes constrangimentos nos moradores, o que é confirmado pelos testemunhos de Maria de Lurdes Cruz Macedo, Hilda Alexandria Pereira, Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro, de modo que, mesmo com o passar de tantos anos, ainda recordam-se das grandes divergências ocorridas durante a assembleia.*
>
> *Vê-se que as rés J. e Y., na época membros do Conselho Consultivo, contrataram, junto com outros moradores, uma "empresa" de contabilidade para realizar uma auditoria nas contas do condomínio, o que, por si só, é plenamente legítimo. Contudo, antes mesmo da apresentação dos resultados perante os moradores em assembleia, as requeridas J. e Y. procuraram os moradores aduzindo que restara comprovado o desvio de recursos pelo autor, e instigaram os moradores a votarem por sua destituição na assembleia.*
>
> *Tais fatos estão comprovados pelas "procurações para voto" (f. 15-27) que foram apresentadas na assembleia, e que foram obtidas pelas duas requeridas, conforme confirmado pelas testemunhas Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro. Tais procurações foram utilizadas pela requerida Jeane como "voto" em favor da destituição do síndico, mas na verdade não tem validade jurídica, posto que não estão revestidas dos elementos essenciais de uma procuração, sendo apenas uma "declaração" de voto previamente designado, mesmo antes da apresentação perante os moradores do resultado da auditoria.*
>
> *Isso demonstra que as requeridas utilizaram-se do resultado da auditoria para convencer os moradores para votarem na destituição do síndico, antes mesmo da assembleia, no que foi descrito pelas testemunhas como uma verdadeira campanha difamatória contra pessoa do autor.*
>
> *Inclusive, as testemunhas Francisco José Mineiro Júnior e Deise Mineiro também confirmaram que ouviram essas requeridas proferirem acusações e instigarem os moradores a destituírem o síndico, ora autor, indicando que ele estaria subtraindo valores do condomínio.*

Tais fatos geraram muita polêmica e discussão na assembleia realizada, inclusive com diversos insultos contra a pessoa do síndico, o que restou comprovado pela degravação da ata e pelos testemunhos dos autos.

Por outro lado, não restaram confirmadas as alegações das requeridas de que não agiram pessoalmente contra o autor, mas sim que os atos foram realizados pelo Conselho Consultivo.

Nota-se, inclusive, que o edital de convocação (f. 35) para a assembleia que destituiu o síndico fora convocado pelo Conselho Consultivo, o qual era presidido pela ré J. e composto também pela ré Y., mas que não trouxe como assunto a destituição em si, apesar de as rés já terem levado prontas as "procurações para voto" dos moradores que elas sabiam que não estariam presentes.

Ainda, o testemunho de Francisco José Mineiro Júnior é bastante esclarecedor quanto à forma como os fatos se deram, posto que ele afirmou que vários moradores foram procurar a ele e sua esposa dizendo que tinham sido informados pelas rés J. e Y. que o autor estava "roubando", cometendo atos impróprios e que na assembleia que ocorreu no dia 05 de maio foi tudo muito desagradável, que a reunião fora muito disputada, tendo sido marcada em um dia em que o autor/síndico não poderia estar lá, pois ele trabalhava em outra cidade. Em acréscimo, apontou que nessa assembleia o autor foi insultado, achincalhado, sem que pudesse estar presente para se defender.

Portanto, vê-se que as rés J. e Y. ultrapassaram seu direito à liberdade de expressão e abusaram de seu direito de resguardar a sanidade das contas do condomínio, tendo prevalecido de seus cargos no Conselho Consultivo para realizarem uma campanha difamatória e caluniosa contra o autor, o que concluiu com sua destituição do cargo de síndico sem que pudesse apresentar qualquer defesa, e em assembleia a qual não fora especificamente convocada pra tal fim.

Percebe-se claramente que as rés desvalorizaram a conduta do autor enquanto síndico, ultrapassando o que seria uma cobrança por sua conduta administrativa, ingressando na esfera pessoal e fazendo surgir um descrédito junto aos moradores em relação a suas atitudes morais e éticas, o que, por certo, ultrapassa o mero aborrecimento, atingindo valores considerados pelo ser humano como essenciais.

O comportamento atribuído ao autor, de que teria subtraído valores do condomínio, atinge direitos da personalidade, protegidos constitucionalmente.

Ademais, em relação aos próprios resultados da auditoria, restou demonstrado que havia algumas irregularidades quanto aos procedimentos burocráticos e lides administrativas, como emitir cheques não nominais, deixar de registrar fatos em livro de ocorrência, realizar pagamentos a pessoas físicas mediante recibos preenchidos a mão e sem todos os dados, entre outros.

Contudo, nada restou comprovado quanto à qualquer desvio de valores ou aproveitamento do cargo em benefício próprio, como, inclusive, indicaram insistentemente as contadoras que apresentaram os resultados da auditoria na assembleia.

Inclusive, a própria requerida Jeane confirmou em seu depoimento que sequer fora registrado boletim de ocorrência em relação aos fatos, o que derruba por terra as alegações de desvio de valores, já que este seria o mínimo a ser realizado caso qualquer indício tivesse aparecido.

Ademais, todas as testemunhas demonstraram gostar da atuação do autor enquanto síndico, e que não viam problemas em sua administração.

Denota-se, assim, que a conduta das rés J. e Y. foi manifestamente ilícita e configurou nítido abuso do direito de expressão.

(...)

Por outro lado, em continuidade à análise das condutas das rés J. e Y., vê-se que sua livre expressão é limitada pelo direito do autor a sua honra e imagem, de sorte que não podem imputar-lhe fatos de forma abusiva.

A descrição dos fatos, por conseguinte, relativamente à esta duas requeridas, amolda-se perfeitamente ao insculpido no art. 186 do Código Civil, não restando dúvida quanto à ocorrência de ilícito civil, pois houve abuso do direito à liberdade de manifestação do pensamento, afetando a imagem e a honra do autor perante terceiros."

Exaurido o tema na própria sentença, é desnecessário tecer maiores fundamentações a respeito da conduta da requeridas que, como visto, não se limitou à destituição do autor do cargo, mas a uma verdadeira campanha difamatória antecedente à assembleia, com imputação de crime não comprovado.

Veja-se que houve uma auditoria contratada pelas rés, que provariam os atos criminosos que estariam sendo praticados pelo autor, tal como propagado por elas a diversos condôminos, alguns dos quais, inclusive, obtiveram procuração para votação na assembleia.

Todavia, como bem sustentou o douto juízo de primeiro grau, em trecho já acima transcrito:

"(...) Ademais, em relação aos próprios resultados da auditoria, restou demonstrado que havia algumas irregularidades quanto aos procedimentos burocráticos e lides administrativas, como emitir cheques não nominais, deixar de registrar fatos em livro de ocorrência, realizar pagamentos a pessoas físicas mediante recibos preenchidos a mão e sem todos os dados, entre outros.

Contudo, nada restou comprovado quanto à qualquer desvio de valores ou aproveitamento do cargo em benefício próprio, como, inclusive, indicaram insistentemente as contadoras que apresentaram os resultados da auditoria na assembleia."

Ou seja, os fatos divulgados pelas acusações feitas, materializadas pelos testemunhos que existiram nos autos e destacados pelo douto magistrado de primeiro grau, não resultaram provados, em especial as acusações de falsificação de cheques e de enriquecimento ilícito.

Nesse contexto, é evidente que houve ilícito e que tal ilícito atingiu a honra do autor, mesmo que a assembleia geral tenha deliberado – pelos fatos apontados na referida auditoria, mas não pelos fatos expostos pelas rés como sendo estes mesmos verdadeiros – destituir o autor do cargo.

O autor poderia até ter se insurgido contra essa deliberação, judicialmente, apontado nulidades do procedimento que desaguou na assembleia, e nesta mesma, mas tal possibilidade encontra-se na seara da esfera de seu direito pessoal, que pode exercitá-lo ou não, porque o uso do direito da ação é uma faculdade, e não uma obrigatoriedade.

Nem mesmo poderia haver condicionamento da propositura dessa ação como pressuposto para a ação de indenização, na medida em que, reafirmo, o autor propôs a ação pelos atos ilícitos cometidos pelas duas rés antes da realização da assembleia, divulgando fatos que não resultaram provados nem mesmo na auditoria por elas contratada.

A lesão moral é induvidosa, tal como concluiu o douto magistrado de primeiro grau.

Do dano moral

Tem-se adotado o ponto de vista da razoabilidade humana para se aferir a existência ou não de uma efetiva lesão moral, partindo-se do critério objetivo do homem-médio, ou seja, perguntando-se se na situação uma pessoa normal padeceria de um considerável sofrimento, donde, então, se extrairia uma presunção do acometimento do dano extrapatrimonial.

Aproveitando o ensejo, esclareço que, a depender das circunstâncias do fato, *"o dano existe no próprio fato violador (...) Nesse sentido é que se fala em damnum in re ipsa."*[1]. Nessas hipóteses, o dano existe, pois, *"tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização"*[2].

Melhor esclarecendo, cumpre dizer que na órbita do dano moral puro a ofensa decorre do ato praticado pelo ofensor, independentemente de comprovação de prejuízo material ou mesmo do sofrimento, visto que a obrigação de reparar o dano é proveniente da ofensa à honra subjetiva, que é presumida. O dano moral, nesses casos, é chamado *in re ipsa*, pois decorre da mera existência do fato, não sendo exigível a demonstração de prejuízo advindo de tal.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, adota o mesmo entendimento supracitado, o qual também acompanho, qual seja: de que em relação ao dano moral, em si mesmo, puro, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento, etc.

Por isto está correta a r. sentença quando o douto magistrado afirma (f. 752):

> *"(...) Inegável, também, a ocorrência de danos morais, posto que nítida a ofensa à honra do requerente, que foi vítima de fatos desabonadores de sua vida profissional, enquanto síndico, passou por constrangimentos e foi destituído de seu cargo através de uma campanha desabonadora realizada pelas rés. Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes in Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Renovar, Rio de Janeiro, 2.003, p. 157/159:*
>
> *"Quando os atos ilícitos ferem direitos da personalidade, como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, a própria violação causa danos morais in re ipsa, decorrente de uma presunção hominis.*
>
> *Quando, porém, os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, mas originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas, pode haver dano moral indenizável, se houver prova de sua intensidade em patamar superior ao dos aborrecimentos e dissabores a que todos se sujeitam a próprios da vida cotidiana.*
>
> *A ofensa imposta ao requerente pelas palavras e atitudes das requeridas sem dúvida causam angústia com estatura suficiente a ensejar indenização. Os fatos tiveram intensidade suficiente para tipificar o dano moral indenizável, ultrapassando o patamar de mero desconforto típico da vida cotidiana.*
>
> *O dano também pode ser comprovado pelos depoimentos das testemunhas que descreveram a atitude do autor após a situação constrangedora, que, inclusive passou a tomar medicamentos e precisou realizar tratamentos médicos em razão do ocorrido. Ainda, sua esposa estava grávida no período e também sofreu as consequências dos fatos".*

Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa.*

É justamente o caso dos autos, haja vista que a imputação falsa de crime atingiu a honra direta do autor, causando-lhe, evidentemente, dor, angústia, constrangimento, mormente em face do ambiente no qual ocorreu – condomínio em que residia.

Daí porque entendo que há dano moral passível de indenização.

Quantum indenizatório.

Em relação ao valor da indenização por danos morais, entendo que ele deve ser fixado com ponderação, levando-se em conta o dano experimentado, a conduta que o causou e a situação econômica das partes. Não

1 In: BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo, RT, 1993. p. 204.

2 In: STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. RT. p. 1718..

deve ser excessivo, para evitar enriquecimento sem causa de quem o recebe, nem deve ser inexpressivo, estimulando a reincidência da parte condenada.

No Direito Brasileiro predomina o critério do arbitramento pelo juiz, por meio do qual este se vale de um juízo discricionário a fim de estabelecer o valor indenizatório. Em outras palavras, não existindo um critério objetivo e matemático para tanto, cabe, então, ao magistrado a peculiar tarefa de, a depender das circunstâncias de cada caso, decidir qual a justa e razoável recompensa pelo dano moral sofrido.

Cumpre destacar que essa fixação não se dá ao bel prazer do magistrado. Este deve,

> *"(...) ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo"*[3].

Entretanto, essa margem de discricionariedade e subjetividade do juiz é limitada, na medida em que há de se considerar elementos, como, por exemplo, as condições das pessoas em litígio, em especial as econômicas e sociais, as consequências do evento danoso, sua durabilidade, etc., atendendo, dessa forma, aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a proporcionar compensação pelo dano experimentado pela vítima, minorando-lhe os efeitos adversos do dano sofrido.

Haverá de ser considerado, ainda, que o valor arbitrado deve punir os ofensores, desmotivando-os para a prática de atos de idêntica natureza e, finalmente, que o valor fixado seja causa de enriquecimento da vítima, ultrapassando os objetivos da própria reparação que não está voltada para tal propósito.

No caso dos autos, entendo que o valor arbitrado pelo juiz (R$ 10.000,00) atende os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, servindo, de um lado, para compensar a dor do autor e de outro para servir de desestímulo para práticas semelhantes.

Como bem anotado pelo juízo *a quo*, é preciso considerar a extensão do dano – cometido perante várias pessoas – e as consequências dele – destituição do autor do cargo de síndico.

Sendo assim, nego provimento ao recurso também quanto ao ponto em questão, mantendo a indenização fixada em R$ 10.000,00, sendo que cada requerida arcará com metade do valor arbitrado.

Quanto aos juros.

Quanto ao termo inicial dos juros de mora, melhor sorte não lhes assiste.

Agiu, pois, com acerto o juízo *a quo* ao determinar a sua incidência desde o evento danoso.

Isso pela razão de que a responsabilidade civil no caso em comento é extracontratual, importando, assim, na aplicação da Súmula 54/STJ[4].

Posto isso, nego provimento ao recurso também nesta parte.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação de Y. S. e J. M. de A. H, e lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

Na forma do § 11 do art. 85 do NCPC, condeno as apelantes ao pagamento de honorários advocatícios recursais, os quais fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais);

---

3 TJMG. AC 87.244. Terceira Câmara. Julgamento: 9/4/1992. *In*: GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 9ª edição, Editora Saraiva, p. 587.

4 Súmula 54/STJ: os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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

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

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação nº 0809022-17.2015.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – AUSÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES – VEÍCULO DO SAMU QUE ATROPELOU FILHO DA AUTORA – VÍTIMA QUE VEIO A ÓBITO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO CONDUTOR – PROVA DE CULPA DO AGENTE CAUSADOR DO DANO – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – DANO MATERIAL – PENSÃO MENSAL – TERMO FINAL – EXPECTATIVA MÉDIA DE VIDA DO BRASILEIRO SEGUNDO TABELA DO IBGE – JUROS PARTIR DA CITAÇÃO – ART. 1º-F, DA LEI Nº 9.494/1997, COM REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009 – CORREÇÃO MONETÁRIA – IPCA-E – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS* – DANO MORAL – DEVIDO – REDUÇÃO DO *QUANTUM* – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – ARBITRAMENTO EM FASE DE LIQUIDAÇÃO – APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS.

A responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é objetiva e baseia-se na teoria do risco administrativo.

Não demonstradas causas que excluam a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, relacionados a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, emerge a sua obrigação de indenizar pelo fato lesivo causado.

A responsabilidade do motorista da ambulância do SAMU é subjetiva, impondo a comprovação de ação ou omissão imputável ao agente, a sua culpabilidade, o dano provocado, bem como o nexo de causalidade entre eles, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Sendo a conduta do condutor do veículo determinante para o evento danoso, consubstanciado na inobservância do dever de cuidado e em ausência de prudência, é forçoso reconhecer a culpa pelo acidente de trânsito.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a pensão por morte de filho maior de idade depende da comprovação da dependência econômica dos pais em relação à vítima na época do óbito, situação esta comprovada nos autos pelo conjunto probatório.

Quanto ao cálculo do pensionamento, o Superior Tribunal de Justiça fixou para os casos de morte de filho maior que o valor deve corresponder a 2/3 (dois terços) do último salário recebido pela vítima a partir da data do falecimento, reduzido para 1/3 (um terço) a partir de quando o filho completaria 25 (vinte e cinco) anos, tendo por termo final a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento dos beneficiários, o que ocorrer primeiro.

Na hipótese de morte de familiar, o dano moral configura-se de forma *in re ipsa*, uma vez que o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares próximos à vítima.

Para a fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atento sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

A fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral deve aproximar-se criteriosamente do necessário à compensação da vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da

conduta ilícita, atendendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Não atendidos tais parâmetros, comporta redução o *quantum* indenizatório.

Em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, os juros moratórios – a contar da citação - devem ser calculados com respaldo no índice oficial de remuneração básica e juros incidentes sobre a caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997. Quanto à correção monetária, nos termos da recente decisão proferida pelo STF no julgamento do RE nº 870.947 (tema 810), deve ser adotado o índice IPCA-E, por ser considerado o mais adequado para recompor a perda do poder de compra. Contudo, como forma de evitar a *reformatio in pejus* não comporta reforma sentença que determinou a TR até 25/03/2015 e, após, o IPCA-E.

Nas ações em que for sucumbente a Fazenda Pública, não sendo líquida a sentença, a definição do percentual dos honorários advocatícios somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 1º de outubro de 2019.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do CPC e Enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

Trata-se de remessa necessária e recurso voluntário interposto pelo Município de Campo Grande em face da sentença que, nos autos da ação indenizatória movida por Sirleide Rosana de Freitas Anário Sobrinho, julgou procedente os pedidos para condenar o réu ao pagamento de danos materiais e morais.

Alega que não há prova do nexo causal entre o evento danoso e o ato perpetrado pelo Poder Público, tanto que *"o denunciado, motorista do SAMU, não foi condenado a qualquer pagamento de verba indenizatória, vez que pelas condições do local em que ocorreu o acidente verificou-se que o atropelamento era inevitável"*.

Aduz que o acidente aconteceu no período noturno e a sinalização estava inadequada para o local e horário.

Afirma que *"quando do chamamento da ambulância para a prestação de socorro foi informado a localização errada do acidente"*, incidindo a excludente de responsabilidade proveniente do fato de terceiro.

Caso mantido, pretende a redução do *quantum* fixado a título de danos morais por desrespeito caráter punitivo e ressarcitório, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, importando em enriquecimento sem causa.

Pretende, ademais, a exclusão dos danos materiais (pensão mensal) por inexistir prova nos autos de que a vítima do acidente contribuía com as despesas da apelada e com o sustento da família.

Assevera que a fixação da pensão mensal incida *"tão somente até o momento em que a vítima atingisse a idade de 25 (vinte e cinco) anos"*.

Defende a correção monetária nos moldes do art. 1-F, da Lei 9494/97 com as ressalvas decorrentes do julgamento do RE nº 870.947 pelo STF, bem como da redução da verba sucumbencial.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO (EM 10/09/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e recurso voluntário interposto pelo Município de Campo Grande em face da sentença que, nos autos da ação indenizatória movida por Sirleide Rosana de Freitas Anário Sobrinho, julgou procedentes os pedidos para condenar o ente público réu ao pagamento de danos materiais e morais.

Segundo se extrai dos autos, a autora narrou que seu filho foi vítima de acidente de trânsito, quando trafegava com sua motocicleta Honda 150 na BR 163, entre o Distrito de Anhanduí e Campo Grande, após o posto da polícia rodoviária, sendo socorrido por terceiros que solicitaram o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU, que imprudentemente e sem se assegurar dos cuidados necessários com a integridade das pessoas e veículos que se encontram no percurso, atropelou a vítima que mesmo socorrida não resistiu aos ferimentos e veio a óbito. Por tais razões, requereu indenização por danos matérias e morais.

Em contestação (f. 66-85), o Município réu refutou a pretensão deduzida na exordial e denunciou a lide o condutor da ambulância (José Rodrigues Peixoto).

Acolhida a denunciação (f. 123) e realizada a citação (f. 164), o denunciado contestou a demanda (f. 165-178).

Após a instrução do feito, com a produção de prova testemunhal (f. 235-236, 284), sobreveio sentença, submetida a remessa, contendo o seguinte dispositivo:

> *"[...] Ante o exposto, julgo procedente o pedido e condeno o Município de Campo Grande a pagar à autora a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização pelos danos morais sofridos, corrigidos monetariamente a partir desta sentença e acrescido de juros de mora simples desde a citação. Condeno-o também, a pagar à autora pensão mensal no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário que o de cujus percebia na data de seu falecimento (R$ 829,00), até a data em que ele atingiria a idade de 25 anos, quando deverá ser reduzida para 1/3 (um terço) do valor e devida à genitora até a data em que o de cujus completaria 70 anos de idade ou enquanto ela viver, o que correr primeiro, e permanecer a necessidade. Condeno o Município de Campo Grande ao pagamento de honorários de advogado, que fixo em 10% sobre o valor da condenação e deixo de condená-lo em custas processuais em razão da sua isenção legal. Os valores devem ser corrigidos monetariamente pela Taxa Referencial até 25 de março de 2015; e, a partir de 26 de março de 2015, a correção monetária será pelo IPCA-E. O valor corrigido será acrescido de juros de mora simples, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, conforme ADI 4357 e 4425. Decorrido o prazo para o recurso voluntário, encaminhem-se os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para o reexame necessário, nos termos do art. 496 do Código de Processo Civil"* (f. 307-320).

Inconformado, o Município recorre pretendendo a reforma do decisum.

Nas razões recursais alega que não há prova do nexo causal entre o evento danoso e ato perpetrado pelo Poder Público, tanto que *"o denunciado, motorista do SAMU, não foi condenado a qualquer pagamento de verba indenizatória, vez que pelas condições do local em que ocorreu o acidente verificou-se que o atropelamento era inevitável"*. Aduz que o acidente aconteceu no período noturno e a sinalização estava inadequada para

o local e horário. Afirma que *"quando do chamamento da ambulância para a prestação de socorro foi informado a localização errada do acidente"*, incidindo a excludente de responsabilidade proveniente do fato de terceiro. Caso mantido, pretende a redução do *quantum* fixado a título de danos morais por desrespeito ao caráter punitivo e ressarcitório, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, importando em enriquecimento sem causa. Pretende, ademais, a exclusão dos danos materiais (pensão mensal) por inexistir prova nos autos de que a vítima do acidente contribuía com as despesas da apelada e com o sustento da família. Aponta que a fixação da pensão mensal incida *"tão somente até o momento em que a vítima atingisse a idade de 25 (vinte e cinco) anos"*. Defende a correção monetária nos moldes do art. 1-F, da Lei 9494/97 com as ressalvas decorrentes do julgamento do RE nº 870.947 pelo STF, bem como da redução da verba sucumbencial (f. 327-351).

Feitos estes apontamentos, passo à análise conjunta do recurso voluntário e do reexame.

Do dever de indenizar

O cerne da questão posta em debate está em saber se restaram satisfeitos os requisitos que impõem a responsabilidade civil do município apelante e do denunciado em razão de acidente de trânsito narrado nos autos.

Como é cediço, a responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é objetiva e baseia-se na teoria do risco administrativo. *In verbis*:

> *"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".*

José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

> *"**A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço**. **O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva**. Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in eligendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando). O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. **Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa**. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima. [...] O mais importante, no que tange á aplicação da teoria da responsabilidade objetiva da Administração, é que, presentes os devidos pressupostos, tem esta o deve de indenizar o lesado pelos danos causados que lhe foram causados sem que se faça necessária a investigação sobre se a conduta administrativa foi, ou não, conduzida pelo elemento culpa".* (Manual de direito administrativo. 26. ed. Atlas. p. 560-561). (g.n.)

Portanto, não demonstradas causas que excluam a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, relacionados a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, emerge a sua obrigação de indenizar pelo fato lesivo causado.

Tal questão, inclusive, ficou reconhecida em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO – ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. [...]"* (RE 841526, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-159 Divulg 29-07-2016 Public 01-08-2016)

Por sua vez, no que diz respeito à responsabilidade civil do denunciado José Rodrigues Peixoto, condutor da viatura do SAMU, o dever de indenizar é reconhecido diante da existência de ação ou omissão imputável ao agente, a sua culpabilidade, o dano provocado, bem como o nexo de causalidade entre eles, nos moldes dos arts. 186 e 927 do Código Civil:

> *"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."*

Por essa perspectiva, passo ao exame dos fatos deduzidos nos autos.

Da análise do conjunto probatório, o acidente é fato incontroverso assim como o fato de a ambulância do SAMU ter atropelado Paulo Vítor Freitas de Arruda, filho da autora/apelada, que não resistiu aos ferimentos e veio a óbito, conforme se verifica do boletim de ocorrência:

> *"(...) Acionados em uma ocorrência as 01:12 hs, de queda de moto em via pública, ao chegarmos no local fomos surpreendidos com a vítima já caída ao solo ocorrendo o atropelamento do mesmo (passando com a ambulância em cima da vítima)" (f. 41)*
>
> *Consta, ademais, laudo pericial que considerando:*
>
> *"(...) o histórico do fato, registro do atendimento médico, diagnóstico e cirurgia neurológica, entende o perito que a causa morte é compatível com o histórico médico e do boletim de ocorrência policial, ou seja, traumatismo crânio encefálico por agente contundente, resultante de atropelamento (acidente de trânsito)"* (f. 55).

A prova testemunhal colhida é uníssona no sentido de confirmar o atropelamento da vítima pela ambulância do SAMU. Ainda é possível verificar que, mesmo não sendo a sinalização empregada a mais adequada para a via, era perfeitamente possível aos motoristas de carros e carretas visualizarem a existência de uma situação anormal na pista, tanto que outros veículos reduziram a velocidade e desviaram. A sinalização por meio pisca alerta dos carros e triângulo permitiam a identificação do acidente.

Nesse cenário, não se encontra presente a excludente de responsabilidade da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o que leva à procedência dos pedidos iniciais.

Comprovado, portanto, que a vítima foi atropelada por uma ambulância do SAMU, conduzida pelo denunciado José Rodrigues Peixoto, resta demonstrado o nexo de causalidade entre o ato da administração e o dano sofrido.

Colhe-se, a respeito, o seguinte julgado desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – ALEGAÇÃO DE FATO DE TERCEIRO AFASTADA – ÔNUS DA PROVA – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS E MAJORADOS – RECURSO DO ESTADO CONHECIDO E IMPROVIDO – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 373 do Código de Processo Civil estabelece um critério na distribuição do ônus da prova, estabelecendo que 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, competindo ao réu carrear fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Deve ser incluído ao dano material as despesas decorrentes do acidente noticiado, por ter o autor se desincumbido da prova do fato constitutivo de seu direito. Recurso do Estado conhecido e improvido. Recurso da autora conhecido e provido."* (TJMS. Apelação Cível nº 0801516-78.2017.8.12.0046, Chapadão do Sul, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 30/05/2019, p: 31/05/2019)

Irreparável, assim, a sentença proferida no ponto que reconheceu o dever de indenizar do município apelante.

Contudo, no caso em apreço não há dúvidas sobre a responsabilidade também do motorista da ambulância do SAMU, sendo a sua conduta determinante para o evento danoso, consubstanciado na inobservância do dever de cuidado.

Quanto ao tema, a prova testemunhal não deixa dúvidas.

A testemunha Eduardo Valejo Ribeiro, que acionou o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU, enfatizou que ao retornar da cidade de Nova Andradina/MS para Campo Grande/MS, avistou a vítima deitada na pista contrária à que ele transitava, retornou para verificar e observou que a vítima estava consciente. Esclareceu que outros dois carros pararam para socorrer e todos estavam com o pisca alerta ligado, com os faróis em meia luz e segurando os triângulos e os movendo para os veículos pudessem ver. Enfatizou que a ambulância vinha muito rápido e arrastou a vítima.

As testemunhas Clotilde Nayara Gomes de Albuquerque e Kelly Nayara Gomes de Albuquerque, ouvidas na mesma oportunidade e que se encontravam no local dos fatos, corroboraram a dinâmica do evento danoso.

A testemunha Edinaldo Paes da Silva, que é técnico em enfermagem e estava na ambulância do SAMU, asseverou que foram acionados por conta de vítima por acidente de moto a uma distância de 10 km da base, e ao se dirigir para o local *"do nada apareceu umas lâmpadas à esquerda"* e *"do nada apareceu um monte de gente"*, distante de 5 (cinco) ou 10 (dez) metros do local onde se encontrava a vítima, não conseguindo o condutor da ambulância frenar, embora tenha visto a presença de um triângulo. Ao final do depoimento, afirmou que chamou a atenção o farol do carro em sentido contrário e nesse momento teve a percepção de que poderia ser aquele o local do acidente, acreditando que isso ocorreu entre 100 a 200 metros do local.

A testemunha Paula Helena Nascimento Albaneze Amendola, enfermeira do SAMU e que também estava na viatura, relatou que somente avistou quando já *"estava em cima do acidente"* e só percebeu quando as *"pessoas saíram pulando e gritando"*, bem como recordou que haviam dez pessoas no local.

Nesse contexto, está comprovado que a ambulância do SAMU atropelou a vítima Paulo Vítor Freitas Tavares de Arruda e culminou no seu falecimento, por culpa do condutor, ora denunciado José Rodrigues Peixoto, agindo com imprudência e imperícia na condução da viatura, especialmente porque é motorista profissional e dirigia sem visibilidade adequada por se tratar de período noturno e sem a indicação exata do local do acidente, o que só reforça a necessidade de maior prudência.

Por último, vale ressaltar que por ocasião do julgamento do feito na esfera criminal (nº 0007477-42.2015.8.12.0001), foi reconhecida a culpa do denunciado José Rodrigues Peixoto quanto ao acidente de trânsito.

Portanto, impõe-se a reforma da sentença com o dever de indenizar do denunciado.

Dos danos materiais

Preceitua o art. 948, inciso II, do Código Civil, no que toca ao pensionamento decorrente de homicídio a indenização consiste, sem excluir outras reparações *"na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima."*

Sobre o tema, o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, demonstrado o vínculo de parentesco entre o pretendente ao pensionamento e o falecido, há presunção de dependência econômica quando o filho falecido for menor de idade ou em se tratando de família de baixa renda.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – RESPONSABILIDADE – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – INADMISSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ – MORTE DE FILHO MENOR – PENSÃO – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA – SÚMULA Nº 83/STJ – DECISÃO MANTIDA. [...] 3. "Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, a dependência econômica dos pais em relação ao filho menor falecido é presumida, mormente em se tratando de família de baixa renda" (AgRg no Ag nº 1247155/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/2/2012, DJe 29/2/2012). [...]"* (AgInt no AREsp 1047018/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 29/06/2017)

Por outro lado, a pensão por morte de filho maior de idade depende da comprovação da dependência econômica dos pais em relação à vítima na época do óbito.

A respeito:

> *"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – APLICAÇÃO DO CPC/73 – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PENSÃO MENSAL EM FAVOR DOS GENITORES DA VÍTIMA MAIOR DE IDADE – PROVA DO PREJUÍZO ECONÔMICO – MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – INVIABILIDADE – SÚMULA 7/STJ – SEGURO DPVAT – DEDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DA QUANTIA PELOS SUCESSORES DA VÍTIMA – DESNECESSIDADE – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. [...] 3. A concessão de pensão por morte de filho que já atingiu a idade adulta exige a demonstração da efetiva dependência econômica dos pais em relação à vítima na época do óbito. Precedentes. [...]"* (REsp 1616128/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 21/03/2017)

No caso em apreço, observa-se que a vítima, filho da autora/apelada contava com 20 (vinte) anos de idade quando veio a falecer em decorrência do acidente de trânsito.

Pelos depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, é possível aferir que o falecido era solteiro, residia e auxiliava materialmente com as despesas financeiras da casa e da autora/apelada. Corrobora essa afirmação a Carteira de Trabalho e Previdência Social de f. 58-59.

Desse modo, demonstrada a dependência financeira da autora/apelada em relação ao seu falecido filho, deve ser mantida a sentença que deferiu a pensão mensal em seu favor.

Quanto ao cálculo do pensionamento, o Superior Tribunal de Justiça fixou para os casos de morte de filho maior que o valor deve corresponder a 2/3 (dois terços) do último salário recebido pela vítima a partir da data do falecimento, reduzido para 1/3 (um terço) a partir de quando o filho completaria 25 (vinte e cinco) anos, tendo por termo final a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento dos beneficiários, o que ocorrer primeiro.

Nesse trilhar:

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROPOSTA PELOS PAIS DA VÍTIMA – RECURSO ESPECIAL DOS AUTORES – 1. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE. 2. PENSIONAMENTO – TERMO FINAL. 3. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54/STJ – RECURSO ESPECIAL DO RÉU. 4. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CRIMINAL E CIVIL. 5. PROVIMENTO DO RECURSO DOS AUTORES. [...] 2. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, é devido o pensionamento aos pais, pela morte de filho, nos casos de família de baixa renda, equivalente a 2/3 do salário mínimo ou do valor de sua remuneração, desde os 14 até os 25 anos de idade e, a partir daí reduzido para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito ou até o falecimento dos beneficiários, o que ocorrer primeiro. No caso, tendo os recorrentes formulado pedido para que o valor seja pago até a data em que o filho completaria 65 (sessenta e cinco) anos, o recurso deve ser provido nesta extensão, sob pena de julgamento ultra petita. [...]"* (REsp 1421460/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 26/06/2015)

Em consulta à tabela divulgada pelo IBGE, a expectativa de vida para homens no ano de 2014 foi de 71 (setenta e um ano) anos.

Sendo assim, impõe-se manter o termo final considerado em sentença, qual seja, 70 (setenta) anos de idade.

Do dano moral.

A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Ao assim fazer, conferiu ao dano moral uma nova feição, haja vista que a dignidade humana é a base dos valores morais, na qual se inserem os direitos à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem, nome, liberdade, dentre outros atributos da personalidade.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

> *"Dano moral, à luz da Constituição vigente, em sentido amplo é a agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequências. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém"* (Programa de responsabilidade civil. 11. ed. Atlas. p. 111-112).

Em suma, dano moral deve ser entendido como à violação do direito à dignidade.

No caso concreto, o acidente relatado na exordial ocasionou, por óbvio, danos de ordem moral, na medida que acarretou no falecimento do filho da autora/apelada.

Em casos tais, na hipótese de morte de familiar, o dano moral configura-se de forma *in re ipsa*, uma vez que o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares próximos à vítima.

A respeito:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA – MORTE DA VÍTIMA – DANOS MORAIS AOS IRMÃOS – CABIMENTO – DESPESAS DE FUNERAL E SEPULTAMENTO – PROVA – DESNECESSIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Presume-se o dano moral na hipótese de morte de parente, tendo em vista que o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares próximos à vítima. 2. Os irmãos, vítimas por ricochete, têm direito de requerer a indenização pelo sofrimento da perda do ente querido, sendo desnecessária a prova do abalo íntimo. No entanto, o valor indenizatório pode variar, dependendo do grau de parentesco ou proximidade, pois o sofrimento pela morte de familiar atinge os membros do núcleo familiar em gradações diversas, o que deve ser observado pelo magistrado para arbitrar o valor da reparação. 3. Na presente hipótese, foi fixada a indenização por danos morais aos irmãos da vítima no valor correspondente a R$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia razoável e proporcional ao montante arbitrado aos genitores (R$ 30.000,00). [...]"* (AgInt no REsp 1165102/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 07/12/2016)

Desse modo, o dano moral sofrido com o acidente restou configurado.

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 objetivo do dano moral é compensar o prejuízo 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 recebido."* (Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)

Colhe-se, a respeito, os seguintes julgados desta Corte:

> *"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." (TJMS. Apelação nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Josué de Oliveira, j: 16/04/2013, p: 18/04/2013).

"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." (TJMS. Agravo Regimental nº 0000921-23.2009.8.12.0037, Itaporã, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/03/2013, p: 08/04/2013).

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar a autora/apelada um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foram submetidos e de outro lado serve como fator de punição para que os réus reanalisem sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

No caso vertente, são evidentes e inegáveis os danos morais experimentados pela autora/apelada, pois ficou privada do convívio do ente querido (filho), cuja vida foi ceifada de forma trágica.

Sopesados tais vetores, bem como considerando gravidade da conduta culposa dos réus e as graves consequências do evento danoso (vítima fatal), e ainda levando em conta a capacidade econômica dos ofensores, reputo adequada a fixação de indenização por danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Tal montante atende aos princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considera a real proporção do dano e não destoa dos parâmetros da jurisprudência, em situações em que se busca compensar o evento que resultou em vítima fatal.

Sendo assim, comporta parcial reforma esse capítulo da sentença recorrida.

Juros e correção monetária.

Em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, os juros de mora devem ser calculados, a contar da citação, com base nos índices aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.497/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, não merecendo reforma a sentença nessa parte.

No que diz respeito à correção monetária, é necessário fazer alguns esclarecimentos.

Sobre o tema, a posição inicial era no sentido de que a dívida da Fazenda Pública deveria ser acrescida de correção monetária na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, ou seja, utilizando-se da TR até 25/03/2015 e, após, aplicando-se o IPCA-E, mormente considerando o que restou decidido nas ADIs nº 4.425 e 4.357.

Contudo, tal entendimento ficou superado em razão do julgamento ocorrido em 20/09/2017, oportunidade na qual o Tribunal Pleno do STF, decidindo o RE nº 870.947, submetido ao regime da repercussão geral e

no qual se discutia a constitucionalidade da aplicação da TR (art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997) às condenações impostas à Fazenda Pública (tema 810), resolveu o seguinte:

> *"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio,* ***fixou as seguintes teses, nos termos do voto do relator****: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput);* ***quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97*** *com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2)* ***O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional*** *ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII),* ***uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina****. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017"* - destaquei.

Sendo assim, nas condenações oriundas de relação jurídica não-tributária impostas à Fazenda Pública, não deverá incidir TR, mas apenas o IPCA-E.

Aliás, assim já vem se posicionando outros Tribunais pátrios, conforme se vê do seguinte julgado:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – FASE DE LIQUIDAÇÃO DE JULGADO. Decisão agravada que determinou que a correção monetária observasse a variação da UFIR/RJ. Agravante que postula a incidência do IPCA. Tema pacificado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do re 870947/se, realizado em 20/092017, no regime da repercussão geral. Incidência do IPCA-E- a controvérsia recursal cinge-se em definir qual o índice a ser aplicado para assegurar a correção monetária da condenação de pagar imposta à Fazenda Pública, ora recorrente.* ***O pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 870947/SE, realizado em 20/09/2017, no regime da repercussão geral, apreciando o tema 810, definiu, entre outras questões, que, nos casos de condenações impostas à Fazenda Pública, o índice de correção monetária a ser adotado é o de preços ao consumidor amplo especial (IPCA-E), por ser considerado o mais adequado para recompor a perda do poder de compra.*** *Recurso conhecido e provido"* - destaquei (TJRJ; AI 0027673-70.2017.8.19.0000; Macaé; Décima Quinta Câmara Cível; Relª Desª Maria Regina Fonseca Nova Alves; DORJ 28/09/2017; Pág. 352)

Nesse contexto, nas condenações oriundas de relação jurídica não-tributária impostas à Fazenda Pública, não deverá incidir TR, mas apenas o IPCA-E.

Contudo, como forma de evitar a *reformatio in pejus*[1] não comporta reforma sentença que determinou a TR até 25/03/2015 e, após, o IPCA-E.

Honorários advocatícios.

1 "Súmula nº 45 No reexame necessário é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública"

Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dessa verba deverá observar o que preconiza o art. 85, § 3º que assim estabelece:

> *"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *[...]*
>
> *§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:*
>
> *I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários mínimos;*
>
> *II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários mínimos até 2.000 (dois mil) salários mínimos;*
>
> *III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários mínimos até 20.000 (vinte mil) salários mínimos;*
>
> *IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários mínimos até 100.000 (cem mil) salários mínimos;*
>
> *V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários mínimos."*

Entretanto, quando se tratar de sentença ilíquida, a definição dos percentuais ocorrerá apenas por ocasião da liquidação do julgado, incluído nele os honorários recursais, na forma do inciso II do § 4º do art. 85 do CPC, *verbis*:

> *"§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:*
>
> *I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;*
>
> ***II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;***
>
> *III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários darse-á sobre o valor atualizado da causa;*
>
> *IV - será considerado o salário mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação."* (grifei)

Esse tema foi abordado na doutrina de Luiz Henrique Volpe Camargo, nos seguintes termos:

> *"Também nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a natureza da sentença terá relevância para a definição sobre o que incidirá o percentual definido pelo juiz. Diante disso: a) se a sentença tiver natureza condenatória, o percentual (a ser fixado em observância a uma das faixas do § 3º do art. 85 na qual o processo enquadrar-se) incidirá sobre a condenação, seja quando o valor for mensurado na fase de conhecimento (inc. I do § 4º, do art. 85), seja quando o valor for apurado na fase de liquidação do julgado (inc., II do § 4º, do art. 85). Note-se que, no ponto, quando a sentença for ilíquida, se relegará a definição do percentual de honorários para a decisão de liquidação de sentença (inc. II do § 4º, do art. 85). É que na liquidação de sentença se definirá o valor da condenação principal e, em consequência desta, o percentual de honorários (se entre 10 e 20%; ou se entre 8 e 10%; ou se entre 5 e 8%;*

ou se entre 3 e 5%; ou, ainda, se entre 1 e 3%), posto que este depende daquela." (Breves comentários ao novo código de processo civil. RT, 2015. p. 317)

Destarte, deve ser reformada a sentença nesta parte para que seja postergada a fixação do percentual que incidirá sobre a condenação, para após a realização da liquidação do julgado.

Ante o exposto, conheço do recurso do Município de Campo Grande, e dou-lhe parcial provimento para: (i) julgar procedente a denunciação a lide, condenando o denunciado José Rodrigues Peixoto ao pagamento da indenização por danos materiais e morais; (ii) reduzir o montante dos danos morais ao valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Outrossim, conheço da remessa necessária, e dou-lhe parcial provimento para postergar a definição do percentual dos honorários advocatícios quando da liquidação do julgado.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Vilson Bertelli), após o relator dar parcial provimento ao recurso e retificar parcialmente a sentença em reexame necessário. O 2º vogal aguarda.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (1º vogal)

Está em julgamento o recurso de apelação interposto por Município de Campo Grande em desfavor da sentença proferida nos autos de processo de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. O Município de Campo Grande foi condenado ao pagamento de pensão mensal à autora e ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de compensação por danos morais.

O ilustre relator, Desembargador Machado Rocha, deu parcial provimento ao recurso de apelação e reduziu o valor da compensação por danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Pedi vista para melhor analisar as razões recursais e peço vênia para divergir do ilustre relator relativamente à redução do valor da compensação por danos morais.

Relativamente ao valor da compensação, por falta de parâmetro legal e doutrinário a servir de norte para o arbitramento dos danos morais, compete ao magistrado a árdua missão de dosar a verba indenizatória.

Conforma fatos narrados, Paulo Vítor Freitas Tavares de Arruda, filho da autora, sofreu queda com sua motocicleta na BR 163, entre as cidades de Anhanduí e Campo Grande. Os primeiros socorros foram prestados por motoristas que trafegavam nessa rodovia no momento do acidente de trânsito.

Paulo Vítor Freitas Tavares de Arruda permaneceu deitado no local de sua queda, mas estava vivo e consciente aguardando resgate.

O motorista do Serviço de Atendimento de Urgência Móvel – SAMU, de forma imprudente, atropelou abruptamente e arrastou Paulo Vítor Freitas Tavares de Arruda por aproximadamente 8 (oito) metros. Em razão desse segundo acidente de trânsito, sofreu traumatismo crânio encefálico, ficou inconsciente e sangrou muito.

Foi atendido por agentes do SAMU e encaminhado à Santa Casa, mas faleceu em decorrência das lesões sofridas no atropelamento, causa de pedir da compensação por danos morais.

A reparação, por certo, não visa apenas a mitigar os efeitos dos sentimentos negativos sofridos pela vítima, mas também a inibir a reiteração da conduta ilícita perpetrada. Por isso, o valor não pode ser irrisório, pois perderia seu caráter preventivo e didático. O ideal é quantia suficiente para inibir reiteração da conduta ilícita e mitigar efeitos negativos sofridos pela vítima, sem caracterizar, ao mesmo tempo, enriquecimento ilícito.

Dentro, pois, da grande quantidade de hipóteses possíveis de configurar dano moral, é indiscutível que o falecimento inesperado de filho, com apenas 20 (vinte) anos de idade, causa abalo psicológico de extrema gravidade a mãe, por ser incondicional o amor materno.

E esse laço afetivo permanecia em pleno ápice, pois Paulo Vítor Freitas Tavares de Arruda era solteiro, morava na mesma casa da sua mãe (autora) e a ajudava com as despesas domésticas. Por isso é demasiadamente difícil, quiçá impossível, quantificar o grave abalo psíquico sofrido pela autora em decorrência do falecimento do seu filho.

Não se ignora, além disso, o boa capacidade econômica e financeira do Município de Campo Grande, certamente a cidade com a maior arrecadação de impostos em nosso Estado.

Diante, portanto, do falecimento inesperado do filho da autora, causado de forma imprudente por equipe que tinha obrigação legal de lhe prestar socorro, bem como em virtude da indiscutível capacidade econômica e financeira do Município de Campo Grande, justo e razoável manter o valor arbitrado na sentença (R$ 100.000,00 – cem mil reais). Essa quantia é suficiente para compensar os graves danos causados, sem caracterizar prêmio indevido à autora.

Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de apelação do Município de Campo Grande relativamente ao valor da compensação por danos morais. No mais, acompanho o relator.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioira, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

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, 1º de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Agravo de Instrumento nº 1410930-24.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AÇÃO ANULATÓRIA DE TESTAMENTO – ATO DE DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DECLARADO CADUCO – PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO OBJETO DO TESTAMENTO – AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO NESSE SENTIDO – COISA JULGADA – FIDELIDADE AO TÍTULO EXECUTIVO – PRECLUSÃO PRO JUDICATO – INOCORRÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A fase de cumprimento de sentença encontra limites estreitos no princípio da fidelidade do título, mormente em atenção à segurança jurídica e à estabilidade da coisa julgada.

Se o acórdão que reconheceu a caducidade do testamento não impôs nenhuma obrigação a ser cumprida pelos beneficiários do ato de disposição de última vontade, mostra-se impossível o cumprimento da sentença meramente declaratória.

A violação à coisa julgada é questão de ordem pública, razão pela qual não está sujeita à preclusão.

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

Campo Grande, 29 de outubro de 2019

Des. Eduardo Machado Rocha

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Carlos Alberto Mosciaro (espólio) interpôs agravo de instrumento por não se conformar com a decisão proferida pelo juízo da 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande que, nos autos do cumprimento de sentença proposto em desfavor de R. R. e M. O. R., indeferiu os pedidos de execução da sentença com o fito de cumprir obrigação de fazer e restituição de semoventes.

Nas razões recursais (f. 01-15), o agravante alegou que o julgamento procedente da ação declaratória, na qual foi declarada a nulidade do testamento deixado pelo *de cujus* em favor da sua companheira, impõe, como consequência lógica, a restituição do imóvel rural denominado Fazenda Paraíso, em Porto Murtinho, a restituição de 2.000 semoventes e a determinação de expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis informando a nulidade do testamento.

Asseverou que os pedidos negados na decisão agravada são perfeitamente possíveis e estão inseridos dentro dos limites da coisa julgada.

Enfatizou que a pretensão de cumprimento de sentença foi inicialmente recebida, sendo deferidos os pedidos, razão pela qual não caberia ao julgador, em momento posterior, rever seu entendimento, mormente por força da preclusão *pro judicato*.

Mencionou que houve a citação do espólio de S. A. R. P., na pessoa de seus herdeiros, sem que houvesse qualquer manifestação contrária aos pedidos formulados na execução de sentença.

Ao final, pediu o conhecimento do recurso e a concessão do efeito suspensivo ativo para o fim de determinar o prosseguimento do cumprimento de sentença. Quanto ao mérito, pugnou pelo provimento do agravo de instrumento.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 58-61).

Intimados os agravados deixaram de apresentar contraminuta (f. 65).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Carlos Alberto Mosciaro (espólio) interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da 6ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande que, nos autos do cumprimento de sentença proposto em desfavor de R. R. e M. O. R., indeferiu os pedidos de execução da sentença com o fito de cumprir obrigação de fazer e restituição de semoventes.

Considerações iniciais

O agravante ajuizou ação de anulação de testamento em desfavor dos agravados *"para efeito de decretar-se a nulidade do ato de disposição de ultima vontade, pelos vícios apontados ou pela manifesta inexigibilidade, determinando-se, via de consequência, o cancelamento do registro do Testamento"* (f. 11 dos autos principais).

Após o trâmite processual, foi proferida sentença de improcedência (f. 521-531 dos autos principais). Contudo, em grau recursal, esta Corte reformou o *decisum* para *"julgar procedente o pedido formulado na inicial, declarando, na forma do art. 11 c/c o art. 1.708, V, do Código Civil, o testamento caduco"* (f. 657-672 dos autos principais).

Com o trânsito em julgado, os autores deram início ao cumprimento de sentença, formulando os seguintes pedidos (f. 678-680, dos autos principais):

> *"1. Isto posto, requer a Vossa Excelência, se digne a determinar a expedição de Carta Precatória para citação de R. R. e outra, a ser cumprida na Comarca de Itaporã MS, com endereço a Rua C. H. da S. nº xxx, para que se dignem a proceder:*
>
> *a) a restituição aos herdeiros de C. A. M. – espólio, o imóvel rural denominado Fazenda Paraíso, situado na Comarca de Porto Murtinho MS, com área de 3.995 Ha., registrado sob nº 681 – f. 1 – livro 2.*
>
> *b) restituam ainda, as 2.000 (duas mil) cabeças de gado que se encontravam apascentados na propriedade Fazenda paraíso, indicado acima.*
>
> *(...)*
>
> *2. Seja oficiado o Cartório de Registro de Imóveis de Porto Murtinho MS, pelo todo teor da decisão do TJ-MS, de f. 56-579, declarando a nulidade do testamento e, consequentemente*

nulos serão todos os atos de transmissão ou ônus que pesem sobre o imóvel rural denominado Fazenda Paraíso, com área de 3.995 Ha., registrado sob nº 681 – f. 1 – livro 2.

(...)".

No primeiro despacho, foi admitido o cumprimento de sentença, determinando a citação dos requeridos para que restituíssem o imóvel rural denominado Fazenda Paraíso e as 2.000 cabeças de gado (f. 690, dos autos principais).

Contudo, após a prática de alguns atos processuais, foi proferida nova decisão, nos seguintes moldes (f. 869-872 dos autos principais):

"(...)

Os pedidos formulados em sede de execução da sentença devem ver indeferidos.

Isso porque, o cumprimento de sentença é o procedimento utilizado para concretizar o que foi determinado pelo juiz na sentença/acordão.

Vale dizer: o cumprimento de sentença deve respeitar os limites impostos na sentença, que faz coisa julgada entre as partes do processo, nos termos do artigo 506 do CPC.

Pela leitura da petição de f. 678-680 c/c f. 759-761, vê-se que a parte, em sede de cumprimento de sentença, formula pedidos que não constaram na petição inicial de f. 1-11 e que sequer foram objetos de análise na sentença de f. 521-531 e acórdão de f. 657-773.

Não houve qualquer condenação em obrigação de fazer, ou decisão de natureza possessória, ou de restituição de semoventes.

(...)

Assim, a parte deve, em atenção aos limites da coisa julgada, buscar as medidas em ação autônoma, pelas vias próprias, pois não se trata de decorrência lógica da sentença (acórdão) proferida nestes autos.

(...)

Assim, indeferem-se os pedidos de execução de sentença formulados às f. 678-680 c/c f. 759-761.

(...)"

Inconformado, o autor interpôs o presente recurso afirmando que: (i) o julgamento procedente da ação declaratória, na qual foi declarada a nulidade do testamento deixado pelo *de cujus* em favor da sua companheira, impõe, como consequência lógica, a restituição do imóvel rural denominado Fazenda Paraíso, em Porto Murtinho, a restituição de 2.000 semoventes e a determinação de expedição de ofício ao Cartório de Registro de Imóveis informando a nulidade do testamento; (ii) os pedidos negados na decisão agravada são perfeitamente possíveis e estão inseridos dentro dos limites da coisa julgada; (iii) a pretensão de cumprimento de sentença foi inicialmente recebida, sendo deferidos os pedidos, razão pela qual não caberia ao julgador, em momento posterior, rever seu entendimento, mormente por força da preclusão *pro judicato;* (iv) houve a citação do espólio de S. A. R. P., na pessoa de seus herdeiros, sem que houvesse qualquer manifestação contrária aos pedidos formulados na execução de sentença.

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise das matérias devolvidas no presente recurso.

Mérito recursal

O cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se é possível dar sequência ao cumprimento da sentença proferida na ação anulatória de testamento.

Como é cediço, a cognição na fase de cumprimento de sentença encontra limites estreitos no princípio da fidelidade ao título.

Sobre esse tema, esclarece Luiz Rodrigues Wambier, *verbis*:

> *"Já tivemos oportunidade de afirmar que: 'o pedido formulado pelo autor da ação de liquidação tem uma franca limitação, que é justamente a necessidade de obediência aos limites da condenação, exatamente nos moldes em que se tenha fixado na sentença que se pretende liquidar'.*
>
> *(...) hão de ser respeitados necessariamente os termos da decisão liquidanda', pois não se pode inovar no processo de liquidação. Segundo afirma esse autor, a liquidação de sentença 'é um processo de conhecimento que parte de uma limitação absolutamente intransponível, consistente justamente no teor da r. Sentença liquidanda'.*
>
> *Essa fidelidade ao título judicial deve ser observada não somente quando há um processo de liquidação de sentença - por arbitramento ou por artigos - mas, igualmente, quando se trata de hipótese encartável no art. 604 do CPC em que não há, propriamente, processo de liquidação, uma vez que a liquidação é, por assim dizer, automática, operando- e com a simples elaboração da memória do cálculo pelo credor"* (*in* Revista de Processo nº 117, ano 29, setembro-outubro de 2004, p. 260).

Outrossim, em atenção à segurança jurídica e à estabilidade da coisa julgada, não há como rediscutir as matérias alegadas pela agravante, notadamente aquelas relacionadas à forma de cumprimento das obrigações impostas na sentença.

Ademais, o artigo 507, do CPC/2015, assinala que *"É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão"*.

No mesmo sentido, transcrevo julgados:

> *"RECURSO ESPECIAL – REVISÃO – FATOS – SÚMULA 07/STJ – PRESCRIÇÃO – PRECLUSÃO – COISA JULGADA. O Tribunal de origem considerou que a matéria atinente à prescrição da pretensão executiva do recorrido já foi objeto de julgamento em outro processo, que, por sua vez, não teria sido devidamente impugnado, tendo gerado coisa julgada material. Reformar tal conclusão, sobre a formação de coisa julgada material, demandaria a incursão do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Não obstante o tema da prescrição ostentar natureza de ordem pública, não é possível afastar o efeito preclusivo da coisa julgada sobre o julgamento de tal questão, sob pena de insegurança jurídica. Inteligência do art. 473 do CPC: 'É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão'. Precedentes. Agravo regimental não provido"* (AgRg no REsp 1224883/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 04/05/2012).
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONTRATO NÃO ESCRITO – ARBITRAMENTO – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – SUBSTABELECIMENTO COM RESERVA DE PODERES – PRECLUSÃO E ANÁLISE DOS ELEMENTOS FÁTICOPROBATÓRIOS DOS AUTOS – SÚMULA 7/STJ. É firme a jurisprudência do STJ de que a revogação tácita do mandato só ocorre com a constituição de novo procurador sem ressalva da procuração anterior, o que não é a hipótese dos autos. 2. Para se chegar a conclusão diversa da adotada pelo Tribunal Estadual, aferindo se a agravada tomou ou não ciência do pedido de revogação de seu mandato, bem como se agiu com boa ou má-fé ao substabelecer seus poderes com reserva, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na súmula 7 do STJ. 3. Ademais, in casu, encontra-se preclusa a controvérsia sobre a prescrição, haja vista que o magistrado expressamente entendeu pela não ocorrência do termo a quo do prazo prescricional, seja pela não ciência da revogação, seja pelo fato de o substabelecimento*

ser com reserva de poderes, não tendo os recorrentes se insurgido, em tempo, contra referida decisão, demonstrando-se satisfeitos com o seu conteúdo. 4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 39.713/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 13/04/2012).

A respeito do tema, Fredie Didier Júnior leciona:

> *"Em primeiro lugar, convém precisar a correta interpretação que se deve dar ao enunciado do § 3º do art. 267 do CPC. O que ali se permite é o conhecimento, a qualquer tempo, das questões relacionadas à admissibilidade do processo – não há preclusão para a verificação de tais questões, que podem ser conhecidas ex officio, até o trânsito em julgado da decisão final, mesmo pelos tribunais. Não há qualquer referência no texto legal, porém, à inexistência de preclusão em torno das questões já decididas. A qualquer tempo é possível conhecer tais questões, controlar a regularidade do processo, desde que o processo ainda esteja pendente e que não tenha havido preclusão a respeito.*
>
> *Não se permite que o tribunal, no julgamento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo se de natureza processual, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a preclusão.*
>
> *Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento ex officio de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade ex officio de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame"* (Curso de direito processual civil. 7. ed. JusPodivm. p. 485. v. 1).

No caso vertente, as providências pleiteadas na inicial do feito executivo não foram definidas na sentença/acórdão e sequer foram objeto de apreciação na fase de conhecimento. Assim, em atenção à fidelidade do título executivo, à segurança jurídica e à estabilidade da coisa julgada, não há como determinar o cumprimento das obrigações pretendidas pelo agravante.

Aliás, como bem ressalvou o julgador *a quo*, *"a parte deve, em atenção aos limites da coisa julgada, buscar as medidas em ação autônoma, pelas vias próprias, pois não se trata de decorrência lógica da sentença (acórdão) proferida nestes autos"* (f. 871 dos autos principais).

Não é demais destacar também que a violação à coisa julgada é questão de ordem pública, razão pela qual não está sujeita à preclusão.

Logo, ainda que em um primeiro momento o magistrado de primeira instância tenha admitido o seguimento do cumprimento de sentença, nada obsta que reexamine a viabilidade da pretensão em razão da ausência de conteúdo executório.

E assim sendo, o desprovimento do recurso é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por Carlos Alberto Mosciaro (espólio), mas nego-lhe provimento.

É como voto.

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. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0839336-14.2013.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA DE ALUGUEL E ACESSÓRIOS DA LOCAÇÃO – PRELIMINAR – JULGAMENTO *ULTRA PETITA* – ACOLHIDA – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE ACORDO VERBAL DE ISENÇÃO DOS ALUGUÉIS DOS MESES DE MAIO E JUNHO/2013 – AUSÊNCIA DE PROVA – ARTIGO 373, INCISO II, DO CPC/2015 – VALORES COMPROVADAMENTE PAGOS – EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO – RENÚNCIA A QUALQUER INDENIZAÇÃO – CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU VÍCIO NO CONSENTIMENTO – INEXISTÊNCIA DE VALORES A SEREM COMPENSADOS – REDUÇÃO DOS JUROS E DA MULTA – IMPOSSIBILIDADE – INAPLICABILIDADE DO CDC – *PACTA SUNT SERVANDA* – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

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 aluguel que não foi objeto de pedido, evitando-se, assim, o julgamento *ultra petita*.

Incumbe à parte requerido o ônus de demonstrar a existência do acordo verbal de isenção de aluguéis referentes a alguns meses, nos termos do artigo 373, inciso II, do CPC/2015.

Os valores comprovadamente pagos pelo locatário devem ser excluídos dos cálculos e da condenação, sob pena de haver enriquecimento ilícito.

Sendo o contrato de locação livremente ajustado entre as partes e contendo previsão de renúncia do locatário a qualquer direito de indenização, inclusive dos valores pagos a título de "luvas", não deve ser determinada a devolução pretendida, inexistindo valores a serem compensados.

Conforme precedentes do STJ, aos contratos de locação não são aplicáveis as regras do CDC, devendo prevalecer os ajustes livremente pactuados entre as partes.

Embora o princípio da *pacta sunt servanda* seja mitigado pelo da função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva (artigos 113, 421, 422 e 478, do CC), fato é que o contrato de locação, ao fixar o valor dos juros e da multa, não contrariou tais vetores de interpretação contratual, devendo prevalecer as regras nele inseridas por inexistir qualquer vício na manifestação de vontade capaz de macular o negócio jurídico.

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

Campo Grande, 11 de dezembro de 2019

Des. Eduardo Machado Rocha

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Vistos etc.

Juízo de admissibilidade (artigo 1.010, § 3º, do CPC/2015 e Enunciado nº 99, do FPPC).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Eveline Beatriz Campos Brites interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente o pedido formulado na ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguel e acessórios da locação ajuizada por Centro Administrativo Afonso Pena Ltda, julgando improcedente o pedido reconvencional.

Em suas razões recursais (f. 221-239), a recorrente alegou, preliminarmente, a nulidade parcial da sentença em razão do julgamento *extra petita*, uma vez que a petição inicial relatou que a inadimplência teve início em dezembro/2012, mas constou na condenação a obrigação de pagar aluguel referente ao mês de novembro/2012.

Quanto ao mérito, relatou que: (i) deve haver a devolução dos aluguéis referentes aos meses de maio e junho/2013, conforme acordo verbal de reparação de prejuízos firmado entre as partes; (ii) os documentos colacionados aos autos comprovam que houve o pagamento dos aluguéis e encargos do mês de dezembro/2012 referente às salas 09 e 10, do aluguel de fevereiro/2013 referente à sala 09 e dos aluguéis de outubro/2013 e janeiro/2014 referente às salas 09 e 10; (iii) deve haver a restituição dos valores pagos a título de luvas no importe de R$ 8.300,00 em razão do incêndio ocorrido no estabelecimento comercial às vésperas do Dia das Mães e alastrado por desídia do recorrido, reconhecendo a abusividade da cláusula 28.ª do contrato; (iv) deve haver a compensação dos créditos da apelante com os débitos cobrados pelo apelado, na forma do artigo 368, do CC/2002; (v) a cobrança de juros de 2% ao mês e da multa de 10% é abusiva, devendo haver sua redução.

Rematou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida e prequestionar as matérias debatidas na lide.

Em contrarrazões (f. 242-255), o apelado defendeu o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Eveline Beatriz Campos Brites interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da 9.ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou procedente o pedido formulado na ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguel e acessórios da locação ajuizada por Centro Administrativo Afonso Pena Ltda, julgando improcedente o pedido reconvencional.

Considerações iniciais

A autora ajuizou a presente demanda afirmando que as partes firmaram um contrato de locação para exploração de 02 salas comerciais (identificadas como salas 09 e 10) localizadas no Centro Comercial Afonso Pena. As salas comerciais foram cedidas por meio dos "Instrumentos de Cessões Onerosas Atípicas de Espaços Comerciais Integrantes do Centro Administrativo Afonso Pena e Outras Avenças", pelo prazo de 30 anos, sendo ajustado o valor mensal do aluguel em R$ 1.400,00 para a sala 09 e R$ 1.300,00 para a sala 10, mas que desde dezembro de 2012 a requerida está inadimplente com o pagamento dos alugueres bem como com o rateio das despesas do referido Centro Comercial. Assim, pugnou pelo deferimento da ordem de despejo e

pela condenação da requerida ao pagamento dos aluguéis e demais encargos em atraso (f. 01-13). Vieram a contestação (f. 105-112) e a réplica (f. 138-146).

A requerida formulou pedido reconvencional (f. 130-136) afirmando que possui isenção em relação a alguns meses de aluguéis e que outros meses que vêm sendo cobrados estão pagos. Ainda sustentou que é devida a devolução do valor pago a título de "luvas", pretendendo a compensação entre crédito e débito.

Houve contestação à reconvenção (f. 152-159) e réplica (f. 170-171) e após audiência de instrução e julgamento (f. 191-193), foi proferida sentença de parcial procedência assim lastreada (f. 207-216):

> *"(...)*
>
> *Do dispositivo.*
>
> *Posto isso, julgo procedente o pedido, declaro a rescisão dos contratos de locação em cópia a f. 21-44, firmados em 28/08/2.012 e 14/11/2.012, confirmo a desocupação do imóvel com a imissão na posse do autor em 22/07/2.014 (f. 162), declaro devidos os aluguéis e demais encargos locatícios, de novembro de 2.012, janeiro, fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto e outubro de 2013, de ambas as salas, além dos que venceram no curso do processo, cujo pagamento não restou comprovado, até 22/07/2.014, e condeno a ré/locatária Eveline Beatriz Campos Brites, no pagamento dos referidos valores em favor do Autor Centro Administrativo Afonso Pena Ltda, que deverão ser acrescidos da multa de 10% (cláusula 8ª). Sobre o valor da condenação deverá incidir a correção monetária pelo IGPM/FGV, e juros de 2% (dois por cento) ao mês, a contar do vencimento de cada aluguel. Afasto a incidência da cláusula penal, considerando a existência de multa específica para obrigação descumprida.*
>
> *Em relação à reconvenção, julgo improcedente o pedido da Ré/Reconvinte, considerando que não restou demonstrada a existência de cobrança indevida de valores já pagos, tampouco a possibilidade de restituição dos valores pagos a título de Cessão de Direito de Uso (CDU).*
>
> *Condeno a Demandada no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios em favor dos procuradores do Requerente, que fixo 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, em vista dos critérios do § 2º, do art. 85 do CPC.*
>
> *Tratando-se da reconvenção, condeno a Reconvinte no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor dos procuradores do Reconvindo, que arbitro em R$ 1.000,00 (mil reais), em vista dos critérios do art. 85, § 8º, do CPC.*
>
> *Observo que a exigibilidade das verbas da sucumbência ficará condicionada ao disposto no art. 98, § 3º, do CPC, eis que a Requerida/Reconvinte é beneficiária da gratuidade da Justiça.*
>
> *(...)".*

Inconformada, a requerida/reconvinte interpôs o presente recurso afirmando, preliminarmente, a nulidade parcial da sentença em razão do julgamento *extra petita*, uma vez que a petição inicial relatou que a inadimplência teve início em dezembro/2012, mas constou na condenação a obrigação de pagar aluguel referente ao mês de novembro/2012.

Quanto ao mérito, relatou que: (i) deve haver a devolução dos aluguéis referentes aos meses de maio e junho/2013, conforme acordo verbal de reparação de prejuízos firmado entre as partes; (ii) os documentos colacionados aos autos comprovam que houve o pagamento dos aluguéis e encargos do mês de dezembro/2012 referente às salas 09 e 10, do aluguel de fevereiro/2013 referente à sala 09 e dos aluguéis de outubro/2013 e janeiro/2014 referente às salas 09 e 10; (iii) deve haver a restituição dos valores pagos a título de luvas no importe de R$ 8.300,00 em razão do incêndio ocorrido no estabelecimento comercial às vésperas do Dia das Mães e alastrado por desídia do recorrido, reconhecendo a abusividade da cláusula 28ª do contrato; (iv) deve

haver a compensação dos créditos da apelante com os débitos cobrados pelo apelado, na forma do artigo 368, do CC/2002; (v) a cobrança de juros de 2% ao mês e da multa de 10% é abusiva, devendo haver sua redução.

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise individualizada das matérias devolvidas no recurso, iniciando pela preliminar.

Da preliminar

Da nulidade da sentença por julgamento *ultra petita*

Em que pese a apelante afirmar que houve julgamento *extra petita* em razão da sentença ter condenado à obrigação de pagar aluguel referente ao mês de novembro/2012, enquanto o pedido referia-se à inadimplência desde o mês de dezembro/2012, trata-se, na verdade, de hipótese de julgamento *ultra petita*.

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.

No caso, restou demonstrado, de fato, que a pretensão inicial buscava a condenação da requerida ao pagamento dos alugueres e demais encargos em atraso desde o mês de dezembro/2012, o que se depreende tanto da peça inaugural (f. 03) quanto dos cálculos apresentados à f. 60-61.

Assim, consoante pretendido pela apelante, deve ser decotado da sentença o que excedeu ao pedido.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT – ARGUIÇÃO DE SENTENÇA ULTRA PETITA – ACOLHIDA – DECISUM NÃO PODE FIXAR PERCENTUAIS INDENIZATÓRIOS SUPERIORES ÀQUELES EXPRESSAMENTE REQUERIDOS NA INICIAL – AUSÊNCIA DE PEDIDO ALTERNATIVO OU SUBSIDIÁRIO – VINCULAÇÃO DO JULGADOR AO PEDIDO – ARTIGO 492, DO CPC – RECURSO PROVIDO, EM PARTE E EM TERMOS"* (Apelação nº 0800829-42.2017.8.12.0001 - Campo Grande. Relator Des. Nélio Stábile).
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA DO SEGURO DPVAT – NULIDADE DA SENTENÇA – JULGAMENTO ULTRA PETITA – ACOLHIDO – VALOR DA CONDENAÇÃO SUPERIOR AO INDICADO EXPRESSAMENTE NA INICIAL – DECOTE DA PARTE EXCEDENTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 01. Na sentença ultra petita, o defeito é caracterizado pelo fato de o juiz ter ido além do pedido do autor, dando mais do que fora pedido, devendo ser decotada a parte excedente. 02. Considerando que na peça inaugural o pedido de indenização do seguro DPVAT se limitou ao importe de R$ 6.750,00, a condenação imposta na sentença (R$ 7.087,50) concedeu ao autor indenização em valor maior do que pretendido, incorrendo em julgamento ultra petita. 03. Recurso conhecido e provido"* (Apelação nº 0801127-64.2013.8.12.0004 – Amambai. Relator Des. Vladimir Abreu da Silva).

Na hipótese, do cotejo da causa de pedir e pedidos expostos na exordial em confronto com os termos sentenciados, manifesta-se a violação aos limites objetivo da demanda impressos nos artigos 141 e 492, do CPC/2015, já que o autor não incluiu em seu pedido o aluguel vencido em novembro/2012.

Assim, deve ser acolhida esta preliminar a fim de afastar a condenação ao pagamento dos aluguéis e encargos vencidos no mês de novembro/2012.

Mérito recursal

Do acordo verbal de isenção

Segundo defende a requerida/reconvinte, não são devidos os aluguéis dos meses de maio e junho/2013, uma vez que as partes fizeram um acordo verbal de isenção a título de reparação de prejuízos decorrentes do incêndio ocorrido no prédio próximo ao dia das mães.

Apesar da requerida/reconvinte sustentar ter firmado um acordo verbal de isenção dos aluguéis dos meses de maio e junho/2013 das salas 09 e 10, não há nenhuma prova nesse sentido.

É cediço que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra dominante acerca do sistema probatório, cabendo à parte que alega determinado fato o ônus de produzir a prova apta a confirmar sua veracidade, para só então dele derivar a existência de algum direito.

Logo, como disposto no artigo 373, do CPC/2015, o *onus probandi* incumbe invariavelmente àquele que alega, cabendo ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> *"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus). O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor"* (Teoria geral do processo. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312).

Na hipótese, considerando que há um contrato formal e escrito imputando à requerida/reconvinte a obrigação de pagar os aluguéis mensais, a existência de um acordo verbal a isentando do pagamento de alguns meses deveria ser por ela comprovado.

Diante da ausência de prova da alegada isenção, não há que se falar em exclusão daqueles meses do valor total da condenação.

Do pagamento parcial dos aluguéis

Analisando atentamente os documentos e recibos juntados com a petição inicial verifica-se que a requerida/reconvinte efetivamente comprovou o pagamento de alguns aluguéis e encargos.

Os documentos apresentados são os seguintes:

Condomínio e aluguel das salas 09 e 10 referentes ao mês de dezembro/2012 com vencimento em janeiro/2013 no valor de R$ 3.700,00 (recibo de f. 119 devidamente assinado);

Aluguel da sala 09 referente ao mês de fevereiro/2013, com vencimento em março/2013 no valor de R$ 1.400,00 (recibo de f. 124 sem assinatura, razão pela qual não pode ser considerado);

Aluguel da sala 09 referente ao mês de setembro/2013 com vencimento em outubro/2013 no valor de R$ 1.260,00 (recibo de f. 125 devidamente assinado) – já excluído dos cálculos;

Aluguel das salas 09 e 10 referente ao mês de dezembro/2013 com vencimento em janeiro/2014 no valor de R$ 2.430,00 (recibo de f. 127 devidamente assinado) – já excluído dos cálculos.

Logo, o valor mencionado no item (i) deve ser excluído da condenação e dos cálculos apresentados pelo credor, sob pena de haver enriquecimento ilícito.

Da restituição das "luvas" e da compensação

A requerida/reconvinte pretende a restituição dos valores pagos a título de luvas no importe de R$ 8.300,00 e a compensação de valores.

Como é cediço, "luvas" na locação comercial é o nome dado à quantia cobrada pelo locador, além do valor do aluguel e demais taxas, para assegurar o direito do lojista utilizar o ponto pelo período definido no contrato.

Ocorre porém, que o contrato de locação livremente ajustado entre as partes previu cláusula de renúncia do cessionário a qualquer direito de indenização:

> *"Cláusula Vigésima Oitava: Qualquer que seja a forma ou causa do término da relação jurídica aqui pactuada, o cessionário renuncia a qualquer direito de indenização, seja ele a título de luva ou ponto, bem como ao ressarcimento de eventuais valores pagos para integrar e utilizar estrutura técnica do centro comercial, tal valor se exaure em si mesmo".*

Diante da ausência de demonstração de qualquer vício no consentimento ou ilegalidade nos termos contratuais, não há possibilidade de restituição dos valores pagos a título de "luvas" pela parte autora.

Consequentemente, não há valores a serem compensados, como pretendido pela requerida/reconvinte.

Dos juros de mora e da multa

Finalmente, a locatária pretende a redução dos juros de 2% para 1% ao mês e da multa de 10% para 2%. Também neste ponto deve prevalecer o ajuste firmado entre as partes.

Em se tratando de uma relação de locação, o STJ consolidou o entendimento no sentido da inaplicabilidade das regras do CDC, senão vejamos:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE LOCAÇÃO – cobrança de aluguéis. 1. MULTA CONTRATUAL – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SÚMULA 83/STJ. 2. JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – MORA EX RE – PRECEDENTES. 3. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – REDIMENSIONAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1.* ***A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de locação regido pela Lei nº 8.245/1991, porquanto, além de fazerem parte de microssistemas distintos do âmbito normativo do direito privado, as relações jurídicas não possuem os traços característicos da relação de consumo, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/1990"*** *(AgRg no AREsp nº 101.712/RS, Relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 6/11/2015). 2. A mora ex re independe de qualquer ato do credor, decorrendo do próprio inadimplemento de obrigação positiva, líquida e com termo implementado, nos termos do art. 397 do Código Civil atual. Precedentes. 3. O redimensionamento de verba honorária exige o revolvimento de fatos e provas dos autos, providência esta vedada no especial, em virtude do óbice do Enunciado nº 7 da Súmula do STJ, compreensão relativizada apenas quando o valor fixado se mostrar irrisório ou exorbitante, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4.*

Agravo interno desprovido" (STJ; AgInt no AREsp 1147805/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017) – destacado.

Portanto, deve prevalecer a vontade livremente manifestada pelas partes, a qual não possui nenhum vício capaz de macular o negócio jurídico, privilegiando o princípio *pacta sunt servanda*.

Referido princípio diz que as pessoas tem *"direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato"* (GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Saraiva, 2010. p. 41. v. 3).

Embora o princípio da obrigatoriedade dos contratos seja mitigado pelo da função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva (artigos 113, 421, 422 e 478, todos do CC), podendo ser objeto de revisão, o contrato de locação não contrariou tais vetores de interpretação contratual.

Em outras palavras, no caso em comento prepondera-se o que restou celebrado de forma consciente pelas partes, especialmente quando não ultrapassou o limite do razoável.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Eveline Beatriz Campos Brites e dou-lhe parcial provimento para, reformando em parte a sentença apelada: (i) decotar a condenação ao pagamento de aluguéis e encargos vencidos em novembro/2012; (ii) excluir da condenação e dos cálculos os valores pagos a título de condomínio e aluguel das salas 09 e 10 referente ao mês de dezembro/2012, com vencimento em janeiro/2013 (recibo de f. 119). Sem honorários recursais.

É como voto.

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. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação nº 0808244-81.2014.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS, ESTÉTICOS E PENSÃO – LESÃO EM MENOR IMPÚBERE CAUSADA DENTRO DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO –TRAUMA OCULAR COM PERFURAÇÃO DE OLHO E PERDA DA VISÃO- RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – DANO MORAL SOFRIDO PELA VÍTIMA E SEUS GENITORES – DANO MORAL REFLEXO – DANO ESTÉTICO EVIDENCIADO – PENSÃO ESTENDIDA À MÉDIA DE VIDA ESTABELECIDA PELO IBGE – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ – COM O PARECER – RECURSO DOS AUTORES PROVIDO EM PARTE E DO RÉU DESPROVIDO.

Cabe ao Estado, pelo princípio constitucional da responsabilidade objetiva previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, reparar os danos causados por atos omissivos ou comissivos praticados pelos agentes estatais.

Considerando-se a extensão do dano sofrido pela menor (perda da visão), a indenização por danos morais deve ser mantida, bem como valor fixado na sentença, pois mostra-se moderado e em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Consoante Súmula 387 do C. STJ, é possível a cumulação de indenização por dano moral e estético, na medida em que o primeiro se refere ao sentimento da pessoa frente ao dano ao passo que o segundo constitui o afeamento do indivíduo, consistente no atingido em sua integridade física com reflexos na imagem perante a sociedade.

Se o evento danoso deixa sequelas e marcas aparentes na vítima está configurado o dano estético, que, no caso, deve ser arbitrado em R$ 30.000,00.

Indevido o recebimento da pensão em parcela única, pois além de ser menos gravoso ao pagador, é mais benéfico ao menor, protegendo-o de eventual má administração da quantia recebida, o que comprometeria sua subsistência.

Os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, data do acidente, nos termos da Súmula nº 54/STJ, por tratar-se de responsabilidade extracontratual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar parcial provimento ao recurso dos autores e negar provimento ao recurso do réu, nos termos voto do relator, vencidos o 1º e 3º vogais. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de recurso de apelação cível interposta por J.G.R., contra decisão proferida pelo MM. juiz de direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, no autos de ação de reparação de danos morais, estéticos, materiais e pensão cumulada com obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, movida em face da Prefeitura Municipal de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o requerido ao pagamento de R$ 76.320,00 a título de danos morais em favor da autora, uma pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo, desde a data do fato (28.08.2013) até que complete 25 anos de idade. Os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo IPCA-E e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, o dano moral a contar do arbitramento.

J.G.R. e outros alegam, em síntese, que (f. 672-691):

> *"1. Não prospera o entendimento do magistrado a quo no sentido de que os genitores da vítima só fariam jus à indenização por danos morais, caso a filha tivesse falecido;*
>
> *2. A indenização é devida por todo sofrimento e peregrinação enfrentada pelos genitores para conseguir atendimento desde o dia do acidente que acabou culminando na perda definitiva da visão do olho direito da criança;*
>
> *3. O valor da indenização por danos morais fixado para a vítima deve ser majorado conforme pleiteado na inicial, haja vista que os traumas serão para a vida toda, prejudicando suas atividades futuras, inclusive não lhe permitindo escolher todo e qualquer tipo profissão, resultando em evidente incapacidade laborativa;*
>
> *4. A vítima faz jus à indenização por dano estético não se cogitando, no caso, vinculação entre o dano moral e estético, visto que este se relaciona diretamente à proteção da saúde, conforme se infere do artigo 196 da CF;*
>
> *5. O dano estético está caracterizado pelo trauma aparente no olho direito da menor apelante que foi dilacerado pela ponta do vergalhão presente na tela de arame danificada, lesão localizada em região visível, ou seja, na face, o que agrava a dor, a angústia, o constrangimento e inconformismo da apelante-menor que não terá como esconder a parte afetada;*
>
> *6. A pensão arbitrada para a vítima até a idade de 25 anos deve ser estendida para a média de idade da mulher brasileira, conforme o IBGE, que é de 79,4 anos, pois, conforme laudo pericial, a lesão é irreversível;*
>
> *7. Os juros moratórios devem fluir a partir do evento danoso, conforme Súmula 54 do STJ;*
>
> *Ao final, requer o provimento do recurso para condenar o município apelado ao pagamento de indenização por danos morais (em ricochete) aos pais apelantes, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescido de correção monetária e juros moratórios, estes a contar do evento danoso; majoração do valor da indenização por danos morais à primeira apelante para valores razoáveis e proporcionais, acrescido de correção monetária e juros moratórios, a contar do evento danoso; concessão de danos estéticos em quantia razoável e proporcional, acrescido de correção monetária e juros moratórios, desde o evento danoso; concessão de pensão vitalícia, a ser paga em parcela única; aplicação da Súmula 54 do STJ."*

Em contrarrazões de f. 710-725, o Município de Campo Grande alega que:

> *"1 – Não há razão para majorar o valor atinente aos danos morais, uma vez que a razoabilidade deve nortear o arbitramento da indenização a fim de se evitar o enriquecimento ilícito da parte;*
>
> *2 – O pedido de pensão vitalícia não deve prosperar, haja vista que a menor apelante não sofreu invalidez permanente para todas as atividades laborativas.*

3 – Quanto ao pedido de dano estético, este também não prospera, pois o dano moral e o estético não devem comportar dupla indenização;

4 – Não houve violação à Súmula 54 do STJ, ao se estabelecer o termo inicial dos juros moratório a data do arbitramento, isto porque o dano moral somente é convertido em pecúnia por meio de decisão judicial;

Ao final, pugna pelo desprovimento do recurso.

Inconformado com o resultado da r. sentença, também apelou o Município de Campo Grande.

Sustenta, em síntese, que:

1. não há nexo de causalidade entre a conduta do apelante e o resultado gerado;

2. o acidente narrado ocorreu por exclusiva culpa da vítima, pois a menor estaria brincando durante o intervalo em local proibido e em decorrência desta ação veio a causar seu próprio acidente;

3. o valor arbitrado a título de danos morais se mostra exorbitante e fere o princípio da razoabilidade;

4. o termo inicial da correção monetária deve ser a data do arbitramento, conforme Súmula 362 do STJ, devendo ser efetivada pelo IPCA-E, conforme entendimento do STF;

5. a pensão deve ser reduzida para 2/3 do salário mínimo até que a vítima complete 24 anos de idade. Ao completar 25 anos, o pagamento da pensão deve se limitar a 1/3 do salário mínimo.

Ao final, requer o provimento do recurso para que os pedidos inicias sejam julgados improcedentes, alternativamente, a redução do valor arbitrado a título de danos morais, bem como da pensão alimentícia e que os juros moratórios sejam de 0,5%ao mês e a correção monetária pelo índice oficial, a partir da distribuição da ação."

Em contrarrazões de f. 726-735, os autores/apelados argumentam que:

"1 – Não prospera a tese do apelante de culpa exclusiva da vítima, uma vez que chega a ser vergonhosa a tentativa de se imputar a responsabilidade pelo acidente a uma criança de apenas cinco anos de idade;

2 – A impugnação ao valor atinente à indenização por dano moral não prospera, visto que a menor apelante teve seu olho direito dilacerado por uma ponta de arame que se encontrava solta em grade de proteção, o valor arbitrado não se mostra excessivo, mas ínfimo – dada a gravidade do acidente noticiado.

3 – Sobre a pensão fixada em 1 salário mínimo, não se mostra exorbitante, mas razoável e proporcional, visto que a lesão causada na menor apelante é irreversível, reduzindo de forma definitiva sua capacidade laborativa."

Ao final, pugna pelo desprovimento da apelação interposta.

O Ministério Público Estadual (f. 744-760) opinou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto pelo requerido e pelo parcial provimento do recurso apresentado pelos requerentes, a fim de que seja arbitrado dano estético e fixada pensão vitalícia em favor da menor apelante; estipulado dano moral em ricochetes aos genitores da vítima, bem como para determinar que os juros moratórios incidam a partir do evento danoso nos termos da Súmula 54 do STJ.

VOTO (10/09/2019)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposta por J.G.R., contra decisão proferida pelo MM. juiz de direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, no autos de ação de reparação de danos morais, estéticos, materiais e pensão cumulada com obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, movida em face da Prefeitura Municipal de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o requerido ao pagamento de R$ 76.320,00 a título de danos morais em favor da autora, uma pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo, desde a data do fato (28.08.2013) até que complete 25 anos de idade. Os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo IPCA-E e acrescidos de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, o dano moral a contar do arbitramento.

Narra a inicial que a primeira autora sofreu acidente no dia 08/03/2013, nas dependências da E.F.B., localizada em Campo Grande/MS, ocasião em que lesionou seu olho direito, após esbarrar em uma tabela de arame danificada e afixada em frente a uma porta que se encontrava desativada; consta ainda, que na época só havia uma monitora responsável pelo atendimento e cuidado das crianças, que referida situação já havia sido objeto de reclamação dos pais que estavam preocupados com a segurança e integridade dos filhos.

Prossegue afirmando que em razão da gravidade da lesão, a criança foi encaminhada para o Hospital Santa Casa, onde foi submetida à primeira cirurgia, sendo já constatada a perda da visão do olho perfurado, bem como a necessidade de novo procedimento para a reconstrução da câmara anterior do olho lesionado e sutura de córnea.

Assevera, que, no dia seguinte à cirurgia, o então Secretário de Educação esteve no local e prometeu dar o apoio necessário à família da menor, que estava bastante abalada com a situação. A autora foi encaminhada para tratamento no Instituto da Visão com médico especialista, em 04/09/2013, com o acompanhamento de uma assistente social do município, que prometeu à família auxílio com cestas básicas, medicamentos e acompanhamento psicológico.

Apesar disso, a assistência só foi prestada quando o caso foi parar nos jornais eletrônicos, já que tinham recebido apenas uma cesta básica; que a autora vem sendo atendida pelo CAPS, em grupo, mas também de forma individual, por um médico particular. Após a consulta com o médico especialista, foi constatada a perda definitiva da visão e o risco considerável de extrair o olho lesionado para colocação de prótese. O réu, então, autorizou e pagou todos os exames pré-operatórios. Em 06/09/2013 a mãe da autora recebeu informação de que estava tudo certo para a cirurgia, que havia sido agendada para o dia 11/09/2013 e o ente público arcaria com o custa do tratamento, porém, no dia 09/09/2013, a secretária do médico entrou em contato dizendo que o município não havia depositado o valor referente ao custo do procedimento, no valor de R$ 17.000,00, o que inviabilizaria a realização da cirurgia e que se a autora não se submetesse à cirurgia, perderia o globo ocular e necessitaria de colocação de prótese de vidro.

No dia 10/09/2013, o subsecretário de saúde do município chamou a mãe da autora para comparecer em seu gabinete, a qual informou sobre o cancelamento da cirurgia, sendo que o secretário de educação se comprometeu a efetuar o pagamento até o dia 13/11/2013 afirmando que estava tudo certo para sua realização. Foi entregue à genitora uma declaração para assinar onde afirmava que a cirurgia iria ser realizada na Santa Casa ou no Hospital São Julião, mas que ela havia se recusado a autorizar que os procedimentos fossem realizados nestes hospitais.

Diante da informação inverídica e, após esclarecimentos, a mãe da autora acabou assinando a declaração, pois queria que sua filha se submetesse ao procedimento cirúrgico e, mesmo sem ter uma garantia de que receberia seus honorários, o médico especialista continuou com o tratamento, realizando o procedimento na data prevista. Entretanto, o olho lesionado acabou por infeccionar, sendo necessária nova intervenção cirúrgica para a retirada dos pontos, bem como para o tratamento da infecção.

Para realizar o procedimento, o médico cobrou o valor de R$ 2.500,00 e, em razão do município não ter depositado o valor dos honorários da primeira cirurgia, a mãe da autora ficou constrangida e envergonhada e, através de doações, conseguiu dinheiro para pagar os honorários. Após a notícia ser divulgada, o réu procedeu o reembolso do valor em janeiro de 2014. Ressaltou que o município não vem cumprindo aquilo que prometeu, pois não está arcando com o tratamento médico necessário à reabilitação da criança e os seus pais, para não correrem o risco do tratamento da filha ser interrompido, começaram a pagar o plano de saúde para cobrir as despesas.

Feito este breve restrospecto dos fatos relatados pelos autores, passo à análise dos recursos.

Da responsabilidade civil das Escolas Públicas.

Registre-se que a ocorrência do acidente e os danos advindos dele são incontroversos nos autos.

Verifica-se das razões recursais do requerido que ele pretende o afastamento da responsabilidade pelos danos ocasionados à menor em razão do acidente noticiado na inicial, sob o argumento de que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

De início, registro que a responsabilidade civil do Estado *lato sensu* é orientada, primordialmente, pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> *"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."*

Sobre o assunto, preleciona Rui Stoco:

> *"(...) Ao receber o estudante menor, confiado ao estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, a entidade de ensino fica investida no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convívio escolar. Responderá no plano reparatório se, durante a permanência no interior da escola, o aluno sofrer violência física por inconsiderada atitude do colega, do professor ou de terceiros, ou, ainda, qualquer atitude comissiva ou omissiva da direção do estabelecimento, se lhe sobrevierem lesões que exijam reparação e surja daí uma ação ou omissão culposa."* (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1107).

A norma inscrita no aludido dispositivo constitucional contempla a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, de maneira que se dispensa apenas a prova da culpa do agente público para estabelecer a obrigação de reparar os danos causados pela atividade administrativa, mantendo-se, por outro lado, todos os demais pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano e nexo de causalidade entre eles.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no seguinte sentido:

> *"(...) as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no mencionado art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos, quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público".* (ARE 868610 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 26.05.2015, Processo Eletrônico DJe-128 Divulg. 30.06.2015 Public. 01.07.2015).

Nessa perspectiva, para que haja a responsabilização civil do Estado por uma conduta omissiva, basta a constatação de que a lesão experimentada pela parte decorreu, direta ou indiretamente, da omissão do Poder

Público no cumprimento de um dever legal previamente estabelecido, incorrendo, desse modo, na prática de ato ilícito.

Vale consignar que a responsabilidade civil baseada nos ditames da teoria do risco administrativo só é elidida quando comprovada a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, afastando-se, pois, o nexo causal necessário entre a conduta ou omissão do agente e o dano provocado. Por sua vez, demonstrado que a vítima concorreu na provocação do evento danoso, a responsabilidade do ente público é atenuada.

Feitas tais considerações, resta verificar se houve, de fato, relação de causalidade entre o dano sofrido pela menor, ora apelada, decorrente do acidente nas dependências da Escola, e a conduta dos prepostos da instituição pública de ensino, apta a ensejar a responsabilidade civil do Município de Campo Grande.

No caso em análise, é incontroverso o fato de que a aluna J.G.R., na data do acidente, 08.03.2013, com apenas 5 anos de idade, teve o olho direito perfurado pela ponta de um arame, o que ocasionou a perda irreversível da visão.

Com efeito, o exame do acervo fático-probatório do caso em tela aponta que houve omissão específica do Poder Público quanto ao dever de guarda e vigilância, inerentes à relação de custódia estabelecida entre os agentes públicos da escola e os alunos da rede oficial de ensino, sendo certo que essa falha foi a causa determinante para a ocorrência do dano evidenciado nos autos.

Ora, foi demonstrado que o acidente ocorreu pela omissão do ente público no dever de prevenir acidentes, não havendo falar em culpa exclusiva da vítima ou ainda em ausência de nexo de causalidade, ainda quando a falha se refere ao dever de vigilância que deve ser rigorosamente cumprido em escola em que estudam crianças de pouca idade, como no caso.

Nesse sentido, é patente o ato ilícito praticado pelo município, consistente na omissão em prestar a devida assistência/proteção à menor submetida à custódia estatal, uma vez que se encontrava em estabelecimento oficial de ensino quando se lesionou gravemente, devido à ausência/insuficiência de supervisão e cuidado dos profissionais de educação no momento recreativo.

Logo, constatado o ilícito, representado pela conduta omissiva do Poder Público, o dano sofrido pela menor e o liame causal entre essas circunstâncias, resta configurada a responsabilidade civil do Estado, na modalidade objetiva, emergindo daí o dever de indenizar.

Do quantum indenizatório do dano moral concedido à criança.

Em apelação, ambas as partes se insurgem em relação ao valor arbitrado a título de dano moral concedido à menor apelante.

Pois bem, quanto ao valor arbitrado a título de indenização pelos danos morais, não se pode olvidar que se trata de questão delicada, que requer uma análise mais abrangente, sendo que a ausência de critério fixo dificulta ao magistrado a quantificação do dano moral.

O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento da sua dor psíquica, sem com isso, produzir-lhe o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a ocorrência de novos episódios.

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua*

experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso." (RESP nº 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5.6.2000).

Dessa forma, deve-se atentar também para as condições financeiras das partes, pois é certo que o valor da indenização deve ser estabelecido em patamar suportável, sem obrigar o condenado a grandes mudanças e dificuldades financeiras ou de sobrevivência.

Desse modo, levando em conta a gravidade do ocorrido, e a condição econômica das partes, e os patamares usualmente praticados por esta Corte, entendo que para a controvérsia examinada, adequado se mostra o valor fixado em primeira instância, montante este que não se mostra nem tão baixo assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais, nem tão elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

No caso em análise, ocorreu a perda da visão do olho direito da menor apelante, fato gravíssimo que culminou num dano irreversível que lhe causou dor e sofrimento que, fugindo da normalidade, interferiu no seu comportamento psicológico, causando aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem-estar, principalmente em razão da deficiência física que a acometeu em tão tenra idade.

Assim, verifico que a fixação da indenização no patamar indicado na sentença objurgada, no importe de R$ 76.320,00 (setenta e três mil e trezentos e vinte reais), se mostra adequada a satisfazer a justa proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano moral sofrido pela menor autora, bem como atende ao caráter compensatório e ao mesmo tempo inibidor a que se propõe a ação de reparação por danos morais, nos moldes estabelecidos na constituição, suficiente para representar um desestímulo à prática de novas condutas pelo agente causador do dano.

Do dano estético

Afirmam os apelantes que a lesão no olho direito da criança, que culminou na perda da visão, lhe ocasionou também dano estético permanente.

Importante consignar que, nos termos da Súmula 387 do C. STJ, é possível a cumulação por danos morais e estético, na medida em que o primeiro se refere ao sentimento da pessoa frente ao dano, ao passo que o segundo afeta sua integridade física com reflexos na imagem perante a sociedade.

Assim, embora o dano estético, no caso em apreço, tenha a mesma origem dos danos morais, é perfeitamente cabível sua cumulação.

É inconteste o dano estético, afinal, trata-se de uma criança, que contava com apenas 5 anos de idade na época do acidente, a qual em decorrência deste perdeu, de forma definitiva, a visão do olho direito. O abalo psíquico e emocional decorrente da deformidade permanente, assim como a repercussão negativa deste fato na aparência de alguém são inegáveis, e demandam reparação.

O laudo pericial de f. 576-580 confirma o dano estético ocasionado pelo acidente ao responder aos seguintes quesitos:

"(...) e) Esteticamente, houve alteração do olho direito em decorrência da perfuração?

Sim, como descritas.

f) Em caso positivo, quais alterações?

Fechamento parcial palpebral por possível comprometimento de musculatura periorbitral.

(...)".

Como se observa, o dano estético restou devidamente comprovado.

À luz das lições de Antonio Jeová Santos (Dano Moral Indenizável, 3ª edição), o dano estético: *"compreende todo menoscabo, diminuição e perda da beleza física de uma pessoa; é alteração que se traduz em uma deterioração dessa harmonia corporal, propriedade dos corpos que os tornam agradáveis aos olhos de outras pessoas"*.

A propósito do dano estético, relevantes os ensinamentos de Regina Beatriz Tavares da Silva:

> *"(...) Muito embora a causa ou ação lesiva seja a mesma, já que vários direitos da personalidade são ofendidos, o dano estético é dano moral agravado.*
>
> *O dano estético é ocasionado por ofensa tríplice, que atinge a integridade física, a imagem e a honra.*
>
> *O dano estético tem consequência dúplice, que atinge, concomitantemente, dois aspectos da personalidade do lesado: intrínsecos e extrínsecos.*
>
> *Ao violar a integridade física, o aspecto exterior da personalidade é atingido. Por ser aparente, viola a imagem, atingindo este aspecto extrínseco da personalidade.*
>
> *E também viola a honra, sempre no aspecto intrínseco deste direito da personalidade - a autoestima -, e, se o dano estético não puder ser escondido pelo vestuário, também atingirá a reputação ou consideração social da vítima, que é outro aspecto extrínseco da personalidade.*
>
> *Em suma, o dano estético, pela transformação física aparente e prejudicial que causa na pessoa do lesado, afeta, ao mesmo tempo, aspectos interiores e exteriores da personalidade."* (Responsabilidade civil da área da saúde. 2. ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73).

Assim, merece reforma a parte da sentença que indeferiu o pedido de indenização por dano estético.

Diante das peculiaridades do acidente, e já explanada toda fundamentação sobre a mensuração do valor da indenização extrapatrimonial, a indenização por dano estético deverá ser fixada em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), quantia esta que se mostra razoável e proporcional ao caso posto em análise.

Dos danos materiais – pensão mensal

Aduz o Município apelante que o pedido de pensão não deve prosperar, haja vista que a menor apelante não sofreu invalidez permanente para todas as atividades laborativas.

Por sua vez, os autores apelantes sustentam que a pensão para a vítima arbitrada na sentença até a idade de 25 anos deve ser estendida para a média de idade da mulher brasileira, conforme o IBGE, que é de 79,4 anos, pois, conforme laudo pericial, a lesão é irreversível.

No caso, presumível, por evidência, que o dano sofrido pela menor lhe ocasionou sequelas permanentes e redutora de sua capacidade laboral, hipótese que avoca a previsão do art. 950, do CC, *litteris*:

> *"Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão,* ***ou se lhe diminua a capacidade de trabalho****, a indenização além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença,* ***incluirá pensão correspondente*** *à importância do trabalho pra que se inabilitou ou* ***da depreciação que ele sofreu****.*
>
> *Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez".* (Destacou-se).

A perda da visão de um olho é um transtorno imensurável, fazendo com que a pessoa perca parte relevante de sua visão periférica, sendo evidente a perda ou redução da capacidade laborativa.

Com efeito, há que ser estendida a pensão até a média de idade, conforme dados do IBGE, permanecendo o valor de 1 salário mínimo fixado na sentença, uma vez que é esse o piso remuneratório constitucional, considerada, ainda, a situação socioeconômica familiar dos apelantes.

Soma-se a isso o fato da autora, menor impúbere, não exercer atividade remunerada, o que faz com que valor de um salário mínimo se mostre razoável.

Como se observa, a pensão deve ser mantida para compensar a redução parcial de sua capacidade laborativa, pois, resta claro que a perda da visão de um olho dificultará sua inserção no mercado de trabalho.

Concluiu o *expert*, sobre esta questão:

> *"(...) Em conclusão, a periciada deve ser considerada portadora de perda visual direita irreversível, decorrente do traumatismo registrado no processo, acarretando em invalidez permanente especialmente para qualquer tipo de atividade que lhe exija visão binocular ou estereoscópica" (f. 580).*

No sentido desse raciocínio, transcrevem-se excertos da jurisprudência do Colendo STJ, *verbis*:

> *"(...) omissis(...)* ***3. Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ilícito, não exercia atividade remunerada, o rendimento vitalício costuma ser fixado em um salário-mínimo.*** *Precedentes (...) omissis (...)"* (Resp 703194/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 16/09/2008). (Destacou-se).
>
> *"(...) omissis(...) 2. A base de cálculo da* ***pensão*** *deferida em razão da* ***redução da capacidade laborativa*** *de vítima* ***que não exerce atividade remunerada*** *deve se restringir* ***a 1 (um) salário mínimo(****...) omissis(...)".* (Resp 519258/SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe de 19/05/2008). (Destacou-se).
>
> *"(...) omissis(...) ATO ILÍCITO – VÍTIMA – PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA – PRESUNÇÃO – POSSIBILIDADE – PENSÃO – FIXAÇÃO – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL – NECESSIDADE – SÚMULA 313.*
>
> *1. Presume-se a redução da capacidade laborativa da vítima de ato ilícito que sofre graves sequelas físicas permanentes, evidentemente limitadoras de uma vida plena.2.* ***O só fato de se presumir que a vítima de ato ilícito portadora de limitações está capacitada para exercer algum trabalho não exclui o pensionamento, pois a experiência mostra que o deficiente mercado de trabalho brasileiro é restrito mesmo quando se trata de pessoa sem qualquer limitação física.****3. Sem provas do exercício de atividade remunerada, tampouco de eventual remuneração recebida antes do ato ilícito, a vítima tem direito a pensão de 1 (um) salário mínimo, desde o evento danoso até o fim de sua vida. 4. A indicação de termo final do pensionamento só é cabível quando se pretende pensão por morte, pois deve-se presumir que a vítima, não fosse o ato ilícito, viveria tempo equivalente à expectativa média de vida do brasileiro.*
>
> *(...) omissis(...)"* (Resp 899869/MG, Relator Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, DJe de 26/03/2007, pág. 242). (Destacou-se).

No que se refere à idade para pagamento da pensão, o Superior Tribunal de Justiça entende:

> *"(...) a fixação da idade de 65 anos como termo final para pagamento de pensão indenizatória não é absoluta, podendo ser estabelecido outro limite com base nas informações do IBGE, no que se refere ao cálculo de sobrevida da população média brasileira" (AgRg no AREsp 433.602/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 23/2/2016)."*

Inclusive, em alguns julgados a Corte Superior entende que *"a pensão por incapacidade permanente é vitalícia, pois a deficiência acompanhará a vítima ao longo de toda a sua vida."* (AgRg no REsp 1391668/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 10/09/2015).

No caso em análise, a sentença fixou a pensão mensal que deverá ser paga até a autora completar vinte e cinco (25) anos de idade.

No recurso de apelação, a autora pleiteou o aumento do tempo de pagamento da pensão até que complete setenta e nove (79,4) anos de idade.

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nestes casos, o termo final da pensão deve ser de acordo com a expectativa de vida do brasileiro, definida pelo IBGE, que é de 75 anos de idade.

Sobre o tema no STJ:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – 1. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE DENEGOU O PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – 2. CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL INDIRETA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – 3. COISA JULGADA NO PROCESSO CRIMINAL – CONTROVÉRSIA A RESPEITO DO FUNDAMENTO UTILIZADO – INCIDÊNCIA, NOVAMENTE, DA SÚMULA 7/STJ – 4. RESPONSABILIDADE CIVIL – COMPROVAÇÃO DA CULPA – BOLETIM DE OCORRÊNCIA LAVRADO POR POLICIAL RODOVIÁRIO QUE ESTEVE NO LOCAL DOS FATOS – PROVA QUE SE MOSTRA HÁBIL A AMPARAR A CONVICÇÃO DO JUIZ – 5. PENSÃO MENSAL – ÓBITO DE FILHA MAIOR DE IDADE – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA MÃE QUE DEVE SER COMPROVADA – AUXÍLIO FINANCEIRO DEMONSTRADO, NA HIPÓTESE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – 6.* ***TERMO FINAL DA PENSÃO – EXPECTATIVA MÉDIA DE VIDA DO BRASILEIRO DEFINIDA PELO IBGE –*** *ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – 7. DANOS MORAIS – MONTANTE INDENIZATÓRIO – PRETENSÃO DE REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PATAMAR FIXADO DENTRO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – 8. CONHECIDO O AGRAVO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESTA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO, MEDIANTE JUÍZO DE RETRATAÇÃO.*
>
> *[...]*
>
> *Continuando, ainda, a debater a respeito da* ***pensão, notadamente sobre o termo final****, depreende-se que, de fato, possui razão o insurgente, no sentido de que* ***se deve considerar como parâmetro a expectativa média de vida da população brasileira estabelecida pelo IBGE****. É o que se percebe das seguintes ementas dos julgados desta Casa (sem grifo no original):*
>
> *RECURSOS ESPECIAIS – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE AÉREO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – ENTE SEGURADOR – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – SEGURO FACULTATIVO – RENÚNCIA DO SEGURADO À LITISDENUNCIAÇÃO – DANO MATERIAL – MONTANTE CONDENATÓRIO – INCLUSÃO DE 13º SALÁRIO, FÉRIAS E FGTS – POSSIBILIDADE – VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO – ADIÇÃO DE VERBAS DE CARÁTER EVENTUAL OU NÃO REMUNERATÓRIO – INADMISSIBILIDADE – LUCRO CESSANTE – NÃO CONFIGURAÇÃO – TRATAMENTO PSICOLÓGICO – CUSTEIO – PROVIDÊNCIA CONCEDIDA – SÚMULA Nº 7/STJ – SEGURO OBRIGATÓRIO – ADIANTAMENTO DE VALORES – COMPENSAÇÃO – NECESSIDADE. [...]* ***10. A pensão mensal por ato ilícito deve perdurar (termo final) até a data em que a vítima atingisse a***

> ***idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE****, ou até o falecimento do beneficiário, se tal fato ocorrer primeiro. 11. Esta Corte Superior tem afastado a incidência da Súmula nº 7/STJ e reexaminado o montante fixado a título de danos morais pelas instâncias ordinárias caso se revele irrisório ou exorbitante. Necessidade de adequação aos parâmetros jurisprudenciais. Redução do valor indenizatório para R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para cada autor a fim de compensar os danos morais sofridos com a morte em acidente aéreo do cônjuge e genitor, respectivamente."* (REsp 1.422.873/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018) (g.n.)

Seguindo esse raciocínio, a expectativa de média do brasileiro em 2018 é de 75,8 anos, conforme última notícia sobre o assunto retirada do site do IBGE[1], portanto, deve ser estendido o patamar fixado na sentença para a idade de 75 anos.

Entendo, no entanto, que o pagamento não deve ser realizado em parcela única, conforme requerido, pois além de ser menos gravoso ao pagador (Município), é mais benéfico ao menor, protegendo-o de eventual má administração da quantia recebida, o que comprometeria sua subsistência.

A propósito:

> *"(...) 3. A regra prevista no art. 950, parágrafo único, do CC, que permite o pagamento da pensão mensal de uma só vez, não deve ser interpretada como direito absoluto da parte, podendo o magistrado avaliar, em cada caso concreto, sobre a conveniência de sua aplicação, a fim de evitar, de um lado, que a satisfação do crédito do beneficiário fique ameaçada e, de outro, que haja risco de o devedor ser levado à ruína. (...)"* (REsp 1349968/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 04/05/2015).

Assim, quanto a esse ponto, não se acolhe o pedido dos autores.

Dos danos morais pleiteados pelos genitores da vítima.

Os pais da menor alegam que fazem jus a indenização por dano moral não só pela ocorrência do acidente envolvendo sua filha, mas também por todo sofrimento e peregrinação enfrentada para conseguir atendimento desde o dia do acidente que acabou culminando na perda definitiva da visão do olho direito da criança.

Impende frisar que durante o período em que o menor permanece na escola, cabe à instituição o dever de vigilância, sendo-lhe transferida pelos pais, a responsabilidade sobre o aluno que estuda em suas dependências.

Cabe ao Estado, pelo princípio constitucional da responsabilidade objetiva previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, reparar os danos causados por atos omissivos ou comissivos praticados pelos agentes estatais.

Evidenciado o ato ilícito e o nexo causal com a perfuração do olho da criança ocasionando perda da visão, o réu deve responder pelos danos morais enfrentados pela criança e pelos seus pais.

É patente a dor moral sofrida pelos pais da vítima no presente caso, pois além de tomarem conhecimento de que a filha de apenas cinco anos de idade perderia a visão do olho direito, enfrentaram todo sofrimento e desgaste emocional ante a dificuldade de obter um atendimento rápido e eficiente por parte do município, haja vista que, conforme narrado pelos genitores, a cirurgia, já agendada, chegou a ser cancelada por falta de pagamento. Trata-se de dano moral reflexo.

Nesse mesmo sentido, do reconhecimento do dano moral reflexo, os seguintes precedentes:

1 https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos

"APELAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRETENSÃO À COMPOSIÇÃO CIVIL DE DANOS MATERIAIS E MORAIS, ESTRIBADOS NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA, PRECONIZADA PELO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL MENOR, CONTANDO 03 (TRÊS) ANOS DE IDADE, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA ("SÍNDROME DE DOWN"), QUE DURANTE O HORÁRIO ESCOLAR É AGREDIDO POR COLEGA, TAMBÉM DE TENRA IDADE – NARRATIVA DOS FATOS E DOCUMENTOS COLACIONADOS QUE DÃO CONTA DE 12 (DOZE) MORDIDAS, OCASIONANDO FERIMENTOS DE NATUREZA LEVE – TESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, RENDENDO ENSEJO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AO MENOR AGREDIDO, BEM COMO AOS SEUS GENITORES – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA DOS GENITORES – Rejeição Posto que as agressões tenham sido desferidas contra o demandante Pedro Henrique (menor), certo é a possibilidade de ocasionar, por ricochete, dano moral aos seus genitores "1. Não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem admitido a possibilidade dos parentes do ofendido e a esse ligados afetivamente, postularem, conjuntamente com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. 2. Trata-se de hipótese de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores" (STJ, AgRg no REsp 1212322/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03.06.14).

"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DANO REFLEXO OU POR RICOCHETE – LESÕES FÍSICAS DECORRENTES DE QUEDA DE GALHO DE ÁRVORE SOBRE TRANSEUNTE – ATO PRATICADO NA VIGÊNCIA DO ANTIGO CPC – APLICAÇÃO DO ARTIGO 14 DO NOVO CPC – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – AS ÁRVORES PLANTADAS NAS VIAS PÚBLICAS INTEGRAM O PATRIMÔNIO URBANÍSTICO DA CIDADE, CABENDO AO MUNICÍPIO O DEVER DE CONSERVAR E FISCALIZAR AS ÁRVORES PLANTADAS EM VIA PÚBLICA, AVALIANDO CONSTANTEMENTE O ESTADO EM QUE SE ENCONTRAM – CIRCUNSTÂNCIAS E CAUSA DO INFORTÚNIO INCONTROVERSAS – COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA NEGLIGENTE DO MUNICÍPIO NO CUIDADO COM A MANUTENÇÃO DE ÁRVORES E O EVENTO DANOSO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR APTOS A ROMPER O NEXO DE CAUSALIDADE – DANOS MORAIS REFLEXOS CARACTERIZADOS – AUTORA TEVE SUA ESFERA PSÍQUICA ATINGIDA DE FORMA REFLEXA PELO ACIDENTE, POIS, EM RAZÃO DA QUEDA DO GALHO DA ÁRVORE, SEU FILHO À ÉPOCA COM APENAS SETE ANOS SOFREU TRAUMATISMO CRÂNIO ENCEFÁLICO GRAVE, PASSOU POR CIRURGIA E FICOU AFASTADO DAS ATIVIDADES ESCOLARES POR 30 DIAS – MANUTENÇÃO DO MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA PARA A COMPENSAÇÃO DOS DANOS MORAIS (R$ 10.000,00) – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO." (TJSP - Apelação 0053594-30.2012.8.26.0576, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maurício Fiorito, j. 06.09.2016, v.u.)

Sobre o valor da indenização, cumpre salientar que este tem por objetivo propiciar ao lesado alguma compensação pela dor e angústia sofridas.

Deve, porém, ser fixada com razoabilidade, de modo que possa amenizar a dor moral e preservar o seu caráter também dissuasório, sem implicar enriquecimento sem causa da vítima.

No presente caso, fixo o valor de R$ 20.000,00 para os genitores da vítima, por entender que referida quantia cumpre sua finalidade compensatória, punitiva e preventiva.

Da correção monetária e dos juros de mora

Com relação à indenização por danos morais, os juros devem ter fluência a partir do evento danoso até a data do efetivo pagamento, na forma da Súmula 54 do STJ, e a correção monetária, por sua vez, deverá deve

ter incidência desde a data do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ. Conforme precedente do STF, os juros de mora devem ser calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança e a correção monetária, nos termos da recente decisão do STF, nos autos das ADINs nº 4425 e 4357, deve ser mantido o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até a data de 25/03/2015, sendo que após, será aplicado o IPCA-E.

Por todas essas considerações:

> *"1) nego provimento ao recurso do Município de Campo Grande;*
>
> *2) dou parcial provimento ao recurso de J.G.R., P.G.F. e J.M.O., para o fim de condenar o Município de Campo Grande ao pagamento de:*
>
> *A) de indenização em favor de J.G.R., por danos estéticos, no valor de R$ 30.000,00, corrigidos pela TR até 25.03.2015, e após pelo IPCA-E, desde o arbitramento e juros de mora pelos índices oficiais aplicados à caderneta de poupança, a contar do evento danoso;*
>
> *B) ao pagamento de pensão mensal de um salário mínimo mensal, até que a menor complete 75 anos de idade;*
>
> *C) ao pagamento de indenização por danos morais em favor de P.G.F. e J.M.O.R. no valor de R$ 20.000,00, corrigida pela TR até 25.03.2015, e após pelo IPCA-E, desde o arbitramento e juros de mora pelos índices oficiais aplicados à caderneta de poupança, a contar do evento danoso;*
>
> *D) das verbas de sucumbência, arbitrando-se honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da condenação considerado, nesse percentual, também o acréscimo previsto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil."*

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marco André), após o relator dar parcial provimento ao recurso dos autores e negaram provimento ao recurso do réu. O 2º vogal aguarda.

VOTO (17/09/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1º vogal)

Peço *venia* para divergir do relator, em parte, dando parcial provimento ao apelo dos autores, em maior extensão.

Isto porque, como já relatado, tratam-se de recursos voluntários e remessa necessária contra a decisão proferida pelo MM. juiz de direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que, no autos de ação de reparação de danos morais, estéticos, materiais e pensão c/c obrigação de fazer que J.G.R. e seus genitores, promovem em face da Prefeitura Municipal de Campo Grande, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o requerido no pagamento de indenização no valor de R$ 76.320,00 (setenta e seis mil, trezentos e vinte reais) a título de danos morais em favor da autora, bem como uma pensão mensal no valor correspondente a um salário mínimo, desde a data do fato (28.08.2013) até que complete 25 anos de idade.

Com efeito, considerando a responsabilidade civil das escolas públicas em relação aos seus alunos, a qual é regida pela norma insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever de indenizar os danos quando evidente a omissão específica no dever de guarda e preservação da incolumidade física dos estudantes que lhes são confiados, entendo que o *quantum* indenizatório fixado pelo ilustre relator no voto condutor deve ser majorado.

No particular, a apelante contava com apenas 05 (cinco) anos de idade à época do acidente que ocasionou a incapacidade permanente de sua visão. Era aluna do pré-escolar e estava no intervalo do recreio.

A causa do acidente decorre, inegavelmente da desídia dos responsáveis pela guarda e proteção dos alunos - ainda que em horário de intervalo para o recreio - porquanto a apelante esbarrou em uma tabela de arame que estava danificada e afixada em frente a uma porta desativada, cujo vergalhão acabou perfurando seu olho direito, causando-lhe o irreparável trauma ocular.

A situação é deveras traumática e possui grande repercussão que justifica majoração ao montante arbitrado pelo Relator, haja vista que a vítima jamais se recuperará desse evento.

Não fosse o inegável trauma decorrente da perda da acuidade visual direita, que por si só já caracteriza o dever de indenizar os danos morais, a parte autora teve alteração estética do olho direito em razão da perfuração, consistente no fechamento parcial palpebral, por comprometimento da musculatura periorbital.

Ora, em se tratando de acidente, em que há lesão física, é inegável a caracterização da ofensa moral, porque colocada em risco a vida e a integridade física, direitos fundamentais da personalidade. Se o evento danoso deixa sequelas e marcas aparentes na vítima, também está configurado o dano estético.

A deformidade física que acompanhará a autora por toda a vida é patente e merece reparação, até porque, nos termos da Súmula 387 do C. STJ, é possível a cumulação por danos morais e estéticos, na medida em que o primeiro se refere ao sentimento da pessoa frente ao dano, ao passo que o segundo afeta sua integridade física com reflexos na imagem perante a sociedade.

E aqui, vale a reprodução da doutrina de Wilson Melo da Silva, citada por Rui Stocco *(in* Tratado de responsabilidade Civil, 5ª ed., RT 2001, p. 1356):

> *"O dano estético não é apenas o aleijão, mas, também as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, num 'afeamento' da vítima ou que pudessem vir a se constituir para ela numa simples lesão 'desgostante' ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos".* (O dano estético, RF 194/23).

Logo, sem alterar o resultado do julgamento na forma como proferido pelo ilustre relator, dou-lhe maior extensão, no sentido de que os danos estéticos suportados pela autora sejam majorados de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), diante de sua gravidade e repercussão das sequelas permanentes ocasionadas à menor.

De igual forma, é necessária a majoração do dano moral fixado no voto condutor em favor dos genitores da parte autora.

Com efeito, a indenização por danos morais é devida apenas e tão-somente ao lesado direto, ou seja, a quem experimentou imediata e pessoalmente as consequências do evento danoso.

Deve-se reconhecer, contudo, que, em alguns casos, não somente o prejudicado direto padece, mas outras pessoas a ele estreitamente ligadas são igualmente atingidas, tornando-se vítimas indiretas do ato lesivo. Assim, experimentam os danos de forma reflexa, pelo convívio diuturno com os resultados do dano padecido pela vítima imediata, por estarem a ela ligadas por laços afetivos e circunstâncias de grande proximidade, aptas a também causar-lhes o intenso sofrimento pessoal.

Sérgio Severo assinala que: Sobrevivendo a vítima direta, a sua incapacidade pode gerar um dano a outrem. Neste caso, o liame de proximidade deve ser mais estreito. Os familiares mais próximos da vítima direta gozam o privilégio da presunção - *juris tantum* - de que sofreram um dano em função da morte do parente, mas, se a vítima sobreviver, devem comprovar que a situação é grave e que, em função da convivência com a vítima, há um curso causal suficientemente previsível no sentido de que o dano efetivar-se-á ("Os danos extrapatrimoniais", São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 25/26).

No particular, é presumível o sofrimento e angústia suportados pelos genitores da criança em decorrência da incapacidade e da gravidade dos danos causados à integridade física – perda da visão.

A jurisprudência do STJ, há tempos, admite a indenização por danos morais indiretos ou reflexos, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> *"RECURSO ESPECIAL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIRETO AJUIZADA PELO CÔNJUGE DA VÍTIMA – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – INOCORRÊNCIA – NULIDADE DA TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL HAVIDA ENTRE AS PARTES – INEXISTÊNCIA – ARGUIÇÃO EM AÇÃO PRÓPRIA – NECESSIDADE – RESSARCIMENTO DE DANO MORAL INDIRETO – NATUREZA E FUNDAMENTOS DIFERENTES DAQUELES CONTIDOS NA AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS AJUIZADA PELA VÍTIMA DO ACIDENTE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO – FIXAÇÃO DE MULTA – DESCABIMENTO – AFASTAMENTO – NECESSIDADE – INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 98 DA SÚMULA/STJ – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA AFASTAR A MULTA FIXADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO."* (REsp 1041715/ES, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 13/06/2008)
>
> *"DANO MORAL – PROVA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – DESNECESSIDADE – MORTE – DANO MORAL E MATERIAL – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – SÚMULA 37.*
>
> *- É possível reparação moral por morte de parente próximo independentemente de prova de dependência econômica.*
>
> *- Os parentes próximos do falecido podem cumular pedidos de indenização por dano material e moral decorrentes da morte."* (REsp 331.333/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 13/03/2006);
>
> *"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CPC NÃO CARACTERIZADA – AÇÃO REPARATÓRIA – DANOS MORAIS – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO VIÚVO – PREJUDICADO INDIRETO – DANO POR VIA REFLEXA. I - Dirimida a controvérsia de forma objetiva e fundamentada, não fica o órgão julgador obrigado a apreciar, um a um, os questionamentos suscitados pelo embargante, mormente se notório seu propósito de infringência do julgado. II – Em se tratando de ação reparatória, não só a vítima de um fato danoso que sofreu a sua ação direta pode experimentar prejuízo moral. Também aqueles que, de forma reflexa, sentem os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando prejuízos, na condição de prejudicados indiretos. Nesse sentido, reconhece-se a legitimidade ativa do viúvo para propor ação por danos morais, em virtude de ter a empresa ré negado cobertura ao tratamento médico-hospitalar de sua esposa, que veio a falecer, hipótese em que postula o autor, em nome próprio, ressarcimento pela repercussão do fato na sua esfera pessoal, pelo sofrimento, dor, angústia que individualmente experimentou. Recurso especial não conhecido."* (REsp 530.602/MA, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ 17/11/2003).

Diante desse cenário, ante a gravidade da lesão sofrida pela menor que inegavelmente repercutiu diretamente em seus genitores, acompanho o voto condutor para reconhecer o dano moral reflexo, dando provimento ao recurso dos coautores para, em maior extensão, majorá-los de R$ 20.00,00 (vinte mil reais) para R$ 30.000,00 (trinta mil reais) em favor de cada um de seus genitores.

Dispositivo final

Ante o exposto, divergindo em parte do relator, dou parcial provimento ao apelo dos autores, em maior extensão, relativamente ao *quantum* indenizatório, o qual entendo deva ser fixado em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor da autora a título de indenização pelos danos estéticos suportados e, em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) em favor de cada um de seus genitores, a título de indenização por dano moral reflexo.

No mais, acompanho o relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

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

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso dos autores e negaram provimento ao recurso do réu, nos termos voto do relator, vencidos o 1º e 3º vogais. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

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, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Vilson Bertelli e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação Cível nº 0017440-16.2011.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – VAGA DE GARAGEM EM EDIFÍCIO DE APARTAMENTO – INTEGRALIZAÇÃO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NO CURSO DA LIDE – POSSIBILIDADE – USUCAPIÃO ORDINÁRIA – JUSTO TÍTULO – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – BOA FÉ PRESUMIDA – POSSE ININTERRUPTA E PACÍFICA SUPERIOR A 10 ANOS – RECURSO PROVIDO.

É possível ocorrer a integralização do prazo necessário à aquisição prescricional para fins de usucapião no curso da lide, tendo como termo final a data da prolação da sentença, consoante autoriza o artigo 493, do CPC.

A usucapião é modo de aquisição da propriedade pela posse prolongada da coisa, com observância dos requisitos legais. Nos termos do artigo 1.242, do CC, são requisitos para a usucapião ordinária, além dos que são comuns a toda espécie de prescrição aquisitiva - posse ininterrupta e sem oposição – o decurso de 10 anos, acompanhado de justo título e boa fé.

Conforme precedentes do STJ, o instrumento de promessa de compra e venda insere-se na categoria de justo título apto a ensejar a declaração de usucapião, sendo presumível a boa-fé.

Comprovados os requisitos ensejadores da usucapião ordinária, a procedência do pedido de pretensão aquisitiva é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de outubro 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 Elizabete Coimbra Lisbôa contra decisão proferida pelo MM juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de usucapião que move contra Afonso Henrique Lagoeiro Dutra, Áurea Rita de Ávila Lima Ferreira, Danielle Ferreira Dutra, Henrique Cezar de Arruda Ferreira, Marcus Vinicius de Arruda Ferreira, Maria Cristina da Costa e Silva, Maria de Fátima Arruda Ferreira e Zuleide de Arruda Ferreira.

Em síntese, alega que:

Em 03.08.2005, por meio do instrumento particular de promessa de cessão de direitos hereditários, adquiriu dos requeridos os direitos referentes à garagem nº 05 do Edifício 26 de Agosto, pelo valor de R$

5.000,00, tendo exercido a posse mansa e pacífica sobre o bem desde então, não tendo o imóvel sequer constado do processo de inventário;

Cumpriu com o princípio da função social do imóvel haja vista ter abrigado seu veículo no local, não sendo crível exigir-se que estabelecesse sua morada no bem;

Nos termos do art. 108 do CC, a transação dispensava o registro em cartório, insistindo que não se "adonou" do bem, mas sim o adquiriu dos herdeiros do de cujus, restando demonstrado o justo título;

Quando da propositura da demanda já possuía o bem por mais de 06 anos, tendo apresentado o recibo de sua compra, devidamente assinado por todos os herdeiros, não havendo se falar em ausência de interesse processual;

Considerando que até a presente data já decorreu mais der 10 anos, invoca o disposto no artigo 462 do CPC e Enunciado 497 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil, que autorizam a conversão de usucapião ordinário em extraordinário, previsto no art. 1.238, parágrafo único, do CC.

Sem contrarrazões (f. 272).

Em resposta à intimação de f. 290 dos autos, a apelante requereu a designação de audiência de conciliação.

Ocorre que os requeridos foram citados por edital e estão representados nos autos pela Defensoria Pública, que atua como curadora especial, o que torna ineficaz a designação de audiência de conciliação pretendida.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Elizabete Coimbra Lisbôa contra decisão proferida pelo juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação de usucapião que move contra Afonso Henrique Lagoeiro Dutra, Áurea Rita de Ávila Lima Ferreira, Danielle Ferreira Dutra, Henrique Cezar de Arruda Ferreira, Marcus Vinicius de Arruda Ferreira, Maria Cristina da Costa e Silva, Maria de Fátima Arruda Ferreira e Zuleide de Arruda Ferreira.

Inicialmente, defiro os benefícios da gratuidade da justiça à apelante, diante da comprovação de hipossuficiência ocorrida pela juntada dos documentos de f. 294-297 dos autos.

De acordo com a apelante, em 03.08.2005, por meio do instrumento particular de promessa de cessão de direitos hereditários, adquiriu dos requeridos os direitos referentes à garagem nº 05 do Edifício 26 de Agosto, pelo valor de R$ 5.000,00, tendo exercido a posse mansa e pacífica sobre o bem desde então, não tendo o imóvel sequer constado do processo de inventário.

Nos termos do art. 108 do CC, a transação dispensava o registro em cartório, insistindo que não se *"adonou"* do bem, mas sim o adquiriu dos herdeiros do *de cujus*, restando demonstrado o justo título, bem como que cumpriu com o princípio da função social do imóvel haja vista ter abrigado seu veículo no local, não sendo crível exigir-se que estabelecesse sua morada no bem.

Defendeu, ainda, que quando da propositura da demanda já possuía o bem por mais de 06 anos, tendo apresentado o recibo de sua compra, devidamente assinado por todos os herdeiros, não havendo se falar em ausência de interesse processual e, tendo em vista que até a presente data já decorreu mais der 10 anos, invoca o disposto no artigo 462 do CPC e Enunciado 497 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil, que autorizam a conversão de usucapião ordinário em extraordinário, previsto no art. 1.238, parágrafo único, do CC.

Com efeito, dispõem os artigos 1.238 e 1.242, ambos do Código Civil:

> *"Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.*
>
> *Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo."*
>
> *"Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.*
>
> *Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico."*

O artigo 1.238, do CC traz a hipótese de usucapião extraordinário, onde se exige o exercício da posse ininterrupta e sem oposição pelo interregno de 15 anos com *animus domini.* Por sua vez o artigo 1.242, do CC, aponta os requisitos para a usucapião ordinária que são, além dos que são comuns a toda espécie de prescrição aquisitiva (posse ininterrupta e sem oposição), o justo título e a boa fé.

De acordo com a exordial, a autora adquiriu o box de garagem que pretende usucapir, a título oneroso, em 03.08.2005. A ação, por sua vez, foi proposta em 28.03.2011, quando havia decorrido apenas 06 anos.

Nos termos do parágrafo único do art. 1.242, do CC, o prazo é reduzido para cinco anos para os casos em que o bem foi adquirido onerosamente, mas o registro imobiliário foi posteriormente cancelado. Ocorre que não é possível a aplicação do prazo reduzido previsto no parágrafo único do artigo 1.242, do CC, uma vez que não se está diante de compra e venda cujo registro imobiliário tenha sido cancelado.

Assim, *a priori*, mostra-se correta a sentença, já que não houve a comprovação do decurso de prazo sequer para a usucapião ordinária (10 anos);

Ocorre que este Sodalício reiteradamente vem se posicionamento no sentido de que é possível ocorrer a integralização do prazo necessário no curso da lide, até a prolação da sentença, a teor do disposto no artigo 493, do CPC, *in verbis:*

> *"Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.*
>
> *Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir."*

Vejamos:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – ARTIGO 1238 CC – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POSSE EXERCIDA HÁ MAIS DE 10 ANOS NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA – LAPSO TEMPORAL NÃO PREENCHIDO – SOMATÓRIA DE POSSE DE ANTECESSORES – INSUFICIÊNCIA DE PROVA – POSSIBILIDADE DE INEGRALIZAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL NO CURSO DO PROCESSO ATÉ O OMOENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA DESDE QUE DEVIDAMENTE COMPROVADOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 1238 DO CC – HIPÓTESE NÃO VERIFICADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO Conforme preconiza o artigo 371 do mesmo diploma legal, o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão, as*

razões da formação do seu convencimento. Se o conjunto probatório contido nos autos, até a data da prolação da sentença, não foram suficientes para formar o livre convencimento do juiz, porquanto não preenchidos os requisitos do artigo 1238 do Código Civil, no sentido de que a posse da autora sobre o imóvel era exercida há mais de 10 anos de forma mansa e pacífica, sem oposição ou interrupção, a improcedência do pedido é medida que se impõe. Muito embora, a jurisprudência seja no sentido de que na ação de usucapião, o prazo possa ser completado no curso do processo, deve se ter em mente que tal prazo deve ser integralizado até a data da sentença, e desde que devidamente demonstrados no momento da prolação da sentença, os requisitos exigidos para se reconhecer a usucapião extraordinária." (TJMS. Apelação Cível nº 0054826-51.2009.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, j: 16/05/2019, p: 20/05/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – POSSE DO ANTECESSOR – SEM CONTINUIDADE – ACRÉSCIMO INADMISSÍVEL – POSSE INDIRETA – TEMPO INSUFICIENTE PARA USUCAPIÃO ORDINÁRIA – AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 1.243 do Código Civil é condição para que a posse da autora seja somada a de seu antecessor para fins de usucapião que não tenha ocorrido solução de continuidade, o que se verifica, não sendo possível a soma. 2. A autora logrou êxito em comprovar a posse do imóvel, mesmo que de forma indireta quanto alugado a terceiros, desde 2009. 3. Mesmo admitindo a contagem do tempo de posse no curso da lide a autora não completou o prazo necessário de quinze anos para prescrição aquisitiva e não preenche os requisitos necessários para usucapião em menor tempo." (TJMS. Apelação Cível nº 0830254-56.2013.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 13/06/2019, p: 18/06/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – DECURSO DO PRAZO NO CURSO DA AÇÃO – DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA POSSE MANSA E PACÍFICA SOBRE O IMÓVEL – USUCAPIENDO PELO DECURSO DE MAIS 20 (VINTE) ANOS ININTERRUPTOS POR PARTE DA AUTORA/APELANTE NA DATA DA SENTENÇA – CONJUNTO PROBATÓRIO FAVORÁVEL À CONCESSÃO DA PRETENSÃO AQUISITIVA DA AUTORA/RECORRENTE – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO USUCAPIÃO QUANDO O PRAZO EXIGIDO POR LEI SE EXAURIU NO CURSO DO PROCESSO – INTELIGÊNCIA DO ART. 462 DO CPC – FATO SUPERVENIENTE E CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO PROVIDO. Autores que lograram êxito em comprovar o exercício da posse mansa, pacífica, ininterrupta e com animus domini sobre o imóvel pretendido. É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por Lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes." (TJMS. Apelação Cível nº 0102474-29.2006.8.12.0002, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 16/05/2018, p: 23/05/2018)

Entendimento contrário implicaria em ofensa ao princípio da economia e celeridade, uma vez que obrigaria a parte ao ajuizamento de nova demanda discutindo os mesmos fatos, apenas em razão de ter preenchido o requisito temporal no curso da demanda.

Dito isso, considerando que a sentença foi publicada em cartório em 16.05.2018, observa-se que já havia decorrido o prazo de 13 anos desde aquele contrato narrado na exordial, situação que afasta a possibilidade de reconhecimento da usucapião extraordinária.

Resta verificar, portanto, se a autora preencheu os demais requisitos exigidos para a usucapião ordinária, quais sejam, posse ininterrupta e sem oposição por 10 anos, justo título e a boa fé.

O primeiro dos requisitos restou devidamente demonstrado nos autos, uma vez que não houve qualquer oposição à posse que a autora exerce sobre a vaga de garagem por mais de 10 anos.

Por justo título, a doutrina considera todo documento hábil à transmissão da propriedade mas que, por padecer de algum defeito, impede a transmissão.

Consoante entendimento do STJ, o instrumento de promessa de compra e venda insere-se na categoria de justo título apto a ensejar a declaração de usucapião, consoante se vê:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DESERÇÃO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – RENOVAÇÃO DO PEDIDO – DESNECESSIDADE – PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA.*
>
> *(...)*
>
> *4. O contrato de promessa de compra e venda constitui justo título apto a ensejar a aquisição da propriedade por usucapião.*
>
> *5. A hipoteca firmada entre o antigo proprietário do imóvel e o agente financiador da obra não atinge o terceiro adquirente.*
>
> *Incidência da Súmula nº 308/STJ.*
>
> *6. A execução da garantia pelo agente financeiro em desfavor apenas do proprietário do imóvel não interrompe a prescrição da ação de usucapião por não constituir resistência à posse de quem pleiteia a prescrição aquisitiva.*
>
> *7. Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no AREsp 600.900/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015)*

O contrato firmado entre a autora e os herdeiros do proprietário do imóvel, após o seu falecimento, foi anexado às f. 7-11 dos autos, e deixa clara a aquisição da vaga de garagem nº 05 do Edifício 26 de Agosto, objeto da Escritura Pública 42.918 do Cartório da 2ª Circunscrição de Registro de Imóveis desta Capital, pelo valor de R$ 5.000,00, equivalente a 16,6 salários mínimos vigentes à época.

Por fim, é irrefutável a boa-fé da adquirente da vaga de garagem, pois, além dessa ser presumida, verifica-se que pagou aos herdeiros do *de cujus* pela aquisição do espaço.

Por oportuno, destaco que outras Cortes de Justiça já analisaram pedidos de usucapião de vaga de garagem em edifício, caso dos autos, consoante se infere:

> *"AÇÃO DE USUCAPIÃO – BOX DE GARAGEM EM EDIFÍCIO – REQUISITOS COMPROVADOS – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS – INOCORRÊNCIA. (...) 3- Comprovados os requisitos da posse ad usucapionem através de prova documental e testemunhal é lícito que a autora tenha incorporado ao seu apartamento os boxes de garagem que sempre utilizou ao longo dos 20 anos, sem ser molestada. 4- Recurso desprovido."* (TJGO - Apelação Cível nº 194529-30.2006.8.09.0051 (200691945292), Comarca de Goiânia. Acórdão publicado em 16 de maio de 2011).
>
> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL – USUCAPIÃO ORDINÁRIA – VAGA DE GARAGEM – JUSTO TÍTULO E BOA FÉ – POSSE MANSA E PACÍFICA POR MAIS DE 10 ANOS. Ação ajuizada por proprietários de imóvel adquirido com direito a uso de vaga na garagem prevista na escritura, o qual, contudo, não pôde ser registrado em razão de dúvida na cadeia sucessória. Sentença de procedência. Apelo do condomínio edilício a alegar inépcia da petição inicial e imputar nulidade à sentença porque o bem usucapido é inexistente e porque não observada a imprescindível citação dos confrontantes, além de alegar que a posse decorreu de mera liberalidade. 1. Não é inepta a petição inicial que apresenta argumentos e pedidos claros e objetivos, sendo adequada a via da usucapião para reconhecer direito de propriedade a quem não logrou incluir no registro competente o direito a uso de vaga na garagem previsto na escritura de compra e venda do imóvel residencial. 2. É despicienda a citação de confrontantes em ação de usucapião de vaga de garagem não delimitada. 3.*

Estando o direito de uso de vaga de garagem previsto na escritura de compra e venda, há justo título e boa-fé que, aliados ao exercício de posse mansa e pacífica por mais de dez anos com animus domini, autorizam a declaração da prescrição aquisitiva. 4. Recurso ao qual se nega provimento." (TJRJ - APL: 01912846619988190001 Rio de Janeiro Capital 7 Vara Cível, Relator: Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva, Data de Julgamento: 21/06/2017, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 27/06/2017)

Diante de todo o exposto, comprovados os requisitos ensejadores da usucapião ordinária, a procedência do pedido de pretensão aquisitiva é medida que se impõe.

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. 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.

Por fim, os requeridos foram citados por edital e nomeada a Defensoria Pública Estadual como curadora, não havendo que se falar em condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

Ex positis, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos iniciais para declarar a aquisição originária da propriedade da vaga de garagem em discussão nos autos.

No tempo devido, deve ser extraída carta de sentença para a devida matrícula do bem em nome das requerentes, na circunscrição imobiliária correspondente.

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. 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, 22 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação Cível nº 0802408-47.2017.8.12.0026 - Bataguassu

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – PRELIMINAR: AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DEDUZIDOS – AFASTADA – MÉRITO – SERVIDORA PÚBLICA EFETIVA MUNICIPAL DETENTORA DE CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO – APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO – CONTINUIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO APÓS O ATO DE APOSENTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PROVENTOS PERCEBIDOS PELO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COM OS PROVENTOS DE ATIVIDADE NO MESMO CARGO – A APOSENTADORIA GERA A VACÂNCIA POR IMPLICAR EM CESSAÇÃO DO VINCULO JURÍDICO ENTRE O SERVIDOR PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL – LEI MUNICIPAL Nº 1140 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE NORMA A JUSTIFICAR A PRETENSÃO (PRINCÍPIO DA LEGALIDADE) – ARTIGO 40, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA PARA A SEGURIDADE SOCIAL – PRINCÍPIO DA CONTRIBUTIVIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Afasta-se a preliminar de nulidade da sentença por ausência de análise de todos os motivos invocados para demonstrar a nulidade do processo administrativo, em razão da possibilidade do exame da totalidade das alegações em segundo grau, por conta do efeito devolutivo da apelação.

A jurisprudência dominante deste Sodalício tem entendimento no sentido de que a aposentadoria gera vacância do cargo público, de modo que, apesar de possível a cumulação de cargo público com aposentadoria, esta deve se dar em razão de outros frutos, que não o cargo em que pretende manter-se.

Uma vez aposentado pelo RGPS o servidor deve afastar-se do cargo público que ocupava, de modo que com a aposentadoria decorrente do serviço/contribuição para a administração pública há rompimento do vínculo administrativo, excetuadas as hipóteses de acumulabilidade legal prevista no artigo 37, XVI e XVII da CF, cargo eletivo ou provido em comissão, contudo apenas em relação ao cargo do qual não decorreu a aposentadoria.

Considerando que o Município de Bataguassu não instituiu o regime próprio de previdência social, os servidores contribuem para uma única fonte pagadora (o INSS), dessarte, a concessão da aposentadoria pressupõe o aproveitamento do tempo de contribuição no cargo público. Nesse vértice, a aposentadoria voluntária pelo RGPS acarreta a extinção do vínculo jurídico-administrativo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Célia Maria de Almeida contra sentença proferida pelo MM. juízo da 2ª Vara da Comarca de Bataguassu que, nos autos da ação declaratória de nulidade de ato administrativo, com pedido de liminar de reintegração no cargo público movida em face do Município de Bataguassu, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial declarando resolvido o mérito da demanda, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil e condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do patrono da parte requerida, fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, atento aos ditames do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade de tal verba vez que concedida por ocasião da sentença os benefícios da gratuidade da justiça.

Alega, em síntese, que:

A concessão de antecipação de tutela de urgência, vez que é perfeitamente possível, legal e constitucional perceber simultaneamente proventos de aposentadoria, pagos pelo INSS, com a remuneração de seu cargo efetivo a cargo do Município de Bataguassu;

A sentença carece de fundamentação, devendo ser anulada e proferida outro pelo Tribunal de Justiça, eis que se encontra apta a julgamento;

O servidor efetivo só pode ser exonerado mediante devido processo legal, o que não ocorreu no presente caso;

O ato de exoneração é ilegal, pois o fundamento utilizado já foi revogado pela Lei Municipal 1136/2002;

A aposentadoria é totalmente custeada e suportada pelo INSS, sem qualquer ônus para o Município, não incorrendo na vedação prevista no § 10 do art. 37 da CF;

É perfeitamente possível perceber simultaneamente proventos de aposentadoria, pagos pelo INSS, com a remuneração de seu cargo efetivo a cargo do Município de Bataguassu;

O art. 45, V, da Lei Municipal 661/91 é inconstitucional;

A extinção do vínculo funcional com o Município só ocorreria se este tivesse instituído regime previdenciário próprio a que se refere o art. 40 da CF;

A Lei 8.213/1991, que rege o sistema de benefícios pagos pelo INSS, não impede o recebimento cumulativo de vencimentos/remuneração do servidor em atividade, ressalvada a hipótese de aposentadoria por invalidez, o que não é o caso;

O Município de Bataguassu não instituiu regime próprio de previdência social aos seus servidores efetivos e, portanto, estes são vinculados ao RGPS.

Requer, *in fine*, preliminarmente, a concessão de tutela de urgência recursal, bem como a nulidade da sentença, sendo proferida outra perante o Tribunal de Justiça. No mérito, pugna o provimento do recurso para declarar em caráter incidental a inconstitucionalidade dos arts. 45, V, e 160, ambos da Lei Municipal de Batagassu nº 691/91 e da Lei 2390/2016 também do Município de Bataguassu, para, consequentemente, julgar procedentes os pedidos iniciais, invertendo os ônus da sucumbência.

Contrarrazões as f. 189-201 pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Célia Maria de Almeida contra sentença proferida pelo MM. juízo da 2ª Vara da Comarca de Bataguassu que, nos autos da ação declaratória de nulidade de ato administrativo, com pedido de liminar de reintegração no cargo público movida em face do Município de Bataguassu, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial declarando resolvido o mérito da demanda, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil e condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do patrono da parte requerida, fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, atento aos ditames do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade de tal verba vez que concedidos, por ocasião da sentença, os benefícios da gratuidade da justiça.

Preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação:

A recorrente sustenta, preliminarmente, nulidade da sentença diante da omissão do juízo em analisar relevantes argumentos e fundamentos que poderiam infirmar na solução da controvérsia, bem como pelo fato de que o magistrado singular deixou de analisar a questão da nulidade do ato de exoneração da autora à luz dos dispositivos constitucionais aventados.

Sabe-se que o julgador não está adstrito a analisar todos os fundamentos e pedidos da parte, desde que a fundamentação exposta em seu decisório seja suficiente, coesa e coerente, para por fim à controvérsia.

Por mais que não tivesse o magistrado rebatido todos os fundamentos e argumentos da parte recorrente, prolatou decisão final deveras fundamentada, com base em dispositivos legais que, a seu ver, não davam direito à autora de cumular proventos de aposentadoria com vencimento de cargo público efetivo, julgando, por conseguinte, improcedente sua pretensão.

É bem verdade que o magistrado não é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas; entretanto, ele não está obrigado a seguir a mesma linha de raciocínio imposta pela parte para a elucidação dos fatos.

Desde que siga os parâmetros delineados na lei e fundamente suficientemente suas conclusões, compete ao juiz firmar sua convicção acerca da situação fática narrada na inicial.

Sobre o tema:

> *"EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FRUSTRADA A TENTATIVA DE NOTIFICAÇÃO DA PARTE – PROTESTO DO TÍTULO – MORA COMPROVADA – OMISSÃO VERIFICADA QUANTO A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS SEM MODIFICAÇÃO DO DECISUM. Deve ser considerada comprovada a constituição em mora, haja vista que a devedora foi notificada por edital, conforme certidão expedida pelo Serviço Notarial e Tabelionato de Protestos, após prévia tentativa de sua notificação por correspondência enviada para o endereço constante do contrato de financiamento, a qual restou frustrada O órgão julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado. Considerando o documento acostado pela parte, deve ser deferida a gratuidade judiciária à autora somente para o processamento e julgamento dos recursos, devendo a análise de obtenção plena do benefício ser decidida no juízo de origem."* (TJMS - ED: 14137461320188120000 MS 1413746-13.2018.8.12.0000, Relator: Des. Marcelo Câmara Rasslan, Data de Julgamento: 13/03/2019, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14/03/2019)

Desta forma, afasto a preliminar de nulidade da sentença arguida pela apelante.

Mérito:

Depreende-se dos autos, que a autora é servidora pública municipal aposentada, tendo ocupado o cargo de agente administrativo, com posse na data de 06/01/1999; que a partir de 10/11/16, o INSS concedeu à autora a aposentadoria por tempo de contribuição e que em 21/06/17 foi exonerada do cargo efetivo (Portaria nº 182/2017) por ter obtido sua aposentadoria por tempo de contribuição.

Requereu sua reintegração ao cargo público.

No que se refere ao pedido de reintegração ao cargo, a autora sustenta a ausência de motivação para a exoneração.

O magistrado singelo bem analisou a questão. Vejamos (f. 96):

> *"(...) Dessa forma, conclui-se que caso existisse regime próprio de previdência no Município, até seria legitimada a hipótese de que, aposentado pelo RGPS, pudesse, o servidor público, seguir trabalhando e computando tempo para aposentadoria ou eventuais benefícios do regime próprio de previdência. Seria a situação semelhante a da contagem recíproca, conforme dispõe o § 9º do art. 201 da Constituição Federal: "para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".*
>
> *Ocorre que não é o caso. A autora, assim como todos os servidores públicos de Bataguassu, está vinculada ao RGPS, inexistindo regime próprio de Previdência Social a estimular e dar correspondência à pretensão da parte autora. (...)"*

Com efeito, *in casu*, efetivamente não se trata de aposentadoria pelo INSS em razão da atividade privada. A apelante aposentou-se junto ao INSS no cargo que exercia perante o Município de Bataguassu, o que de regra gera vacância, de forma que foi irregular o tempo excedente que a demandante permaneceu no cargo. Assim sendo, não há que se falar em ato arbitrário e ferimento de direito no presente caso.

A Constituição Federal veda a cumulação remunerada de cargos públicos e aposentadoria, sem excepcionar o regime de previdência:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração."*

Como sabido, o servidor público municipal que se aposenta pelo regime geral de previdência, utilizando o tempo de serviço prestado junto ao município, perde automaticamente o vínculo com a Administração Pública, sendo desnecessária a instauração de procedimento administrativo para tanto.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Sodalício. Inclusive com aresto por nós ementado:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL ESTATUTÁRIO – REGIME PREVIDENCIÁRIO GERAL – APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO INSS – VACÂNCIA DO CARGO – LEGALIDADE – DIREITO DE REINTEGRAÇÃO NO MESMO CARGO NÃO CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO. A extinção do vínculo de trabalho é consequência natural da aposentadoria, que gera*

vacância do cargo, pelo que não pode nele permanecer o servidor aposentado, nem tem direito à reintegração ao mesmo sem reversão da aposentadoria." (TJMS. Apelação Cível nº 0800351-68.2017.8.12.0022, Anaurilândia, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 31/05/2019, p: 03/06/2019)

"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO MUNICIPAL – APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – VACÂNCIA DO CARGO – DIREITO PÚBLICO – REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO DO MUNICÍPIO – EXTINÇÃO DO VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – DENEGAÇÃO DA ORDEM – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER. I - Tendo o servidor requerido e obtido, por opção, a aposentadoria remunerada, não pode ele continuar a prestar serviço ao Estado, seja como celetista ou estatutário, pois a aposentadoria cessa o vínculo laboral que prende o servidor. II - Seu reingresso nos quadros da administração somente é possível por meio de concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88 . III – Recurso conhecido e improvido, com o parecer." (TJMS. Apelação Cível nº 0800321-33.2017.8.12.0022, Anaurilândia, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 01/05/2019, p: 06/05/2019)

"APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA – CONTINUIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO APÓS O ATO DE APOSENTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PROVENTOS PERCEBIDOS PELO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COM OS PROVENTOS DE ATIVIDADE NO MESMO CARGO – APOSENTADORIA GERA A VACÂNCIA POR IMPLICAR EM CESSAÇÃO DO VINCULO JURÍDICO ENTRE O SERVIDOR PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A jurisprudência dominante deste Sodalício tem entendimento no sentido de que a aposentadoria gera vacância do cargo público, de modo que, apesar de possível a cumulação de cargo público com aposentadoria, esta deve se dar em razão de outros frutos, que não o cargo em que pretende manter-se." (TJMS. Apelação Cível nº 0800312-71.2017.8.12.0022, Anaurilândia, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 04/02/2019, p: 06/02/2019).

Se o servidor foi aposentado pelo regime especial (ou próprio), é lícito que acumule esse regime com o geral da previdência, tratando-se de emprego do setor privado ou de cargos acumuláveis.

No entanto, na espécie, não se trata de aposentadoria pelo INSS em razão da atividade privada, o que que permitiria que a apelante permanecesse no cargo público, com a contagem do tempo para fins de nova aposentadoria junto à municipalidade.

Entendimento diverso implicaria nova investidura da apelante no cargo, com nova e peculiar situação jurídica, sem prévia aprovação em novo concurso público, o que é vedado

Não há, dessa forma, ilegalidade no ato administrativo do Município réu, não se configurando o direito da recorrente de ser reintegrada no cargo público do qual se aposentou pelo RGPS.

Conclusão:

Ex positis, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Com fulcro no § 11 do art. 85 do CPC, arbitro a verba honorária em benefício do patrono do apelado em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa fica sua exigibilidade por encontrar-se a apelante sob o pálio da Justiça graciosa.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho.

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, 5 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Agravo de Instrumento nº 1407142-02.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA – ALEGAÇÃO DE PUBLICAÇÕES OFENSIVAS EM REDE SOCIAL – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DAS POSTAGENS E PROIBIÇÃO DE NOVAS PUBLICAÇÕES – AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO DO AGRAVANTE – DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO-RECURSO IMPROVIDO

A liberdade de expressão, posto que tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral, serve de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica sua posição de preferência em tese (embora não de superioridade) em relação aos direitos individualmente considerados.

Assim, a restrição à livre manifestação do pensamento somente se justifica em situações excepcionais, nas quais se verifica evidente abuso de direito, nos termos do que preconiza o art.187 do Código Civil, com sacrifício desarrazoado a outros direitos da personalidade, tidos como emanação da dignidade da pessoa humana.

Da análise das mensagens postadas, não vislumbrei qualquer excesso por parte da agravada, mas apenas o exercício do seu direito de opinião. O que se percebe é que a agravada se valeu de uma rede social para manifestar o seu descontentamento com a conduta do agravante como pai (principalmente em relação ao pagamento de pensão alimentícia) sem, contudo, ultrapassar os limites da crítica e de seu ponto de vista.

Portanto, nesse momento e à luz dos elementos do caderno processual, conclui-se que a agravada não excedeu os limites para a manifestação do seu pensamento, razão pela qual não se verifica a probabilidade do direito do agravante, devendo ser mantida a decisão que negou a tutela de urgência vindicada.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de outubro de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A. R. C. contra a decisão proferida pelo MM. juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande na Ação de Indenização por Danos Morais nº 0813324-50.2019.8.12.0001, que move em face de L. de O. G.

Narra que intentou a inicial visando obrigar a agravada a excluir todos os "*posts*" que denigrem a imagem do agravante em suas redes sociais, bem como a abster-se de veicular nas redes sociais todo e qualquer fato correlato à execução de alimentos que tramita em seu desfavor.

Conta que o magistrado denegou a concessão da tutela de urgência, decisão contra a qual se insurge.

Alega que, desde o ajuizamento da ação de execução de alimentos, a agravada vem utilizando das redes sociais para dar vazão ao seu ódio e descontentamento em relação à suposta inadimplência do agravante com a pensão alimentício de seu filho.

No entanto, afirma que nunca negou assistência ao sobredito menor, entretanto, o valor atual da pensão alimentícia – R$500,00 (quinhentos reais) – está muito aquém da sua capacidade financeira, posto que arca com diversos outros insumos, como roupas, remédios, carrinhos e, recentemente, uma bicicleta de R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Defende que já existem nos autos principais provas suficientes acerca da conduta do agravante como pai, e o quão inverdadeiras são as postagens da agravada, que, além de difamatórias, são de extremo mau gosto.

Argumenta ser totalmente desnecessária a divulgação de movimentações dos autos para restar configurada a quebra ilegal do segredo de justiça, bastando que a pessoa fale ou divulgue questões revestidas de caráter sigiloso, tal como a ordem de prisão expedida em desfavor do agravante, que no contexto da postagem da Agravada parece ser justa.

Pede efeito suspensivo e, ao final, pugna pelo provimento do presente recurso, reformando-se a decisão impugnada, a fim de obrigar a agravada a excluir de suas redes sociais todas as postagens relativas ao agravante, bem como abster-se de postar coisas novas no mesmo sentido.

O efeito almejado foi negado.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A. R. C. contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande na Ação de Indenização por Danos Morais nº 0813324-50.2019.8.12.0001, que move em face de L. de O. G.

Narra que intentou a inicial visando obrigar a Agravada a excluir todos os *posts* que denigrem a imagem do agravante em suas redes sociais, bem como a abster-se de veicular nas redes sociais todo e qualquer fato correlato à execução de alimentos que tramita em seu desfavor.

Conta que o magistrado denegou a concessão da tutela de urgência, decisão contra a qual se insurge.

Pois bem.

Nas democracias modernas, um dos princípios basilares é a liberdade de expressão, assegurando pensamentos e ideias sem restrição de conteúdo, qualquer que seja a sua aplicação ou veículo de comunicação, o que inclui a *internet*.

Aliás, tal garantia está consagrada solenemente no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal (art.5º, inciso IV)

"IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;"

Entretanto, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, justamente por encontrarem limites em outros direitos e interesses individuais e/ou coletivos também consagrados na Constituição.

Nesse sentido, conforme leciona Alexandre de Moraes, o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas preconiza que os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Magna Carta (Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Atlas, 2009, pp. 32/33).

No caso vertente, ao que parece, há um entrechoque entre o direito à livre manifestação do pensamento, acima referido, e o direito à intimidade e à vida privada, este também marcado com o atributo da fundamentalidade no art.5º, X, da CF. Veja-se:

> *"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou decorrente de sua violação".*

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão.

Indispensável pontuar que a liberdade de expressão, posto que tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral, serve de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica sua posição de preferência em tese (embora não de superioridade) em relação aos direitos individualmente considerados.

De nada adiantaria assegurar a liberdade de expressão (em seu sentido substantivo) se esta não pudesse exteriorizar-se. A liberdade de expressão substantiva se completa com o ato de comunicação, com sua discussão. A liberdade de expressão implica a liberdade de manifestação do pensamento, por qualquer forma ou veículo.

A propósito, no mesmo trilhar, é o posicionamento de Ingo Sarlet, para quem:

> *"(...) em um primeiro momento, a lista de direitos fundamentais prevista no artigo 5º da Constituição Federal, pelo menos numa primeira aproximação e com base no teor literal dos respectivos preceitos, aparentemente, atribui idêntico valor tanto à proteção à intimidade, privacidade, honra e imagem, quanto à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação[1].*
>
> *Da leitura desses dispositivos constitucionais, não há – com o devido respeito a posições divergentes - como se identificar uma prioridade necessária de um conjunto de proteções em relação ao outro, na medida em que a previsão constitucional desses direitos fundamentais visa apenas a afirmar – ainda de um modo relativamente indeterminado – a existência desses dois focos de liberdades humanas básicas, as quais não poderão ser abolidas, desprezadas nem gravemente penetradas por outras pretensões jurídicas. Os limites do seu exercício e as situações em que, uma e outra, cederão em sua relevância deverão ainda ser objeto de especificação e de análise casuística.*
>
> *Por isso, partindo-se dessa exegese constitucional, deve-se iniciar reconhecendo que os dois conjuntos de direitos fundamentais encontram-se, aprioristicamente, em pé de igualdade, na medida em que essas esferas protetivas visam a resguardar e proteger duas instâncias distintas de imensurável valor humano, nenhuma delas, porém, absoluta: uma, com propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento espiritual e autônomo de cada indivíduo, no que tange à proteção do plano interno de sua consciência e dignidade, resguardando-o de uma exposição pública desnecessária ou estigmatizante, enquanto que a outra visa a viabilizar o pleno desenvolvimento no plano externo não só de cada indivíduo, por meio da possibilidade*

desse manifestar, publicamente, a sua visão de mundo, garantindo assim a sua auto expressão – que também representa uma das dimensões da sua dignidade –, como também, por meio do livre fluxo de ideias e opiniões, estabelecer e efetivar o próprio sistema democrático que a nossa Constituição estabelece o qual não se desenvolve sem a possibilidade de externalização de um pluralismo de ideais[2].

Todavia, mesmo que, em um primeiro momento, a Constituição assegure um idêntico status protetivo à privacidade e à garantia da liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, tal como se vê das regras constitucionais contidas nos artigos 220 e 221. Isso porque a Constituição, além de fixar de antemão impedimentos legislativos (parágrafo 1º e parágrafo 3º do artigo 220), entendeu por bem já prever a proibição categórica à censura (parágrafo 2º do artigo 220), assim como fixar princípios diretivos que deverão guiar a produção publicitária, de rádio e de televisão (parágrafos 4o, 5º e 6º do artigo 220 e artigo 221).

Tal opção constitucional pode ser interpretada como sendo um sinal de que o Constituinte foi mais seletivo no que se refere às restrições que poderão ser aplicadas à liberdade de imprensa, de manifestação de pensamento e de expressão do que foi em relação à proteção da intimidade e da privacidade, a qual deverá contar com uma ponderação a posteriori para identificar as situações de grave e intolerável interferência na esfera de proteção privada. Ou seja, os limites (e consequentes restrições) de tais liberdades já estão, em grande parte, pré-fixadas na Constituição, ao passo que eventuais restrições aos direitos de personalidade foram deixadas para especificação posterior, não só pelo legislador, como pela apreciação equitativa do Judiciário. Essa opção do constituinte de 1988 pode ser interpretada como indicando a escolha constitucional por tratar restrições à liberdade de manifestação e expressão como sendo algo excepcional, exigindo que eventuais restrições adicionais necessitem de um esforço argumentativo diferenciado e mais intenso que consiga justificar a necessidade particular de uma nova limitação[3].

É nessa perspectiva que se pode afirmar que, mediante uma interpretação sistemática – aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um regime democrático – a Constituição assegurou a tais liberdades uma posição (relativa) preferencial em face dos direitos de personalidade, que pode ser compreendida como uma preferência prima facie. Aliás, esse tem sido – ao menos até o momento – o entendimento que tem prevalecido na literatura nacional (embora a existência de significativo dissenso) [4] e na jurisprudência, em especial nos tribunais superiores, com destaque aqui para o STF, ao menos em se levando em conta os principais casos julgados nos últimos anos, tem apontado para uma posição preferencial da liberdade de expressão e informação." (https://www.conjur.com.br/2019-set-21/ainda-existem-juizes-berlim-stf-liberdade-expressão; acesso em 26/09/2019).

Assim, a restrição à livre manifestação do pensamento somente se justifica em situações excepcionais, nas quais se verifica evidente abuso de direito, nos termos do que preconiza o art.187 do Código Civil, com sacrifício desarrazoado a outros direitos da personalidade, tidos como emanação da dignidade da pessoa humana.

Estabelecidas essas premissas e vertendo-as para a hipótese dos autos, passo à análise do recurso propriamente dito.

Insurge-se o agravante contra a decisão que indeferiu a tutela de urgência, requerendo que seja determinado à agravada a exclusão de suas redes sociais de todas as postagens a ele relativas e a abstenção de postagens novas no mesmo sentido.

A concessão da tutela de urgência, como ressai da leitura do art.300 do CPC, requer a presença de dois quesitos cumulativos: (a) a probabilidade do direito *(fumus boni iuris*) e b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo *(periculum in mora)*. Tais requisitos são aditivos, o que significa que, na ausência de um deles, deve ser indeferido o pedido.

Na hipótese dos autos, não se verifica a probabilidade do direito do agravante, razão por que o recurso não comporta provimento.

É que a agravada, nas postagens publicadas em seu perfil na rede social *facebook,* acostadas pelo próprio agravante nos autos principais (f. 40-41), não utilizou expressões ofensivas, ou que escapem do razoável, apenas externou suas opiniões e ideias, o que, consoante acima declinado, é constitucionalmente assegurado.

Da análise das mensagens postadas, não vislumbrei qualquer excesso por parte da agravada, mas apenas o exercício do seu direito de opinião. O que se percebe é que a agravada se valeu de uma rede social para manifestar o seu descontentamento com a conduta do agravante como pai (principalmente em relação ao pagamento de pensão alimentícia) sem, contudo, ultrapassar os limites da crítica e de seu ponto de vista.

Aliás, em nenhuma das publicações contra as quais o agravante se insurge, há menção ao seu nome ou apelido de família. Assim também não constam das publicações xingamentos ou linguajar hostil.

Ademais, como bem registrado pelo juiz *a quo*,

> *"(...) ainda que o autor tenha afirmado que a ré está divulgando dados sigilosos relativos ao processo que tramita sob segredo de justiça, nada para comprovar sua versão trouxe aos autos. Não consta, por exemplo, qualquer prova de que a requerida reproduziu em rede social alguma peça processual relativa ao feito mencionado pelo autor, tampouco algum teor de decisão lá proferida."*

Portanto, nesse momento e à luz dos elementos do caderno processual, conclui-se que a agravada não excedeu os limites para a manifestação do seu pensamento, razão pela qual não se verifica a probabilidade do direito do agravante, devendo ser mantida a decisão que negou a tutela de urgência vindicada.

Pelas razões expendidas, 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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 8 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0026332-74.2012.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – PERMISSÕES DE USO DE BEM PÚBLICO – EDIFICAÇÃO DE LANCHONETES E PRAÇAS – AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA – EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO MÁXIMO DE DOIS ANOS – UTILIZAÇÃO DE ALVENARIA – OFENSA AOS REQUISITOS PREVISTOS PELA LEI MUNICIPAL Nº 2.820/1991 – ANULAÇÃO DAS PERMISSÕES – ARBITRAMENTO DE MULTA – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, COM O PARECER.

A permissão para uso de bem público constitui-se em ato unilateral praticado pela Administração Pública, através do qual o ente defere a terceiro, de forma precária, a utilização individual de um bem público.

A Lei Municipal nº 2.820/1991 dispõe acerca da possibilidade de uso de bem público, por particulares, para a instalação de lanchonetes, prevendo requisitos específicos para tanto, entre outros: a) que a estrutura do comércio seja desmontável ou em trailer; b) que a concessão da permissão se dê mediante concorrência pública; c) que terá prazo determinado, não superior a dois anos.

Sendo manifesto o descumprimento às disposições previstas pela legislação municipal, há de ser mantida a decisão recorrida, que declarou ilegais as permissões em comento, procedendo a sua anulação.

Afigura-se plausível o arbitramento da multa em razão da natureza jurídica da ação, que visa proteger interesse coletivo, possibilitando o efetivo cumprimento da decisão judicial, quando demonstrada, ainda que minimamente, a possibilidade de descumprimento da obrigação fixada pelo juízo.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – IMPLANTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFRAESTRUTURA EM PRAÇAS – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SEPARAÇÃO DE PODERES – IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, CONTRA O PARECER.

A Constituição Federal expõe, como princípio fundamental, a separação de poderes, conforme disposição de seu artigo 2º, determinando a independência entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Desta feita, adotado o modelo de freios e contrapesos, cabe a cada um dos Poderes a fiscalização e controle do outro, na medida em que não implique em intervenção na esfera de atuação de cada um deles.

O acolhimento do pedido formulado pelo *Parquet*, para condenação do Município a realizar obras de infraestrutura em praças da cidade, embora relevante, caracterizaria intromissão do Poder Judiciário sobre a gestão e organização do Poder Executivo Municipal, posto que tal competência diz respeito à organização da Administração Pública, no âmbito de sua discricionariedade.

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 do município, com o parecer, e negar provimento ao apelo do MPE, contra o parecer, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Ministério Público Estadual e Município de Campo Grande, inconformados com a sentença proferida pelo MM. juiz da Comarca de Campo Grande/2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos nos autos da ação civil pública, movida pelo Ministério Público Estadual, apelam a este Tribunal.

O Município de Campo Grande alega, em síntese, que o *Parquet* ingressou com a demanda com o fim de apurar a regularidade da instalação de lanchonetes em praças e áreas verdes nesta Comarca, especialmente localizadas no Bairro Coophasul, Conjunto Habitacional Jardim Serra Azul, Conjunto Residencial Nova Bahia, Bairro Otávio Pécora e Bairro Mata do Jacinto, sob a alegação que o recorrente permitiu a empreendedores privados instalarem suas lanchonetes em áreas verdes e praças.

Sustenta que vêm exercendo regularmente o poder dever que lhe cabe, sendo que ao observar o descumprimento da lei para fins de funcionamento de lanchonetes em áreas públicas, limita os atos dos munícipes, não autorizando sua instalação ou funcionamento, de forma individual e concreta, razão pela qual não há qualquer justificativa para ingresso com a presente ação.

Argumenta que não pode o Poder Judiciário, apreciando ação civil pública, imiscuir-se no mérito administrativo e substituir a Administração Pública em sua atividade precípua, proferindo determinações que lhes são privativas, no âmbito da discricionariedade assegurada ao Poder Executivo.

Entende que é preciso que sejam analisadas concreta e especificamente as situações do inquérito relatado, sobretudo avaliando-se o interesse social, não podendo ser declarada a ilegalidade das permissões para edificação em alvenaria de lanchonetes em praças, áreas verdes e afins, bem como anular as permissões de uso de área pública concedidas aos empreendedores.

Obtempera que deve ser excluída a condenação referente ao pagamento de multa em caso de inadimplemento das obrigações impostas na sentença recorrida.

Prequestiona a matéria devolvida.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença recorrida para que seja julgado improcedentes os pedidos formulados pelo *Parquet*.

Contrarrazões apresentadas às f. 840-851, nas quais o Ministério Público Estadual pugna pelo não provimento do recurso.

Recorre o Ministério Público Estadual, aduzindo que o pedido de condenação do Município à implantação de infraestrutura nas praças foi rejeitado, sob o argumento de que a questão invade a área do orçamento público, sob pena de violação à separação dos poderes.

Argumenta que com o pedido pretende-se concretizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à sadia qualidade de vida, à dignidade da pessoa humana, ao lazer, saúde, educação, ao crescimento ordenado e sustentável das cidades, à função social da cidade, à moradia digna e ao bem-estar social.

Explica que as áreas destinadas ao lazer da população estão edificadas com lanchonetes, em contrariedade ao disposto em Lei Municipal, sendo que a implantação dos equipamentos de infraestrutura nas praças, além de ser fator determinante de bem-estar social extremamente barato, também colabora para a prevenção de invasões e do mau-uso da coisa pública, imprescindíveis no caso em tela, quando é inegável a incompetência do Município para gerir os bens da coletividade.

Prequestiona a matéria devolvida.

Ao final, requer o provimento do recurso, para condenar o recorrido a realizar a implantação de equipamentos de infraestrutura nas praças referidas nos autos.

Contrarrazões apresentadas pelo Município às f. 853-863, nas quais pede o não provimento da apelação.

Manifestação do d. Procurador de Justiça às f. 876-886, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação interposto pelo *Parquet,* para condenar o ente público à obrigação de fazer, bem como pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto pelo Município de Campo Grande.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Tratam-se de apelações cíveis interpostas por Ministério Público Estadual e Município de Campo Grande, inconformados com a sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Campo Grande/2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, nos autos da ação civil pública, movida pelo Ministério Público Estadual.

A sentença, em sua parte dispositiva, restou assim redigida, *in verbis*:

> *"Diante do exposto, com fulcro no art. 487, inc. I, do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido para:*
>
> *a) declarar a ilegalidade das permissões para edificação em alvenaria de lanchonetes em praças, áreas verdes e afins;*
>
> *b) anular as permissões de uso de área pública concedidas aos empreendedores: João Soares das Neves Filho (f. 163-165), Celina Cristina Vargas (182-184), José Correia Paz (f. 196-199), Johnny Roger Nunes Lima (f. 218-220), Celso Lourenço (f. 236-238) e Ildebrando Luiz de Morais (f. 257-260), uma vez que em todos se constatou o descumprimento da legislação que rege o funcionamento de lanchonetes em praças e áreas públicas;*
>
> *c) determinar ao requerido que não mais permita a instalação de quaisquer outras estruturas fixas de alvenaria de lanchonetes ou outro tipo de estabelecimento privado em áreas públicas destinadas à implantação de praças ou áreas verdes, sob pena de multa de R$ 50.000,00, por permissão ilegalmente concedida, a ser revertida ao Fundo Estadual de Defesa do Meio Ambiente."*

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, recebo os presentes recursos, passando à análise de seu conteúdo.

Do recurso interposto pelo Município de Campo Grande

O Município de Campo Grande pleiteia a reforma da sentença recorrida, visando a improcedência dos pedidos pleiteados na exordial da presente ação civil pública, alegando que não pode ser declarada a ilegalidade das permissões de uso de área pública e para edificação em alvenaria de lanchonetes em praças, áreas verdes e afins, devendo ser mantidas as permissões concedidas aos empreendedores João Soares das Neves Filho, Celina Cristina Vargas, José Correia Paz, Johnny Roger Nunes Lima, Celso Lourenço e Ildebrando Luiz de Morais.

Pois bem. Inicialmente, tem-se que a permissão para uso de bem público constitui-se em ato unilateral praticado pela Administração Pública, através do qual o Ente defere ao particular, de forma precária, a utilização individual de um bem público.

Acerca da matéria, nesse sentido é a lição doutrinária[1]:

> *"Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dados sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração. O ato da revogação deve ser idêntico ao deferimento da permissão e atender às condições nele previstas."*

A Lei Municipal nº 2.820/1991 dispõe sobre a utilização de praças públicas para instalação de lanchonetes em trailer ou estruturas desmontáveis, nos seguintes termos:

> *"Art. 1º Fica autorizada a exploração de lanchonetes em trailler ou estruturas desmontáveis, por empresas privadas, em praças públicas com área superior a 2.000m² que ficam sujeitas às seguintes condições para seu funcionamento:*
>
> *I - ser aprovada pelo órgão municipal competente;*
>
> *II - não perturbar o trânsito público;*
>
> *III - não prejudicar o calçamento nem o escoamento das águas pluviais, correndo por conta dos responsáveis os estragos por acaso verificados;*
>
> *IV - manter o estabelecimento em completo estado de asseio e higiene.*
>
> *§ 1º A autorização de funcionamento dos estabelecimentos de que trata este artigo, será dada mediante concorrência pública, não poderá ser por prazo superior a dois anos e limitar-se-á a uma única por praça.*
>
> *§ 2º Ao conceder ou renovar a autorização, poderá o órgão municipal competente estabelecer as condições que julgar convenientes, no sentido de garantir a ordem e a segurança dos divertimentos e o sossego da vizinhança.*
>
> *§ 3º O horário de funcionamento desta atividade obedecerá os preceitos da legislação municipal pertinente.*
>
> *§ 4º Excetuam-se das disposições deste artigo a praça que a critério do órgão municipal competente for julgada inconveniente à instalação desta atividade."*

A legislação municipal dispõe acerca da possibilidade de uso de bem público, por particulares para a instalação de lanchonetes, prevendo requisitos específicos para tanto, entre outros: a) que a estrutura do comércio seja desmontável ou em trailer; b) que a concessão da permissão se dê mediante concorrência pública; c) que terá prazo determinado, não superior a dois anos.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 631.

Analisando-se os respectivos "Termos de autorização de uso especial", referentes a João Soares das Neves Filho (f. 163-165), Celina Cristina Vargas (f. 182-184), José Correia Paz (f. 196-199), Johnny Roger Nunes Lima (f. 218-220), Celso Lourenço (f. 236-238) e Ildebrando Luiz de Morais (f. 257-260), o que se vê é que foram concedidos sem que tenha sido realizada prévia concorrência pública, utilizando-se os permissionários de estruturas construídas em alvenaria, ao invés de estruturas desmontáveis ou *trailer*.

Além disso, as permissões foram firmadas, em sua maioria, no ano de 2010, sendo que a ação foi proposta em 2012, fazendo com que o prazo máximo previsto para a permissão fosse extrapolado.

Sendo manifesto o descumprimento às disposições previstas pela Lei Municipal nº 2.820/1991, há de ser mantida a decisão recorrida que declarou ilegais as permissões em comento, procedendo a sua anulação.

Assim, em que pese o Município de Campo Grande afirmar que as concessões das permissões são regidas pelo mérito administrativo, observada a conveniência e oportunidade da medida, devendo ser respeitada a discricionariedade dos atos administrativos, é certo que o ente público deve obediência ao princípio da legalidade em sentido estrito, expressamente prevista pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, pelo qual somente poderá realizar aquilo que a lei prevê e não contrariá-la.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello[2]:

> *"(...) O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.*
>
> *Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrador é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis."*

Desta feita, o controle jurisdicional dos atos administrativos visa adequá-los ao que a legislação que rege a matéria prevê, o que deve ser observado no caso ora analisado.

Tampouco merece acolhimento o pleito referente ao afastamento da multa em face da Fazenda Pública, em caso de ocorrer novas concessões ilegais de permissão de uso dos bens públicos.

Isso porquê o artigo 11 da Lei nº 7.347/1985 prevê expressamente a possibilidade de fixação das *astreintes* em ação civil pública, nos seguintes termos:

> *"(...) a ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".*

Assim, afigura-se plausível o arbitramento da multa em razão da natureza jurídica da ação, que visa proteger interesse coletivo, possibilitando o efetivo cumprimento da decisão judicial, quando demonstrada, ainda que minimamente, a possibilidade de descumprimento da obrigação fixada pelo juízo.

A propósito, nesse sentido é o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IPHAN – REFORMA DE PRÉDIO TOMBADO – PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL – POLÍTICAS PÚBLICAS LEGISLADAS – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTEMPT OF COURT – AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE MULTA – PARÁGRAFO PRIMEIRO, DO CPC DE 2015 – ART. 84 DO CÓDIGO DE*

2 *In* **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 105.

DEFESA DO CONSUMIDOR – ART. 11 DA LEI 7.347/1985 – HONORÁRIOS – EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO – JUÍZO DE SIMETRIA – ALTERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ.

(...)

ASTREINTES NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 7. Fazer valer a autoridade da decisão judicial é das mais evidentes e imprescindíveis dimensões do Estado de Direito e da posição dos juízes como garantidores e árbitros últimos do ordenamento jurídico, em especial na tutela de direitos coletivos.

8. Instrumento dorsal, pela sua notória eficácia, legalmente previsto para induzir o respeito a obrigações de fazer e de não fazer é a fixação de astreintes na sentença (art. 461 do CPC de 1973, art. 536, parágrafo primeiro, do CPC de 2015, art. 84 do CDC e art. 11 da Lei 7.347/1985).

9. No campo das astreintes, importa distinguir hipótese de imposição (ou incidência) de hipótese de fixação de valor monetário. Esta última, em qualquer situação, fica a critério do juiz da demanda e dos fatos, considerando a gravidade das circunstâncias específicas do litígio, bem como o comportamento e as posses do réu; já aquela, diversamente, apresenta, com sólidas razões ético-políticas, sistema legal diferenciado, conforme se esteja nos domínios da legislação do processo coletivo (normatividade especial) ou no âmbito do Código de Processo Civil (normatividade processual comum ou ordinária).

10. Nos termos do art. 11 da Lei 7.437/1985, a hipótese de imposição de astreintes é ope legis e, em consequência, obrigatória, caso paire a mínima dúvida sobre o acatamento voluntário futuro da decisão judicial ("Na ação que tenha por objeto o a observância de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor").

11. Já sob a égide do Código de Processo Civil - tanto o revogado como o de 2015 - o legislador previu a hipótese de incidência das astreintes como categoria processual ope judicis. Assim dispunha o art. 461, § 4º, do CPC de 1973: "O juiz poderá (...) impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor (...)". Na mesma linha segue o art. 536, parágrafo primeiro, do atual CPC: "o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa".

12. A obrigatoriedade, como regra, da cominação de astreinte no campo da Ação Civil Pública justifica-se inteiramente, sobretudo pela natureza jurídica proeminente dos sujeitos, dos direitos e dos bens protegidos em questão, além do próprio conteúdo e extensão subjetiva do provimento judicial. É que, no processo civil coletivo, afora a autoridade formal da decisão judicial, o legislador quer garantir, de modo estrito, a eficácia imediata e plena da tutela material de interesses supraindividuais, muitos deles centrais à dignidade da pessoa humana, ao patrimônio público e às gerações futuras. Não se trata, então, de providência excepcional, mesmo contra o Estado. Equivocado enxergar o cabimento de tal remédio processual apenas em face de resistência prospectiva (isto é, após a decisão judicial), pois o que dispara e legitima sua aplicação é a presunção de resistência futura com base em juízo retrospectivo, à luz da conduta pretérita do réu. (...)" (REsp 1723590/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 26/11/2018)

Do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual

O *Parquet* requer a reforma da decisão recorrida, para que seja acolhido o pedido de condenação do Município à implantação de equipamentos de infraestrutura nas praças referidas nos autos, principalmente naquelas que não cumprem sua função socioambiental, fazendo-se inserir no orçamento do ano subsequente as verbas destinadas para tanto.

Não merece reforma a sentença recorrida, neste particular.

A Constituição Federal expõe, como princípio fundamental, a separação de poderes, conforme disposição de seu artigo 2º, determinando a independência entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Desta feita, adotado o modelo de freios e contrapesos, cabe a cada um dos Poderes a fiscalização e controle do outro, na medida em que não implique em intervenção na esfera de atuação de cada um deles.

No caso em tela, o acolhimento do pedido formulado pelo *Parquet,* para condenação do Município a realizar obras de infraestrutura em praças da cidade, embora relevante, caracterizaria interferência do Poder Judiciário na gestão e organização do Poder Executivo Municipal, posto que tal competência diz respeito à organização da Administração Pública, no âmbito de sua discricionariedade.

Confira-se o entendimento deste e. Tribunal de Justiça acerca da matéria, conforme arestos abaixo colacionados:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA – POLICIAL MILITAR - COMANDANTE GERAL QUE DETERMINA O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS E DISCORDA DA CONCLUSÃO DO CONSELHO ESPECIAL – COMPETÊNCIA OUTORGADA POR LEI – ATO ADMINISTRATIVO COMPOSTO E DISCRICIONÁRIO – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO QUANDO INEXISTE ILEGALIDADE – RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. I) A promoção por ato de bravura é ato discricionário do Poder Público, não cabendo ao Judiciário adentrar a esfera da conveniência e da oportunidade do ato administrativo discricionário, ademais quando devidamente motivada a discordância do Comandante Geral da Polícia Militar com a conclusão do Conselho Especial, não restando evidenciada nenhuma ilegalidade apta a ensejar a intervenção do Poder Judiciário. II) Recurso conhecido, mas improvido."* (TJMS. Apelação Cível nº 0800546-69.2017.8.12.0049, Agua Clara, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 28/08/2019, p: 30/08/2019)

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – TRANSFERÊNCIA DE MENORES EM SITUAÇÃO DE RISCO – ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO – AQUIESCÊNCIA – NECESSIDADE – JUIZ RESPONSÁVEL PELA UNEI – OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE CRIAR OU DISPONIBILIZAR VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL DE INTERNAÇÃO – UNEI – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – SEPARAÇÃO DE PODERES – AFRONTA – IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – RECURSO PROVIDO. A construção ou reforma de Unidade Educacional de Internação (UNEI) para que se criem mais vagas diz respeito à conveniência e oportunidade administrativas, descabendo a intervenção do Judiciário no caso."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1413446-90.2014.8.12.0000, Itaporã, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 29/09/2015, p: 13/10/2015)

O ponto ora em comento diferencia-se do pedido para anulação e adequação das permissões de uso de bem público anteriormente analisado, posto que consistia em flagrante violação às disposições legais referentes à matéria, configurado assim, possível o controle de legalidade e moralidade dos atos praticados pelo Município.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento apontado pelos recorrentes, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, eis que toda a matéria foi satisfatoriamente apreciada, além do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso interposto pelo Município de Campo Grande, negando-lhe provimento. Outrossim, contra o parecer, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, negando-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença recorrida.

Deixo de fixar honorários advocatícios recursais, posto que incabíveis na espécie.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0046493-08.2012.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM TUTELA ANTECIPADA – FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* COM ICSI – ALEGAÇÃO DE DEVER DO ESTADO TORNAR EFETIVA AS AÇÕES E PRESTAÇÕES DA SAÚDE – AFASTADA – IMPRESCINDIBILIDADE DO TRATAMENTO NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE RISCOS À SAÚDE E À VIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Uma vez que não se caracteriza risco de morte ou risco à saúde, não restam imprescindíveis os tratamentos junto a rede pública de saúde;

Inexiste no Estado de Mato Grosso do Sul, o procedimento de fertilização *in vitro* com ICSI pela rede pública de saúde e não se pode tomar como razoável, destinar quantia elevada de recurso público a tratamento que não se mostra essencial à manutenção da saúde da ora apelante e sem que haja qualquer evidência de probabilidade de sucesso, ou seja, o fornecimento de tratamento para infertilidade humana não constitui dever do Estado, porquanto não configurado risco à vida do cidadão;

Com parecer do Ministério Público, recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

Des. Geraldode Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de apelação interposto por I. S. de M. de O. e J. de O., inconformados com a sentença de f. 348-351 que, nos autos da obrigação de fazer com tutela antecipada, que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido contido na inicial, qual seja, fertilização *in vitro,* condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, fixados 10% do valor da causa, cuja cobrança ficou suspensa, com fundamento no art. 98, § 3º, do CPC.

Em razões (f. 357-369), alega que restou comprovado no laudo médico de f. 275-282 que a autora realizou o procedimento de *Salpingectomia* esquerda e direita, que consiste na retirada das trompas, razão pela qual a gravidez natural não é possível.

Aduz que os autores não podem aguardar de 04 a 07 anos para que o tratamento seja realizado, uma vez que o laudo pericial aponta que não existe tratamento no Estado de Mato Grosso do Sul, razão porque teria de ser realizado nos Estados elencados no referido laudo (f. 279).

Pontua que tal demora acarretaria à autora riscos e danos graves à saúde, tanto para a mãe, quanto para a criança.

Assevera que a médica que acompanha a apelante é a profissional que melhor conhece o caso e a mais qualificado para apontar o procedimento que resultaria positivamente.

Afirma que, independente da reserva do possível financeiramente, recai sobre o Poder Público o dever de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-se de promover medidas com finalidade de viabilizar e dar concretude ao disposto no art. 196 da Constituição Federal.

Finaliza alegando que fora demonstrada a imprescindibilidade do procedimento, pugnando pela reforma da sentença, no sentido de determinar ao apelado que disponibilize aos apelantes o procedimento de fertilização *in vitro* com ICSI, arcando com os custos do referido tratamento, consoante requerido na inicial, prequestionando os dispositivos 5º, *caput*, 196 e 197, todos da Constituição Federal, bem como os artigos 2º e 3º da Lei nº 8.080/1990, na medida que a sentença combatida negou vigência a esses dispositivos.

Decorrido o prazo, o apelado não apresentou contrarrazões de apelação.

O Ministério Público às f. 385-392, ofereceu parecer pelo desprovimento do recurso.

O Cates às f. 78-83, foi desfavorável ao pedido.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por I. S. de M. de O. e J. de O., inconformados com a sentença de f. 348-351 que, nos autos da obrigação de fazer com tutela antecipada, que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido contido na inicial, qual seja, fertilização *in vitro,* condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, fixados 10% do valor da causa, cuja cobrança ficou suspensa, com fundamento no art. 98, § 3º, do CPC, que assim restou redigida:

> *"Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, hei por bem julgar improcedente o pedido contido na inicial, condenando os requerentes ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, estes fixados em 10% do valor atualizado do valor da causa, cuja cobrança fica adstrita ao art. 98, § 3º, do CPC."*

Passo à análise do caso.

Em que pese o sofrimento e a desventura dos autores, a r. sentença deve ser mantida, em conformidade com as provas produzidas e a adequada aplicação do direito ao caso.

A saúde, como condição essencial à vida e à dignidade humana, é direito fundamental a ser assegurado pelo Estado a todos os cidadãos. Contudo, deve ser sopesado com a imprescindibilidade do tratamento, para que não haja preterimento de outros pacientes, nem afronta aos princípios constitucionais.

E, no caso, não se verifica risco atual e iminente à vida ou à saúde da autora e de seu esposo.

Há de se salientar também que, nas razões do indeferimento da tutela antecipada (f. 84-86), bem observou o magistrado *a quo,* que:

> *"(...) não se acha razoável exigir que, se o paciente pretender algo diverso dos parâmetros, procedimentos, rotinas, previsões regulamentares do atendimento normal previsto pelos serviços de saúde pública, em legislação detalhada, deva ela então justificar a*

necessidade de se afastar dos padrões usuais de atendimento médico previstos pelos serviços de saúde pública para aquele tipo de problema de saúde".

Em que pese o atestado médico de f. 24 e demais documentos trazidos aos autos, a inércia da parte autora quanto ao exposto no parágrafo supra, só foi quebrada mediante laudo médico pericial de f. 275-282, requerido pela parte contrária, sobre o qual, aliás, debruço-me a partir de agora para deslindar a presente demanda.

O referido laudo (f. 275-282) demonstra, de forma muito clara, que os autores não buscaram o tratamento médico indicado pela rede do SUS, asseverando que os pacientes são assistidos pela rede particular (CASSEMS), o que denota que eles optaram por ajuizar ação direta em desfavor do Estado, sem que antes houvesse buscado atendimento e tratamento disponibilizado pelo SUS, para que então se falasse em omissão ou desídia do Estado.

Ainda, restou claro que não há o tratamento requerido pelos apelantes no Estado de Mato Grosso do Sul (f. 278 – letra "c"), somente em outros Estados elencados, razão pela qual, novamente, não pode ser o ente obrigado a fornecer o tratamento de fertilização *in vitro*.

Como dito alhures, há que se sopesar os riscos e os dispêndios pelo Estado para efetivar ou não aquilo que se pede e, segundo a perita, as taxas de sucesso do tratamento requerido, são de 30%, podendo chegar a 40% por tentativa, a depender das causas de infertilidade.

Portanto, o tratamento requerido tem percentuais baixos de sucesso, pelo alto custo que requer do erário, além de não haver riscos à saúde da autora.

Sobre o tema, vejamos como tem decidido esta Corte acerca do tema:

> *"EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRATAMENTO PARA INFERTILIDADE – MATÉRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – OMISSÃO NÃO CONSTATADA – FERTILIZAÇÃO IN VITRO – IMPOSSIBILIDADE DE COMPELIR O ENTE PÚBLICO A FORNECER PROCEDIMENTO DE ALTO CUSTO NA REDE PARTICULAR – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E SOLIDARIEDADE – RECURSO IMPROVIDO. Os embargos de declaração não são a via própria para rediscussão e rejulgamento de matéria devidamente valorada pelo Tribunal. E, estando ausentes quaisquer dos vícios apontados nos embargos declaratórios, não é possível postular que o órgão a quo se manifeste sobre matéria já julgada.* ***Não se mostra razoável destinar recursos públicos para o custeio de tratamentos (fertilização in vitro) de elevado valor, na rede particular de saúde, que não sejam essenciais à manutenção da saúde do cidadão e que sequer há evidências da probabilidade de sucesso. Isso implicaria equivocado empenho de dinheiro público e frustraria o alcance de um dos objetivos da República Federativa."*** (3 de julho de 2019 3ª Câmara Cível Embargos de Declaração Cível nº 0800461-58.2018.8.12.0046/50000 - Chapadão do Sul Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (grifei).

Assim, não se mostra razoável destinar quantia elevada de recurso público a tratamento que não se mostra essencial à manutenção da saúde da ora apelante e sem que haja qualquer evidência de probabilidade de sucesso. Ou seja, o fornecimento de tratamento para infertilidade humana não constitui dever do Estado, porquanto não configurado risco à vida do cidadão.

Chamo a atenção para o parecer do Cates, sobretudo às f. 82 que, após elencar os hospitais que dispõem do tratamento requerido fora do domicilio dos autores, corrobora com o entendimento de que "*não há risco iminente à vida da paciente*", sendo, portanto, desfavorável ao pedido autoral.

Por fim, para que se esclareça em definitivo a presente demanda, este juízo reconhece o dever dos entes federados proverem a saúde, mormente quando há uma extensa gama de dispositivos infraconstitucionais como os da Lei nº 8.080/1990, especialmente em seus arts. 2º e 3º suscitados em razões de apelação, bem

como àqueles salvaguardados pelo Ordenamento Maior. Contudo, não restou comprovada o risco de vida ou à saúde, tornando inócua a alegação de comprovação de imprescindibilidade do procedimento.

Do prequestionamento

Quanto ao prequestionamento arguido pela apelante, todas as questões trazidas à apreciação encontram-se suficientemente debatidas, sendo desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais para a conclusão do julgamento.

Dispositivo

Por todo o exposto, conheço do recurso mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença combatida em seus exatos moldes.

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. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. João Maria Lós e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0004214-05.2011.8.12.0013 – Jardim

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPRESENTAÇÃO PARA A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVOS – MENORES DESACOMPANHADOS E INGERINDO BEBIDAS ALCÓOLICAS EM EVENTO – EVENTO SEM ALVARÁ – PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA – DEVER DE ARCAR COM A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 258 DO ESTATUO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se tratando de infração administrativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz-se necessário observar o lapso prescricional de cinco anos, sendo inaplicável o Código Penal.

Considerando que o apelante não observou às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que não providenciou o competente alvará judicial junto à Vara de Infância e Juventude para disciplinar a entrada de menores desacompanhados dos pais ou responsáveis em evento que possuía fornecimento de bebida alcoólica, permitindo que estes comparecessem ao mesmo e a consumissem, colocando em risco a sua integridade, escorreita a aplicação da multa prevista no artigo 258 do referido Estatuto.

Prejudicial de mérito afastada. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de outubro de 2019.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

R. M. M. apela da sentença que, nos autos da ação de representação para a instauração de procedimento administrativo movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, determinou a aplicação de multa de 5 (cinco) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento, a ser recolhida ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município, em até 30 dias, a contar do trânsito em julgado, nos termos do art. 214, § 1º do mesmo Estatuto, sob pena de execução.

Sustenta que o dispositivo legal que regulamenta a prescrição no caso em tela é o artigo 114, I do Código Penal, que determina como prazo o período de dois anos para aplicação da multa, impondo-se o acolhimento da prejudicial de mérito.

Assevera a ausência de robustez probatória para procedência da representação, haja vista a falta de documentos atestando a menoridade das pessoas que frequentaram o evento à época dos fatos.

Ato contínuo, afirma que:

> *"(...) naquele dia não acontecia um evento de portas fechadas e com regulação de entradas, que em tese, exigiria o pedido de alvará para entrada e permanência de adolescentes no estabelecimento, mas sim a inauguração de um bar, aberto ao público e como dito, sem controle de entradas, sendo que, jamais, em hipótese alguma, existiu um comando exarado pelo promotor do evento autorizando a venda de bebidas para crianças e adolescentes" (f. 128).*

Subsidiariamente, pleiteia que a multa seja fixada em salários referência, conforme dispõe o artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Requer, ao final, o provimento do apelo para que seja julgada improcedente a pretensão inaugural.

Intimado a se manifestar, o apelado apresentou contrarrazões às f. 135-145, defendendo a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 163-171, opinando pelo afastamento da prejudicial de mérito e pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

R.M.M. apela da sentença que, nos autos da ação de representação para a instauração de procedimento administrativo movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, determinou a aplicação de multa de 5 (cinco) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento, a ser recolhida ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município, em até 30 dias, a contar do trânsito em julgado, nos termos do art. 214, § 1º do mesmo Estatuto, sob pena de execução.

Quanto à prejudicial de mérito, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se tratando de infração administrativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz-se necessário observar o lapso prescricional de cinco anos, sendo inaplicável o Código Penal.

Neste sentido, veja-se o seguinte julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – ECA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – MULTA – DECISÃO MONOCRÁTICA – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – REPRESENTAÇÃO – REGULARIDADE – SÚMULA 7/STJ – PRESCRIÇÃO – LEI PENAL – INAPLICABILIDADE. 1. Inexiste ofensa ao princípio da colegialidade pelo julgamento monocrático que aplica entendimento. predominante ou sumulado das Cortes Superiores. Ademais, tal alegação é superada pela submissão do agravo interno ao órgão plural. 2. O agravante não demonstra como o exame da regularidade da representação dispensaria a análise de provas e fatos. Ao contrário, admite que o acolhimento da pretensão recursal demandaria apreciação do teor dos documentos. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Conforme a jurisprudência desta Corte, as infrações administrativas têm natureza diversa das dos crimes previstos no ECA, sendo inaplicável a lei penal para as punições regidas pelo direito administrativo. 4. Agravo interno a que se nega provimento."* (AgInt no REsp 1297641/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 28/03/2019)

> *"ECA – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – MULTA – PRESCRIÇÃO. Noticiam os autos que a empresa, ora recorrida, foi denunciada, por meio de representação do MP estadual, ora recorrente, por ter aquela permitido o acesso de adolescentes em evento impróprio sem portar a necessária autorização dos pais ou responsáveis. Acolhida a representação pelo juiz de primeiro grau, aplicou-se à referida empresa a multa prevista no art. 258 do ECA. Em apelação, o TJ declarou prescrita a pretensão punitiva relativa à pena de multa aplicada, com base no art. 114, I, do CP, tendo em vista o disposto no art. 226 do ECA. Nesta sede, para a*

> *Min. Relatora, no que diz respeito às infrações administrativas disciplinadas a partir do art. 245 do ECA, não há qualquer referência à aplicação do CP. Assim, a penalidade imposta com amparo no art. 258 do ECA tem natureza administrativa, não se tratando de medida socioeducativa. Portanto, não há previsão de aplicação subsidiária do CP, como previsto no mencionado art. 226 do ECA. Desse modo, em se tratando de sanção administrativa, a multa imposta por força do art. 258 do ECA segue as regras do Direito Administrativo e não de Direito Penal, sendo de cinco anos o prazo para que ocorra a prescrição. Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja julgada a apelação. Precedentes citados: REsp 849.184-RN, DJ 11/9/2007, e REsp 850.227-RN, DJ 27/2/2008."* (REsp 898.568-RN, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 5/5/2009. (Informativo 0393)"

Afasta-se, portanto, a prescrição.

No tocante ao mérito recursal, não merecem prosperar os argumentos dos apelantes consistentes em falta de provas e atipicidade da conduta.

Isto porque os fatos descritos no procedimento administrativo consubstanciam-se ao previsto no artigo 258[1] do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como se encontram devidamente comprovados através do vasto conteúdo probatório.

O relatório de atendimento realizado pelo Conselho Tutelar (f. 7-8), indica que:

> *"(...) ao chegarmos no local fomos recebidos pelo Sr. Renato que nos disse que não estava ocorrendo um festa mas que era a inauguração de um bar, disse a ele que para nos caracteriza uma festa pois era um local fechado com música mecânica e ao vivo e salão de festa com muita gente dançando" (...) "Sr. Renato informou que não pediu alvará para a realização da festa e sim para o funcionamento do bar, alvará esse que não foi nos apresentado. Constatamos ainda que ao venderem bebida não era pedido nenhuma identificação"; que foram identificados na festa os adolescentes, Leda Rodrigues Acunha (17 anos), Lainara Galhana (17 anos) e Lucas Alamada (16 anos).*

Os menores identificados prestaram declarações afirmando que compareceram à festa e atestaram os fatos já constatados – venda e consumo de bebidas por estes, não solicitação de documento de identidade para entrada –, e também há publicação em sites de eventos, como se observa dos documentos de f. 9, 11, 15-18.

Ao contrário do que alega o apelante, às f. 10 e 12 foram colacionadas as cópias dos documentos de identidade dos menores identificados no evento.

Diante de tais considerações, por não ter o responsável observado as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que não providenciou o competente alvará judicial junto à Vara de Infância e Juventude para disciplinar a entrada de menores desacompanhados dos pais ou responsáveis em evento que possuía fornecimento de bebida alcoólica, permitindo que estes comparecessem ao mesmo, colocando em risco a sua integridade, escorreita a aplicação da multa prevista no artigo 258 do referido Estatuto.

Destaca-se, finalmente, que o termo salário "referência" foi substituído por "salário mínimo", como já decidido pela jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA OU ADOLESCENTE – CONSTATAÇÃO DA INFRAÇÃO PELO CONSELHO TUTELAR – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ALVARÁ – EVENTO SEM ALVARÁ – MENORES DESACOMPANHADOS DE RESPONSÁVEIS E INGERINDO BEBIDA ALCOÓLICA –*

1 Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:
Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NOS ARTS. 252 E 258 DO ECA – MULTAS ARBITRADAS NO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO – PENALIDADES PECUNIÁRIAS FIXADAS EM SALÁRIO MÍNIMO – POSSIBILIDADE – EXTINÇÃO DO SALÁRIO DE REFERÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Se restou comprovado que o requerido, responsável por evento público, desrespeitou as normas administrativas tipificadas nos artigos 2 52 e 258 do ECA, permitindo a entrada de menores desacompanhados dos pais ou responsáveis legais em evento noturno, sem o competente alvará e permitindo a venda de bebidas alcoólicas a adolescentes. Impõe-se manter a aplicação das multas, devendo o valor ser mantido, pois razoável e proporcional, considerando as peculiaridades da situação. ***Extinto o salário referência, a condenação de multa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, há de ter como parâmetro o salário mínimo.****"* (TJMS. Apelação Cível nº 0800962-04.2015.8.12.0018, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 26/06/2018) (g.n.)

Incabível qualquer modificação quanto à aplicação da multa prevista, pois demonstrada a ocorrência da hipótese trazida no artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo devido o valor arbitrado em 05 (cinco) salários mínimos, eis que extinto o parâmetro dado como "salário referência".

A sentença, portanto, não comporta reformas.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito a prejudicial de mérito e nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, afastaram a preliminar e 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. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 22 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0812740-51.2017.8.12.0001 – Anastácio

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUEL – CÔNJUGES EM PROCESSO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO – EXTINÇÃO TERMINATIVA FUNDADA NA EXIGÊNCIA DE PARTILHA PRÉVIA – ENTENDIMENTO ATRASADO E DESCONTEXTUALIZADO DA ATUAL ORIENTAÇÃO DO STJ – INSUBSISTÊNCIA DA DECISÃO.

Conforme a orientação atual do STJ, a ausência de partilha prévia não constitui óbice para a fixação de aluguel devido a um dos cônjuges pela ocupação privativa do imóvel comum. Desacerto da sentença terminativa. Apelo 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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de outubro de 2019

Des. João Maria Lós

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

T.R.G.M. interpõe apelo (f. 145-154), inconformada com a sentença (f. 137-139) que extinguiu a ação de arbitramento aforada contra I.F. de M. sem julgamento de mérito, reputando a autora carecedora do interesse de agir.

Aponta incorreção e pugna pela reforma, aduzindo estar a decisão em descompasso com a orientação do STJ.

Recurso tempestivo, respondido e regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelo interposto por T. R. G. M. (f. 145-154), inconformada com a sentença (f. 137-139) que extinguiu a ação de arbitramento aforada contra I.F. de M. sem julgamento de mérito, reputando a autora carecedora do interesse de agir.

Aponta incorreção e pugna pela reforma, aduzindo estar a decisão em descompasso com a orientação do STJ.

Com razão a recorrente.

Os litigantes foram casados e encontram-se em processo litigioso de divórcio e partilha de bens. Ante a permanência do réu-apelado no imóvel do casal, a requerente-apelante ajuizou demanda, visando receber aluguel correlato à sua parcela da propriedade.

Requerida a produção de provas pelo polo demandado, sobreveio a sentença terminativa. Invocando um precedente do STJ, datado de 2015, o juiz entendeu ser juridicamente inviável a pretensão de recebimento de aluguel antes do decreto final da partilha.

Totalmente incorreto o magistrado.

Segundo o posicionamento atual e remansoso do Superior Tribunal de Justiça, já vigente na época da prolação da sentença, a partilha final não constitui óbice à fixação de indenização por ocupação exclusiva de um dos consortes em relação a imóvel pertencente a ambos:

> *"DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – INOCORRÊNCIA – AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE ALUGUEIS, EM DECORRÊNCIA DE USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL NÃO PARTILHADO – INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE A METADE DO VALOR DA RENDA DO ALUGUEL APURADO, DIANTE DA FRUIÇÃO EXCLUSIVA DO BEM COMUM POR UM DOS CONDÔMINOS – CONDOMÍNIO, ADEMAIS, QUE FOI EXTINTO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO, TENDO SIDO DETERMINADA A ALIENAÇÃO JUDICIAL DO IMÓVEL – INDENIZAÇÃO, TODAVIA, DEVIDA A PARTIR DA CITAÇÃO NA AÇÃO DE ARBITRAMENTO. 1- Ação distribuída em 29/9/2009. Recurso especial interposto em 03/8/2012 e atribuído à Relatora em 15/9/2016. 2- O propósito recursal é definir se é cabível o arbitramento de alugueis em favor de ex-cônjuge em razão da ocupação e fruição exclusiva do imóvel comum, ainda que não tenha ele sido objeto de partilha. 3- Devidamente analisadas e discutidas as questões colocadas em debate pelas partes, e fundamentado suficientemente o acórdão recorrido, não há que se falar em violação do art. 535, I e II, do CPC/73. 4- Havendo separação ou divórcio e sendo possível a identificação inequívoca dos bens e do quinhão de cada ex-cônjuge antes da partilha, cessa o estado de mancomunhão existente enquanto perdura o casamento, passando os bens ao estado de condomínio. 5- Com a separação ou divórcio do casal, cessa o estado de comunhão de bens, de modo que, mesmo nas hipóteses em que ainda não concretizada a partilha do patrimônio, é permitido a um dos ex-cônjuges exigir do outro, a título de indenização, a parcela correspondente à metade da renda de um aluguel presumido, se houver a posse, uso e fruição exclusiva do imóvel por um deles. 6- Após a separação ou divórcio e enquanto não partilhado o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem rege-se pelo instituto do condomínio, aplicando-se a regra contida no art. 1.319 do CC, segundo a qual cada condômino responde ao outro pelos frutos que percebeu da coisa. 7- O marco temporal para o cômputo do período a ser indenizado, todavia, não é a data em que houve a ocupação exclusiva pela ex-cônjuge, tampouco é a data do divórcio, mas, sim, é a data da citação para a ação judicial de arbitramento de alugueis, ocasião em que se configura a extinção do comodato gratuito que antes vigorava. 8- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido em parte, apenas para delimitar a data de início da incidência dos alugueis".* (REsp 1375271/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017)

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL. FAMÍLIA – UNIÃO ESTÁVEL – RESSARCIMENTO DE ALUGUEL POR USO EXCLUSIVO DE BEM COMUM AINDA NÃO PARTILHADO FORMALMENTE. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DA PARTE QUE TOCA A CADA UM DOS EX-CÔNJUGES – IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA – JURISPRUDÊNCIA DO STJ – MULTA – NÃO CABIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Segunda Seção desta Corte adotou posicionamento de que, "na separação*

e no divórcio, sob pena de gerar enriquecimento sem causa, o fato de certo bem comum ainda pertencer indistintamente aos ex-cônjuges, por não ter sido formalizada a partilha, não representa automático empecilho ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem por um deles, desde que a parte que toca a cada um tenha sido definida por qualquer meio inequívoco" (REsp 1.250.362/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 08/02/2017, DJe de 20/02/2017). 2. Na hipótese, não houve definição ou reconhecimento inequívoco da cota que caberia a cada uma das partes sobre o imóvel em comento, não se prestando, para tanto, apenas o registro público do imóvel em que ambos constam como adquirentes, especialmente no caso em que expressamente indeferida a partilha do bem, por decisão transitada em julgado, ante a controvertida contribuição das partes para a aquisição do imóvel. 3. O agravo interno não se configura manifestamente inadmissível ou improcedente, razão pela qual descabe falar em incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. 4. Agravo interno a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1456716/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 10/05/2017)

Definida, por força do regime matrimonial adotado, qual a exata proporção do patrimônio cabível a cada um dos cônjuges, deve o magistrado de origem apurar a pertinência ou não do pagamento da indenização (aluguéis), não havendo falar em carência da ação por ausência do interesse de agir.

Ademais, pendente a produção de provas na origem, se revela incompossível o julgamento do mérito em grau de apelo, tornando incontornável o decreto de insubsistência da sentença.

Em face do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento a fim de decretar a insubsistência da sentença recorrida, determinando o prosseguimento do processo na origem, com a produção de provas e ulterior definição em seu mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 22 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0800300-49.2015.8.12.0015 – Miranda

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE MONITORAMENTO DE VEÍCULO – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO SOLUCIONADO – DANO MORAL CONFIGURADO – FIXAÇÃO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR – *QUANTUM* FIXADO EM VALOR RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A negativa de reparação por parte da fornecedora do serviço, certamente causou sentimentos de angústia, diante do descaso e da incerteza de receber a solução para o problema no serviço. A fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, devendo ser fixado de maneira equitativa, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, nem exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento ilícito por parte da vítima, circunstâncias que foram bem sopesadas no caso concreto. Recurso conhecido e não 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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019

Des. João Maria Lós

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação cível interposta por PST Eletrônica Ltda. em face da sentença de f. 996-1004 que, nos autos da ação declaratória de rescisão contratual c/c exclusão de negativação e indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada que lhe promove Dinalva Angelo dos Santos, julgou procedentes os pedidos formulados, condenando-a ao pagamento de indenização no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

A apelante, em suas razões, alega que a sentença julgou procedente o pedido, considerando a responsabilização da empresa, porque esta não provou o correto funcionamento do serviço. Contudo, em seu recurso, informa não ser possível fazer prova negativa de que o produto não apresentou qualquer defeito.

Requer a reforma da sentença por não constar dos autos qualquer prova de falha no serviço, bem como, pela ausência de nexo causal, não se justificando, portanto, o dever de indenizar.

Quanto ao montante da indenização, o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) mostra-se destoante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que a demanda seja julgada totalmente improcedente, afastando-se a indenização, ou reduzido o valor fixado.

Contrarrazões às f. 1013-1027.

É o relatório. Passo ao voto.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Para melhor elucidar a questão, é imperioso fazer uma breve digressão dos fatos.

Consta que a apelante em março de 2014 contratou a apelada para instalação de equipamentos de rastreamento de veículos, prestação de serviços de monitoramento e localização em tempo real, tendo o equipamento sido instalado no veículo da apelada.

No entanto, em síntese, alegou a autora, em sua inicial que, pelo fato de não ter sido bem operado o serviço no veículo pela central, solicitou o cancelamento do monitoramento porque não funcionava como deveria.

Na sentença, os pedidos da autora foram julgados procedentes sob o fundamento de que, em síntese, existiu ilicitude na conduta da requerida, pois o serviço de monitoramento não foi devidamente executado e o fato de ter havido a solicitação de cancelamento sem a respectiva interrupção na cobrança, com a inserção do nome da parte nos cadastros de inadimplentes acarreta o dano moral.

Consta na sentença também que a empresa poderia ser responsabilizada, pois, comunicada tempestivamente, não foi determinado o bloqueio do serviço com a interrupção das cobranças tidas por indevidas.

Portanto, conforme constou na sentença, foi provado nos autos a falha prestação de serviço e a ineficiência no cancelamento da cobrança após solicitação da parte.

> *"Os extratos de f. 21 e 33-35 comprovam que o nome da autora foi negativado pela requerida em razão de débitos vencidos no período de maio a dezembro de 2014 e a notificação extrajudicial de f. 17-19 evidencia que a autora solicitou a rescisão do contrato e retirada do equipamento instalado em seu veículo, por conta da má prestação dos serviços, na data de 14/05/14.*
>
> *Logo, inegável que as cobranças que ensejaram a negativação do nome da autora referem-se a período no qual o serviço não estava sendo prestado a contento, o que levou a consumidora a solicitar a rescisão do contrato.*
>
> *Vale dizer que, mesmo que o serviço estivesse sendo prestado, como defende a requerida, a empresa deveria ter interrompido o fornecimento do serviço quando recebeu a notificação extrajudicial, o que não ocorreu, vez que a empresa permaneceu realizando cobranças à autora até janeiro de 2015, como se extrai de f. 128.*
>
> *É cediço que a mera falha na prestação do serviço, em regra, não implica em dano moral. No entanto, no caso presente, o dano decorre da inclusão do nome da autora no cadastro de inadimplentes quando o serviço não estava sendo prestado adequadamente.*

A empresa requerida não poderia cobrar da autora o pagamento das mensalidades se o serviço não estava sendo fornecido conforme contratado, muito menos negativar o seu nome. (...)" (f. 989)

Pois bem. Em síntese, evidente a falha na prestação do serviço, e o não atendimento da solicitação de cancelamento do mesmo e da respectiva cobrança, pelo que, entendo que falece razão à apelante.

Com efeito, o dever de indenizar da requerida decorre da falha na prestação de serviço, conforme dispõe o art. 14 do CDC:

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

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

Sobre o tema, colaciono precedentes:

"DANOS MORAIS – sentença de procedência – recurso da ré – prestação de serviços de telefonia – falha – renitência da empresa ré em não resolver o problema na linha telefônica apontado pela autora, de singela solução – persistência na falha na prestação de serviços - art. 373, I do CPC - teoria do desvio produtivo do consumidor – precedentes do STJ e deste TJSP – ocorrência de danos morais - r. sentença que fixou em R$ 6.000,00 por danos morais – pretensão à redução do quantum indenizatório – desnecessidade - quantum indenizatório assentado adequadamente – descabimento da aplicação da Súmula nº 410 do STJ – insurgência quanto à multa e ao seu quantum – impossibilidade - medida coercitiva aplicável à espécie, com o fim de compelir a ré ao cumprimento da decisão judicial - valor compatível - natureza coercitiva da multa – inteligência do art. 497 do NCPC - descabimento de redução de verba honorária, pois arbitrada em patamar razoável - fixação de honorários recursais – sentença mantida – recurso não provido." (TJSP; Apelação 1006378-93.2017.8.26.0604; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sumaré - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/10/2018; Data de Registro: 15/10/2018)

Assim, o exame dos elementos fático-probatórios coligidos aos autos inevitavelmente direciona ao pronunciamento da falha na prestação do serviço.

No caso, ficou evidenciada a relação de causalidade, a justificar o acolhimento da pretensão deduzida na inicial.

Portanto, negligente o fornecedor do serviço, circunstância que enseja, por óbvio, a indenização por danos morais, não sendo possível acolher o pedido de provimento do recurso.

Portanto, à evidência dos fatos narrados, bem como, de acordo com o que corroboram os precedentes jurisprudenciais deste Tribunal, outro entendimento não há senão aquele revelado na sentença de primeiro grau, no sentido de que os danos morais restam configurados, portanto, não há que ser reformada a sentença nesse aspecto.

Em relação à fixação do *quantum* indenizatório, frise-se que, no ordenamento jurídico não há parâmetros legais rígidos para definir o *quantum* a ser fixado a título de compensação pelos danos sofridos à moral. O arbitramento de tais valores fica a critério do magistrado, que deve buscar compensar o lesado pelos prejuízos sofridos, assim como desestimular o ofensor a persistir na conduta danosa.

Ao quantificar o valor indenizatório, o magistrado deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e as suas consequências, para que a reparação do dano não constitua fonte de enriquecimento ilícito para o demandante.

Com efeito, o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano experimentado, devendo ser fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a constituir sanção que não enseje locupletamento ilícito e atenda satisfatoriamente aos interesses das partes, conforme vem sendo decidido por esta Primeira Câmara Cível:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DEVEDOR ADIMPLENTE – MANUTENÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO – DANO MORAL CARACTERIZADO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO – DANO IN RE IPSA – QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL – RECURSO NÃO PROVIDO. (...) Se o quantum indenizatório foi fixado em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como em razão das peculiaridades da causa, mostrando-se suficiente para a finalidade da indenização, deve seu valor ser mantido."* (AC nº 2009.018908-0. TJ/MS. Rel. Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. J. em 25/04/2012)

Considerando as peculiaridades do caso concreto, entendo ser correta a condenação do valor indenizatório no importe de R$10.000,00 (dez mil reais), por ser o valor que melhor atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, respeitando-se a média estabelecida pela jurisprudência.

Portanto, entendo que deva ser mantida a sentença, que fixou a indenização por danos morais no importe de R$10.000,00 (dez mil reais), por entender que tal valor satisfaz o interesse da compensação, porquanto suficiente a reparar o sofrimento e o constrangimento do ofendido, bem como a representar sanção ao ofensor.

Por fim, considerando a sucumbência no apelo interposto, diante da nova regra processual, deve o apelante arcar com os honorários recursais que fixo em 5% sobre o valor atualizado da condenação, por ser quantia razoável e proporcional, elevando-se a verba honorária para 20% sobre o valor da condenação.

Posto isso, conheço do recurso, contudo, nego-lhe provimento.

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. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator designado Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0808835-40.2014.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INDEFERIMENTO DA INICIAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL – PROCESSO ELETRÔNICO – OBRIGATORIEDADE DE CATEGORIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS – PROVIMENTO Nº 70/2012 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA – NECESSIDADE DE PADRONIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO – EXCESSO DE RIGOR – INEXISTÊNCIA DE GRANDE QUANTIDADE DE DOCUMENTOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator e, no mérito, por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencidos o relator e o 1º vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Grupo Escoteiro Dourados interpõe recurso de apelação em face de sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, que indeferiu a inicial da ação de reintegração de posse ajuizada contra Alceu Soares Aguiar.

Suscita preliminar de nulidade da sentença e alega, para tanto, que a magistrada não analisou todos os argumentos aduzidos em sede de recurso, violando o artigo 489, § 1º, do CPC. Argumenta que ao se proferir um julgamento sem resolução de mérito, frustra-se o direito subjetivo do apelante.

Assevera que a inicial preenche todos os requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil e que sua posse está provada, bem como, o esbulho ocorrido.

Requer o conhecimento e provimento do recurso para que seja anulada a sentença ou recebida a inicial com o deferimento da liminar de reintegração de posse.

A sentença foi mantida pela magistrada, conforme artigos 331, *caput* e 485, § 7º, do Código de Processo Civil.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões e pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 1.056-1.060).

VOTO (EM 27/08/2019)

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Grupo Escoteiro Dourados em face de sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, que indeferiu a inicial da ação de reintegração de posse ajuizada contra Alceu Soares Aguiar.

Conforme relatado, suscita preliminar de nulidade da sentença e alega, para tanto, que a magistrada não analisou todos os argumentos aduzidos em sede de recurso, violando o artigo 489, § 1º, do CPC. Argumenta que ao se proferir um julgamento sem resolução de mérito, frustra-se o direito subjetivo do apelante.

Assevera que a inicial preenche todos os requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil e que sua posse está provada, bem como, o esbulho ocorrido.

Requer o conhecimento e provimento do recurso para que seja anulada a sentença ou recebida a inicial com o deferimento da liminar de reintegração de posse.

Sem maiores delongas, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Verifica-se que não há qualquer violação do artigo 489 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a magistrada indeferiu a inicial de forma fundamentada.

Afere-se dos autos que a magistrada determinou a categorização dos documentos com base em provimento da Corregedoria, não tendo a parte cumprido, o que gerou o indeferimento da inicial com fundamento no artigo 321, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Quanto ao mérito, os autos versam sobre ação de reintegração de posse ajuizada pelo apelante Grupo Escoteiro Dourados em face de Alceu Soares Aguiar, arguindo em síntese, que foi o primeiro grupo escoteiro nesta cidade, fundado em 23 de abril de 1977 e que após algum período, adquiriu uma casa de alvenaria no BNH II Plano, sendo esta a sede da associação desde a compra do imóvel até a presente data.

Aduziu que está no imóvel de forma mansa e pacífica por mais de 30 (trinta) anos e que em junho de 2014, teve conhecimento que sua sede havia sido invadida pelo réu, colocando uma placa "propriedade privada" e iniciando uma reforma no local.

Alegou que pagou o financiamento do imóvel, não sendo possível comprovar, visto que a documentação de pagamento se encontrava nas dependências do mesmo quando houve um esbulho, no ano de 2009. Afirmou que usava e gozava do imóvel como se proprietário fosse. Pleiteou liminarmente a expedição de mandado de reintegração de posse, julgando procedente a demanda com a consequente reintegração de posse de forma definitiva.

Pois em. O ponto controvertido nos autos não gera sobre a liminar propriamente dita acerca da reintegração de posse, mas à petição inicial propriamente dita.

Determinou-se à parte a recategorização dos documentos, na forma do artigo 10, inciso IV do Provimento 70 da Corregedoria Geral de Justiça, o que não foi cumprido, tendo gerado a determinação de desentranhamento dos documentos acostados com a inicial, bem como os de f. 390-476. Vejamos o teor do mencionado Provimento:

> *"Art. 10. A correta formação do processo eletrônico é de responsabilidade do advogado ou procurador, que deverá:*

(...)

IV - carregar as peças essenciais da respectiva classe e documentos complementares, em arquivos distintos e na ordem em que deverão aparecer no processo.

(...)

§ 2º O juiz determinará o desentranhamento de peças juntadas indevidamente aos autos (...)"

Com efeito, o descumprimento da determinação de emenda da inicial gera o indeferimento desta, a teor do parágrafo único do artigo 321, *in verbis*:

"Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial."

Insta salientar que a decisão foi objeto de agravo de instrumento, tendo sido mantida a exigência imposta pela magistrada. Eis o teor da ementa do Agravo nº 1402342-67.2015.8.12.0000:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PROCESSO ELETRÔNICO – OBRIGATORIEDADE DE CATEGORIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS – PROVIMENTO Nº 70/2012 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA – NECESSIDADE DE PADRONIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

1 – No intuito de padronizar o procedimento referente à formação do processo eletrônico, a Corregedoria-Geral de Justiça deste Tribunal editou o Provimento nº 70/2012 que, dentre outras disposições, determinou expressamente a necessidade da parte de categorizar os documentos juntados aos autos, proporcionando assim racionalização e agilidade à prestação jurisdicional.

2 – Consoante previsto na norma de regência, após a abertura do prazo de cinco dias para regularização da juntada de documentos em desconformidade com a padronização exigida, por falta de categorização, correta a aplicação da sanção processual de desentranhamento das peças, conforme dispõe o art. 10, IV, §§ 1º e 2º do Provimento nº 70/2012.

3 – Recurso conhecido e desprovido."

Por fim, não se considera cumprida a determinação da juíza (confirmada em agravo) por meio da juntada de cópia de processo (vide f. 556-670).

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

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 10/09/2019 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Júlio), após o relator, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 10/09/2019)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º vogal)

Analisando os autos é possível verificar a magistrada determinou a categorização dos documentos com base em provimento da Corregedoria, não tendo a parte cumprido, indeferiu a inicial com fundamento no artigo 321, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A sentença, à toda evidência, merece ser retificada.

Isto porque a irregularidade verificada pelo juízo de piso não possui qualquer relevância para o propósito da legislação em vigor, caracterizando, o óbice da continuidade do feito, mero rigor formal, incompatível com os princípios da duração razoável do processo e da celeridade de sua tramitação.

Destaco que se mostram precipitadas e imprudentes as decisões que concedem maior relevância as questões meramente formais, as quais, na realidade, não causam qualquer prejuízo, e deixam de lado àquelas que realmente importam, tratadas no mérito da avença, eis que apenas engessam e oneram o Poder Judiciário, posto que acabam por inviabilizar a efetiva prestação jurisdicional à parte que realmente necessita.

Destaco, nesse contexto, interessante aresto do Superior Tribunal de Justiça, onde se decidiu que:

> *"(...) A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la."* (STJ – 4ª Turma - REsp 15.713-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91, deram provimento, v.u., DJU 24.2.92, p. 1.876, *in* Código de Processo Civil/Theotônio Negrão – 41. Ed. – Saraiva, 2009, p. 369)

Destarte, pecou o juízo singular pelo excesso de rigor e formalismo exacerbado ao indeferir a petição exordial pela falta de categorização dos documentos do processo, providência que seria justificável para grande quantidade de documentos, cuja falta impossibilitaria ou impediria sua análise.

Porém, no caso em tela, ainda que tenham sido apresentados numa única classe "outros documentos", tal fato não impediu ou impossibilitou de forma alguma sua análise, incorrendo em excesso de rigor o julgador singelo ao indeferir a petição inicial.

Desta forma, por todos os lados que se analise a questão, verifica-se que outro caminho não há senão a anulação da decisão proferida em primeiro grau, a fim de que os autos retornem ao seu regular processamento.

Conclusão

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Grupo Escoteiro Dourados e, dou-lhe provimento, a fim de anular a decisão proferida em primeiro grau e determinar o retorno dos autos à instância de origem para regular processamento do feito.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Por unanimidade, afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator e, no mérito, por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, acompanhado pelo 1º vogal, vencido o 2º vogal, que lhe dava provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 05/11/2019)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (3º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (4º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, nos termos do voto do relator e, no mérito, por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencidos o relator e o 1º vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Agravo de Instrumento nº 1412061-34.2019.8.12.0000 – Aquidauana

EMENTA – AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE – DECISÃO QUE HAVIA CONCEDIDO A TUTELA DE URGÊNCIA PARA IMISSÃO NA POSSE, POSTERIOMENTE REVOGADA PELO JUÍZO DE ORIGEM, EM VISTA DO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA RÉ – CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DO IMÓVEL EM FAVOR DA AUTORA/CREDORA QUE OCORREU ANTES MESMO DO REQUERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – BEM IMÓVEL QUE NÃO MAIS INTEGRA O PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA – IMISSÃO NA POSSE DEVIDA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Sul Invest Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Multisetorial interpõe agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo em face da decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Aquidauana-MS, que suspendeu a ação de imissão na posse, em vista do deferimento de recuperação judicial da empresa agravada, Trans Delta Transportadora Ltda.

Afirma que, em primeiro momento, o juízo *a quo* concedeu a tutela de urgência consubstanciada na imissão do agravante na posse da Fazenda Santa Ana, assinalando um prazo de 60 dias para a desocupação voluntária e, posteriormente, em nova decisão, suspendeu a ação em virtude de ajuizamento de recuperação judicial da agravada, suspendendo, ainda, os efeitos da liminar outrora concedida, ferindo direito constitucional do ora agravante.

Alega que o juízo incorreu em erro, uma vez que: i) a Fazenda Santa Ana não é do devedor/agravado para fins da aplicação do artigo 49, § 3º da Lei nº 11.101/05; ii) a agravada/devedora não tem como bem essencial o eucalipto (transportadora), tampouco empresa coligada (siderúrgica), para fins de aplicação do artigo 49, § 3º da Lei nº 11.101/05; iii) a dívida anteriormente existente com o Agravante, que deu origem à Ação de Imissão na Posse suspensa pela prolação da r. decisão ora combatida, foi exaurida com a consolidação da propriedade do imóvel há quase uma ano.

Requereu a concessão de tutela recursal, a fim de que seja restabelecida a decisão que havia concedido a imissão na posse em favor da agravante.

Ao final, pleiteia o provimento do presente recurso, para que seja reformada a r. decisão combatida.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Contrarrazões às f. 289-297.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Sul Invest Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Multisetorial interpõe agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo em face da decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Aquidauana-MS, que suspendeu a ação de imissão na posse, em vista do deferimento de recuperação judicial da empresa agravada, Trans Delta Transportadora Ltda.

Síntese dos autos

Trata-se de ação de imissão de posse tendo como objeto o contrato de cessão e aquisição de direitos creditórios com coobrigação, garantia de alienação fiduciária de bem imóvel e outras avenças, sob o nº 322.798, no valor estipulado de R$ 4.000.000,00, o qual foi posteriormente aditado em 04/09/2017, ampliando o valor garantido para R$ 6.000.000,00, com a prorrogação até a data do vencimento em 01/08/2018.

No 1º aditivo a rerratificação do contrato supramencionado, foi dado em garantia o bem imóvel rural denominado Fazenda Santa Ana, localizado em Aquidauana/MS e com matrícula nº 15.873 registrada no Cartório de 1º Serviço Notarial e de Registro de Imóveis da referida comarca.

Alega a parte autora/agravante que requereu em cartório a intimação da empresa ré/agravada para o pagamento do *quantum* devido no prazo de quinze dias e após o decorrer deste, sem manifestação, afirma ter ocorrido a consolidação da propriedade do imóvel pela averbação de nº 3 – protocolo nº 79.893.

Aduz que apesar da averbação, a posse do imóvel continua com a empresa ré, motivo pelo qual ajuizou a ação de imissão da posse do imóvel rural Fazenda Santa Ana.

O juízo de origem deferiu a tutela de urgência, para o fim de determinar a imissão do agravante na posse da área objeto da demanda.

Porém, em momento posterior determinou a suspensão dos efeitos da referida decisão, ante a informação de deferimento do pedido de recuperação judicial da empresa agravada, bem como da suposta essencialidade do eucalipto plantado na Fazenda Santa Ana.

É contra tal decisão que se insurge a agravante.

Mérito recursal

Segundo a agravante, o juízo incorreu em erro, uma vez que: i) a Fazenda Santa Ana não é do devedor/agravado para fins da aplicação do artigo 49, § 3º da Lei nº 11.101/05; ii) a agravada/devedora não tem como bem essencial o eucalipto (transportadora), tampouco empresa coligada (siderúrgica), para fins de aplicação do artigo 49, § 3º da Lei nº 11.101/05; iii) a dívida anteriormente existente com o agravante, que deu origem à ação de imissão na posse suspensa pela prolação da r. decisão ora combatida, foi exaurida com a consolidação da propriedade do imóvel há quase uma ano.

Adianto que assiste razão ao agravante.

A Lei nº 11.101/2005 Lei de Recuperação Judicial estabelece em seu artigo 49 que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Entretanto, o parágrafo 3º do aludido artigo dispõe que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

"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."

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre o tema, entendendo que os créditos garantidos por cessão fiduciária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, em razão do disposto no artigo 49, parágrafo 3º, da Lei 11.101/2005:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES – CRÉDITO RESULTANTE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOBRE IMÓVEL – NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO – SÚMULA 83 DO STJ. [...] O entendimento da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada neste Sodalício, no sentido de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário ou de crédito garantido por cessão fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Incidência da Súmula 83 do STJ" [AgInt no AREsp 854803/SP, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Dje 15/02/2017]

Ora, a situação apresentada pelo art. 49, § 3º da Lei de Recuperação Judicial é exatamente o caso em questão.

Existe um contrato celebrado entre as partes e inadimplido pela agravada, oportunidade em que, nos exatos termos do artigo 26 da Lei 9.514/97, na data de 05 de junho de 2018, a propriedade do imóvel objeto da matrícula nº 18.766 foi devidamente consolidada em prol da ora agravante (f. 76-97).

Por óbvio, é evidente que a agravante possui o direito ao ingresso imediato no imóvel de sua titularidade, à medida que a consolidação da propriedade foi realizada em momento deveras anterior ao ajuizamento da recuperação judicial das empresas do Grupo Simasul, da qual a agravada faz parte, fato este que se deu apenas em abril de 2019.

Importante mencionar, que não resta qualquer dúvida quanto a consolidação da propriedade em favor da agravante, bem como não há informação de discussão judicial quanto a regularidade do procedimento que culminou na retomada do bem em nome da Agravante, sendo devido o cumprimento do disposto no artigo 30 da Lei nº 9.514/97 (Lei da Alienação Fiduciária):

"É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1° e 2° do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome".

Saliento, ainda, que não há que se enfrentar a questão dos bens serem ou não essenciais à atividade produzida pela empresa agravada, uma vez que a vedação à venda/retirada de bens de capital essencial do estabelecimento do devedor presume que a propriedade seja do devedor – o que nem mesmo é o caso em questão.

Ora, como mencionado acima, a consolidação da propriedade em favor da agravante aconteceu quase um ano antes do pedido de recuperação judicial.

Sobre questão idêntica, veja-se a jurisprudência do e. TJSP:

> *"RECUPERAÇÃO JUDICIAL – COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DA ESSENCIALIDADE DE BEM IMÓVEL – CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA EM FAVOR DO BANCO CREDOR QUE OCORREU ANTES MESMO DO REQUERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – BEM IMÓVEL QUE NÃO MAIS INTEGRA O PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA – COMANDO JUDICIAL EMITIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENUNCIADO III DO GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL, TENDO EM VISTA A LIMITAÇÃO ATINENTE AO PRAZO DE "STAY" – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."* (TJSP. Agravo de Instrumento 2155970-95.2019.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Tatuí - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/09/2019; Data de Registro: 05/09/2019)

Dessa forma, no momento do ajuizamento da recuperação judicial, o imóvel em questão já não mais integrava o patrimônio da agravada, não cabendo suspender a imissão na posse em favor da agravante, motivo pelo qual reformo a decisão agravada.

Conclusão

Ante ao exposto, conheço e dou provimento ao agravo de instrumento interposto, para reformar a decisão agravada, com o imediato cumprimento da decisão de f. 447-449 dos autos de origem.

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. Alexandre Bastos.

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, 5 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0839012-19.2016.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – AUTORA PENSIONISTA DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS – DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO – PEDIDO DE LIMITAÇÃO A 30% DO RENDIMENTO MENSAL LÍQUIDO – IMPOSSIBILIDADE – PARÂMETRO ADMISSÍVEL DE ATÉ 40% DA REMUNERAÇÃO BRUTA PARA EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ARCADOS INTEGRALMENTE PELOS APELADOS – 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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de novembro de 2019.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Vivian Cláudia Pinno Massaneiro interpõe recurso de apelação contra decisão de 1° grau que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de redefinição de margem consignável ajuizada por si contra as instituições financeira apeladas.

Aduz a apelante que nunca pretendeu abster-se de pagar seus débitos, de formam que apenas deseja a revisão contratual dos mesmos para adequar os descontos dos contratos firmados até o limite da margem legalmente admitida, tendo em vista que atualmente os descontos comprometem 58,5% de sua renda e, de acordo com os parâmetros legais, o limite é de 30% (Decreto-Lei 4.840/03, art 3º, I). Fundamenta que a obrigação de verificação da existência de margem consignável é da instituição financeira, conforme estabelecido na Lei 10.820/2003, artigo 6º, § 6º. Assim, pede a reforma a decisão, para que sejam os descontos realizados, por empréstimos, em sua conta bancária, limitados em 30% do valor de seu salário.

Contrarrazões às f. 592-598, 599-603, 668-673 e 674-683.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Vivian Cláudia Pinno Massaneiro interpõe recurso de apelação contra decisão de 1° grau que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de redefinição de margem consignável ajuizada por si contra as instituições financeira apeladas.

Pois bem.

O Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito aos descontos em holerite, tem decidido que os empréstimos deduzidos de folha de pagamento/conta corrente do servidor devem se limitar a 30% (trinta por cento) de seus vencimentos, em razão da sua natureza alimentar, apoiando-se, também, no princípio da razoabilidade.

Senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – DESCONTO LIMITADO A 30% DA REMUNERAÇÃO – PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os empréstimos consignados na folha de pagamento do servidor público estão limitados a 30% do valor de sua remuneração, ante a natureza alimentar da verba. 2. Agravo regimental improvido"* (STJ; AgRg no RMS 30.070/RS; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Sexta Turma; julgado em 17/09/2015; DJe 08/10/2015).

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL – DESCONTOS DE EMPRÉSTIMO EM FOLHA – LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS DA SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE – EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. 1. Embargos de declaração opostos com o fito de rediscutir a decisão embargada. Nítido caráter infringente. Ausência de contradição, omissão ou obscuridade. 2. Toda a normatização que tem pertinência ao caso, vigente por ocasião da pactuação firmada entre as partes, isto é, os artigos 8º do Decreto 6.386/2008; 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003 e 45, parágrafo único, da Lei 8.112/90 estabelecem que a soma dos descontos em folha de pagamento referentes ao pagamento de prestações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil, não poderão exceder a 30% (trinta por cento) da remuneração do trabalhador. Com efeito, é descabida a pretensão de que os descontos se limitem a 30% renda líquida da recorrente. 3. "É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que eventuais descontos em folha de pagamento, relativos a empréstimos consignados tomados por servidor público, estão limitados a 30% (trinta por cento) do valor de sua remuneração".* (STJ - AgRg no RMS 29.988/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014). 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento". (STJ; EDcl no REsp 1201838/RS; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Quarta Turma; julgado em 18/08/2015; DJe 25/08/2015).

Ocorre, entretanto, que o apelante é servidor público, aposentado e pensionista da administração estadual. Em tal hipótese, há norma específica que permite que os descontos em folha de pagamento alcancem a margem de 40% (quarenta por cento) do valor da remuneração bruta.

O Decreto Estadual nº 12.796/2009, o qual dispõe sobre a averbação de consignações em folha de pagamento de servidores públicos civis e militares estaduais ativos ou inativos e pensionistas da administração direta, autarquias, fundações e empresas públicas do Poder Executivo, estabelece que:

> *"Art. 1º As consignações em folha de pagamento previstas no parágrafo único do art. 79 da Lei nº 1.102, de 10 de outubro de 1990, de servidores públicos civis e militares estaduais, ativos ou inativos e pensionistas da administração direta, autarquias, fundações e empresas públicas do Poder Executivo, excluídos os temporários e os convocados, são classificadas em:*
>
> *I - compulsórias;*
>
> *II - preferenciais;*
>
> ***III – facultativas;***
>
> *(...)*

§ 3º ***Consignações facultativas*** *são os* ***descontos autorizados pelo servidor público civil e militar estadual, ativo ou inativo e pensionista*** *da administração direta, autarquias, fundações e empresas públicas, mediante anuência da administração pública, decorrente de contrato, acordo ou convênio entre o servidor e o consignatário, tendo por objeto:*

(...)

VI - ***amortização de empréstimos ou financiamentos concedidos por instituições financeiras, por operadoras de cartões de crédito e por operadoras de cartões na modalidade de adiantamento salarial****, na forma de compras.*

(...)

Art. 8º A soma mensal das ***consignações facultativas de cada servidor, não poderá exceder ao valor equivalente a quarenta por cento da remuneração bruta,*** *assim considerada a totalidade das parcelas salariais que lhe são devidas,* ***excluídas as seguintes verbas:***

I - diárias e ajuda de custo;

II - indenização de despesa de transporte, auxílio-transporte e auxílio-alimentação;

III - salário-família;

IV - gratificação natalina, adicional e abono de férias;

V - adicional pelo exercício de atividades em condições insalubres, penosas ou perigosas ou pelo exercício em determinadas zonas ou locais;

VI - adicional pela prestação de serviço extraordinário, hora extra ou plantão de serviço;

VII - adicional por trabalho noturno;

VIII - diferenças de vencimento ou parcela salarial de caráter eventual ou temporário de qualquer natureza;

IX - parcela originária de decisão judicial não transitada em julgado.

(...)

Art. 8º-B. O valor comprometido com a ***utilização do cartão de crédito será de 10%*** *(dez por cento)* ***da remuneração bruta do servidor,*** *excluídas as verbas constantes nos incisos do caput do art. 8º deste Decreto.*

Parágrafo único. Ao disposto neste artigo não se aplica ao valor do índice estabelecido no caput do art. 8º deste Decreto." (g.n.)

Da análise do dispositivo legal denota-se que os descontos facultativos realizados em folha de pagamento de servidor público estadual, em virtude de empréstimos concedidos por instituições financeiras, não poderão ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração bruta, assim considerada a totalidade das parcelas salariais que lhe são devidas, portanto inclui-se neste montante a parcela destinada à previdência, vez que é uma verba destinada ao servidor que porém é retida pelo governo como contribuição previdenciária. Ainda, deve-se observar o limite independente de 10% (dez por cento) sobre a remuneração bruta, para à utilização do cartão de crédito.

Nesse sentido:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – LIMITAÇÃO DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO – ***LIMITAÇÃO DE 40% DOS RENDIMENTOS BRUTOS*** *– DECRETO*

ESTADUAL Nº 12.796/09 – DESCONTOS QUE NÃO ATINGEM O TETO DE MARGEM – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Nos termos do art. 8º, do Decreto Estadual nº 12.796/2009, que regulamentou o art. 79, parágrafo único, da Lei Estadual nº 1.102/1990, em se tratando de servidores públicos os descontos consignados em folha de pagamento são limitados a 40% da remuneração bruta do servidor. Recurso conhecido e desprovido." (TJMS. Apelação nº 0841659-55.2014.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; j: 22/08/2017; p: 24/08/2017)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA – RESPEITO À LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS SOBRE OS PROVENTOS DA DEMANDANTE – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – LIMITE DE 40% – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (...) II - Não obstante sejam válidos os descontos feitos na folha de pagamento do autor em decorrência de empréstimos consignados, tal prática encontra limites na legislação em vigor que, no caso, cuidando-se de servidora pública do Estado de Mato Grosso Sul, deve ser 40% (quarenta por cento) da remuneração bruta, assim considerada a totalidade das parcelas salariais." (TJMS; Agravo de Instrumento nº 1408508-47.2017.8.12.0000 - Campo Grande; 3ª Câmara Cível; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; j: 14/11/2017; p: 20/11/2017)

A propósito, ao contrário do que defende o apelante, não há violação ao artigo 7º, inciso X, da CF (que dá proteção ao salário na forma da lei) uma vez que a hipótese dos autos não versa sobre constrição judicial, mas sim de descontos realizados por expressa autorização do devedor.

Assim, no caso dos autos, entendo por bem dar parcial provimento ao recurso para determinar a limitação dos descontos bancários da apelante em 40% de sua remuneração bruta.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Vivian Cláudia Pinno Massaneiro o e dou-lhe parcial provimento, para limitar os empréstimos consignados em sua folha de pagamento no patamar de 40% da remuneração bruta e, consequentemente, inverto o ônus de 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. Alexandre Bastos.

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, 19 de novembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação nº 0800156-70.2019.8.12.0036 – Inocência

EMENTA–APELAÇÃOCÍVELEREMESSANECESSÁRIA–MANDADODESEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE BOVINOS E GRÃOS ENTRE FAZENDAS DO MESMO PROPRIETÁRIO LOCALIZADAS EM ESTADO DIFERENTES DA FEDERAÇÃO – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO IMPOSTO – RECURSO PROVIDO.

É lícita a cobrança do ICMS no transporte interestadual de gado e grãos entre estabelecimentos do mesmo proprietário, consoante previsto nos artigos 6º, § 1º, da LC nº 87/1996 (Lei Kandir) e 12 do CTN.

Inaplicáveis ao caso a Súmula 166 do STJ, editada anteriormente à Lei Kandir e o representativo de controvérsia REsp 1.125.133/SP, que analisou a cobrança do imposto na transferência de bens de ativo imobilizado, situação diversa da presente, em que os bens transportados são destinados à comercialização.

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, contra o parecer, dar provimento ao recurso e reformar a sentença, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 1º de outubro de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe apelação contra sentença que, no mandado de segurança impetrado por Nivea Maria Lopes Ferreira, concedeu a ordem para determinar a abstenção de exigir o ICMS quanto às operações de transferências, sem modificação de propriedade, de mercadorias (rebanhos e demais itens) enquanto pertencerem ao mesmo proprietário e não houver alteração jurisprudencial no STJ e STF, sob pena de imposição de medidas coercitivas.

Alega que a apelada é responsável pelo ICMS de todas as etapas anteriores que foram objeto de diferimento do imposto, nos termos do disposto no § 2º do art. 12 do Código Tributário Estadual e § 2º do art. 1º do Anexo II ao RICMS.

Com a concessão da segurança, haverá um evidente enriquecimento sem causa da contribuinte que tem a responsabilidade de arcar com o ICMS das etapas anteriores, independentemente do fato de a última transferência ter sido entre estabelecimentos do mesmo dono.

Defende que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos distintos e localizados em diferentes Estados da federação é fato gerador do ICMS, conforme preceitua o artigo 12, I, da Lei Kandir (Lei

Complementar nº 87/96), bem como tal lei é posterior à edição da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, o que afasta a aplicação do entendimento sumulado.

Ressalta que a orientação firmada no STJ no julgamento de recurso repetitivo (REsp 1.125.133) limita-se à transferência de bens que compõe o ativo fixo, caso em que o deslocamento desses bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte localizados em Estados diversos não traduz ato de mercancia, uma vez que não acontece para fins de revenda.

Prequestiona dispositivos legais e, por fim, requer o provimento do recurso para, reformando-se a sentença, seja denegada a segurança.

Contrarrazões às f. 209-15.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção da sentença (f. 226-38).

O magistrado de primeiro grau submete a sentença ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º da Lei 12.016/2009.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença que, no mandado de segurança impetrado por Nivea Maria Lopes Ferreira, concedeu a segurança para determinar a abstenção de exigir o ICMS quanto às operações de transferências, sem modificação de propriedade, de mercadorias (rebanhos e demais itens) enquanto pertencerem ao mesmo proprietário e não houver alteração jurisprudencial no STJ e STF, sob pena de imposição de medidas coercitivas.

Sem custas e honorários.

Contrarrazões às f. 209-15.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção da sentença (f. 226-38).

O magistrado de primeiro grau submete a sentença ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º da Lei 12.016/2009.

- Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput,* do CPC) e está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma. Ausente o preparo por dispensa legal.

Dos fatos

No caso, o magistrado de primeiro grau concedeu o *writ* determinando que a fazenda pública se abstenha da cobrança de ICMS na hipótese de transferência de bovinos e grãos entre as fazendas da apelada em Estados diferentes.

A sentença deve ser reformada.

Da impossibilidade de aplicação da Súmula nº166 do STJ em razão de legislação específica posterior.

Nada obstante a Súmula 166 do STJ estabeleça que "*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte"*, o fato é que o verbete é de agosto de 1996, portanto anterior à Lei Complementar Federal nº 87 (Lei Kandir) que é de novembro de 1996, editada pelo legislador complementar em cumprimento à outorga do art. 155, § 2º XII, alínea 'd', da

Constituição Federal, com objeto de regular, justamente, a incidência de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço.

Vejamos:

> *"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *II - 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;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XII - cabe à lei complementar:*
>
> *(...)*
>
> *d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços; (...)."*

Assim, a Súmula 166 não se aplica ao caso, eis que foi editada antes da referida Lei Complementar, instrumento próprio indicado pelo legislador constitucional para regular a matéria de ICMS.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA. Nos termos do art. 12, I da Lei Complementar nº 87/96, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Desse modo, no caso, sem razão o impetrante, que pretende transportar bens para filial em outro Estado sem recolher o aludido imposto. Ademais, cumpre ressaltar que, desde 01 de novembro de 1996, data em que entrou em vigor a referida Lei Complementar, casos como o dos autos não podem mais ser solucionados à luz da Súmula nº 166 do C. STJ, que foi editada em agosto de 1.996 e, principalmente, reflete jurisprudência consolidada antes da Lei Kandir. As transferências de um para outro estabelecimento do outro titular também caracterizam operação de circulação de mercadorias, fato gerador do tributo. Apelo provido nos termos da fundamentação. Ordem denegada. Prejudicado o reexame necessário. Unânime."* (TJRS – Apelação e Reexame Necessário nº 70016848079, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 29/08/2007).

Da impossibilidade de aplicação do recurso representativo de controvérsia – Resp 1.125.133/SP (Tema 259).

O Superior Tribunal de Justiça, em alinhamento com o posicionamento anteriormente contido na Súmula 166, julgou o REsp 1.125.133/SP em sede de recurso representativo de controvérsia, oportunidade em firmou a seguinte tese: "*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte."*

Ocorre que o julgado analisou especificamente a não incidência do tributo na transferência interestadual de bens do ativo imobilizado da mesma empresa, questão absolutamente diversa da tratada nestes autos, em que o transporte realizado é de mercadorias que se destinam a futura comercialização.

Observe-se, por oportuno, que o ministro relator do recurso fundamentou seu posicionamento utilizando excerto do livro "ICMS" de Roque Antônio Carrazza (quanto à necessidade de transferência de titularidade da

mercadoria para a incidência do imposto), que, na mesma obra, excepciona expressamente a situação contida nestes autos, defendendo a possibilidade de cobrança do ICMS quando houver transporte interestadual de mercadorias que se destinem à venda[1].

Veja-se:

> *"(...)* ***cabe ICMS quando a transferência de mercadorias dá-se entre estabelecimentos da mesma empresa, mas localizados em territórios de pessoas políticas diferentes, desde que se destinem à venda e, portanto, não sejam bens de ativo imobilizado****. A razão disso é simples: a remessa traz reflexos tributários às pessoas políticas envolvidas no processo de transferência (a do estabelecimento de origem e a do destino)."* Destacado.

Outros Tribunais pátrios têm seguido esse entendimento:

> *"APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC) – TRIBUTÁRIO – ICMS – TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA PESSOA JURÍDICA – EXAÇÃO QUE SE AFIGURA VIÁVEL POR EXPRESSA PREVISÃO LEGAL (ART. 12, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996) – NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO RESTRITA À REMESSA DE BENS AO ATIVO IMOBILIZADO DA EMPRESA, OU AINDA, À HIPÓTESE DE NÃO HAVER QUALQUER TRANSFORMAÇÃO OU INCREMENTO DE VALOR SOBRE A MERCADORIA – CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA NÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS – IMPOSTO DEVIDO – ACÓRDÃO QUE ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO – MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE SE IMPÕE – DESNECESSIDADE DE RETRATAÇÃO.* ***'Sob a previsão contida no inc. I, do art. 12 combinado com o inc. II, do § 3º, do art. 11, ambos da Lei Complementar nº 87/96, é legítima a incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte situados em Estados diferentes, excluídas, no entanto, as operações de simples deslocamento físico de bens destinados ao ativo imobilizado ou quando, no estabelecimento receptor, não houver qualquer atividade de transformação ou de agregação do valor econômico das mercadorias."*** (Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2007.064674-2, rel. Des. Newton Janke, j. em 3.2.09)". (TJSC, Grupo de Câmaras de Direito Público, Mandado de Segurança nº 2010.029665-7, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 09-11-2011). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2009.046115-7, de Araranguá, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 09-06-2015). Destacado.

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO TITULAR. Incide ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias, ainda que a transferência seja para estabelecimentos do mesmo contribuinte, com exceção de bens do ativo fixo. Recurso Provido – Voto Vencido"* (Agravo de Instrumento nº 70060315579, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 22/10/2014).

Ademais, existem dispositivos legais na LC nº 87/96 (Lei Kandir) e no Código Tributário Estadual (Lei 1.810/97), adiante analisados de forma mais pormenorizada, que autorizam a cobrança do imposto no transporte interestadual de mercadorias como gado e grãos entre estabelecimentos do mesmo proprietário, cuja aplicação e constitucionalidade não foram de nenhuma forma abordados no citado julgamento.

A ausência de apreciação das normas vigentes sobre o assunto nos julgados acerca da matéria, que têm aplicado irrestritamente a Súmula 166 do STJ sem justificar o não atendimento da Lei Kandir (editadas, repise-se, posteriormente à súmula) motivou, inclusive, o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49 junto ao STF, para que sejam ratificados os dispositivos da Lei Kandir que autorizam a cobrança do ICMS em casos como o presente.

1 CARRAZZA, Roque Antonio. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 58.

Independentemente da tramitação da ADC, contudo, fato é que os julgados utilizados como paradigma para a proibição da cobrança do ICMS no transporte interestadual de bens entre estabelecimentos do mesmo proprietário dizem respeito a produtos que possuem tratamento jurídico diferente destes autos ou não questionam a constitucionalidade das normas vigentes autorizadoras da cobrança do imposto em situações como a ora discutida, razão pela qual, até que a constitucionalidade de tais normas seja afastada, impõe-se o seu cumprimento.

Da legislação aplicável ao caso.

Verificada a outorga constitucional (Art. 155, § 2º, XII, alínea 'd', da Constituição Federal) e posterior edição da Lei Complementar nº 87/1996, cuja constitucionalidade não foi atacada pela via própria, escorreita se faz a sua plena aplicação, bem como da legislação a ela subordinada.

A mencionada lei atribui ao legislador estadual a competência para tratar o tema, veja-se:

> *"Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário."* (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002).
>
> *"§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual* ***nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto****."* Destacado.

E nessa cadeia legislativa, o atual Código Tributário Estadual de Mato Grosso do Sul dispõe expressamente que:

> *"Art. 12. O lançamento do ICMS pode ser diferido nas operações ou prestações com os produtos e serviços a que se refere o art. 47, I, na forma do Regulamento.*
>
> *§ 1º Encerra-se o diferimento:*
>
> *I - na saída para outro Estado, ou com destino a consumidor final ou contribuinte não-inscrito, de qualquer produto ou serviço, em qualquer hipótese;*
>
> *II - no momento fixado no Regulamento, nos demais casos.*
>
> *§ 2º Encerrado o diferimento, o ICMS deve ser recolhido no prazo e forma do Regulamento, mesmo que a saída ou a prestação, subsequentes, ocorram com isenção, imunidade ou não-incidência.*
>
> *§ 3º O diferimento pode ser restrito a determinados contribuintes, destinatários de produtos agropecuários e extrativos minerais, pesqueiros e vegetais, inclusive e se necessário, com a exigência de regime especial para a sua aplicação.*
>
> *§ 4º No caso em que não couber o diferimento, o ICMS deve ser recolhido pelo contribuinte remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 47. São sujeitos passivos por substituição, relativamente às operações ou às prestações antecedentes:*
>
> *I - o estabelecimento destinatário, exceto o de produtor, nas aquisições não oneradas em decorrência de diferimento da cobrança do ICMS, nos termos da permissão contida no art. 12, e observada a restrição a que se refere o seu § 3º, dos seguintes produtos:*
>
> *(...)*
>
> *c) gado bovino, bubalino, caprino, equino, ovino e suíno; ave viva e peixe; (...)."*

Desta feita, estabeleceu o legislador estadual que apenas a última pessoa da cadeia de circulação do bem é o responsável pelo pagamento integral do ICMS, ficando a cobrança pelo imposto referente às operações anteriores ocorridas dentro do estado, diferidas para este momento final (diferimento tributário).

Assim, ignorada a previsão legislativa, o Estado de Mato Grosso do Sul tanto deixa de recolher o ICMS ao final da cadeia, quanto àquele relativo a cada operação anterior, arcando com relevante prejuízo.

Obedecendo completamente à legislação atinente, tem-se que nos casos como o trazido nestes autos de transferência de gado entre estabelecimentos dos mesmos proprietários, mas situados em outro ente da federação, são regulados pelo Código Tributário Estadual, cujo pressuposto de validade é a Lei Complementar nº 87/1996 que, por sua vez, apoia-se na própria Constituição Federal.

Conclusão

Diante do exposto, em desacordo com o parecer da PGJ, voto por se retificar a sentença reexaminanda e dar provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul para denegar a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso e reformaram a sentença, 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. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 1º de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator designado Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0017151-15.2013.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS SEM CONSENTIMENTO E REPASSE DO PRODUTO DEVIDO AO SÓCIO – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE REJEITADA – MÉRITO – DESNECESSIDADE DE ASSEMBLEIA – REGULARIDADE DA PROCURAÇÃO OUTORGADA PELO SÓCIO E DA AQUISIÇÃO DO BEM POR TERCEIRO – QUESTÃO RESOLVIDA EM PERDAS E DANOS – JUROS DE MORA DA CITAÇÃO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – ALEGAÇÃO DE SENTENÇA *EXTRA PETITA* – AFASTADA – SUCUMBÊNCIA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não ofende o princípio da dialeticidade as razões da apelação que declinam os motivos pelos quais a sentença deve ser reformada.

É desnecessária a realização de assembleia para deliberação quanto à alienação de bens que compunham o patrimônio da sociedade composta por apenas dois sócios quando realizada por aquele com poderes majoritários.

Revela-se legítima a procuração outorgada por sócio com poderes para tanto, bem como a alienação de bens a terceiros amparada no referido instrumento público.

Tratando-se de relação contratual, o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a condenação é a citação, nos termos do art. 405 do CC.

Não caracteriza sentença *extra petita* e nem viola os princípios do contraditório e da ampla defesa quando o pedido de perdas e danos consta da inicial, ainda que de forma genérica.

A regra geral para a responsabilização pelo pagamento dos honorários é a aplicação do princípio de sucumbência, ou seja, aquele que perdeu arca com a verba do patrono da parte *ex adversa*. Todavia, nos casos em que a responsabilidade pelo ônus sucumbencial se revelar insatisfatória diante da particularidade do caso, aplica-se o princípio da causalidade, a fim de responsabilizar aquele que obrigou a parte a ajuizar a demanda para reclamar seus 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, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal. Julgamento conforme o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 22 de outubro de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por espólio de Unildo Battistelli e outros e Salvador Rosa Sandim contra a sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível de Campo Grande, nos autos de ação ordinária movida pelos primeiros apelantes, que julgou improcedente o pedido declaratório de nulidade e parcialmente procedente o pedido relativo às perdas e danos, para condenar apenas o requerido Salvador Rosa Sandim no pagamento de valor correspondente a 40% da importância de R$114.073,16, com os devidos juros e correção monetária a partir da data da venda discutida no feito. A sentença ainda julgou improcedente a lide secundária, e ainda condenou a denunciante Viação Leme Ltda. no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, em favor dos patronos dos denunciados.

Em suas razões, os apelantes espólio de Unildo Battistelli e outros requerem a reforma da sentença, para que os pedidos contidos na inicial sejam julgados totalmente procedentes. Subsidiariamente, requerem a reforma de capítulo da sentença, para o fim de: a) majorar o valor da indenização devida a eles recorrentes; e ou b) determinar que os juros incidam a partir da data dato em que o apelado Salvador deveria ter deixado de praticar o ato reputado danoso; e ou c) reformar a sentença também no que se refere à distribuição das verbas sucumbenciais, invertendo-se a sucumbência com o acolhimento do presente pedido de reforma do julgado, ou alternativamente, reformar o julgado, condenando eles apelantes apenas aos ônus sucumbenciais de no máximo 5%, eis que sucumbiram na menor parte de seus pedidos.

Alegam que a tese autoral se debruça sobre ato nulo praticado por sócio quotista que, ao arrepio do contrato social, alienou 3 imóveis de propriedade da pessoa jurídica sem a anuência e concordância do também sócio e administrador eleito pelo contrato social Unildo Battistelli. Aduzem que, ao sentenciar o feito, o magistrado teria se apoiado na tese de que o sócio majoritário (o apelado Salvador) poderia ter vendido os 3 imóveis pertencentes à empresa da qual ele possuía 60% das quotas participativas do capital social; contudo, tal entendimento estaria equivocado, por se distanciar do que prevê a lei, haja vista que, por se tratar de sociedade em que a administração e gestão do patrimônio seria conjunta, conforme prevê o contrato social, o sócio Salvador não poderia, sozinho, assinar a procuração e depois alienar os bens imóveis de propriedade da pessoa jurídica. Asseveram que a sentença viola o disposto no artigo 1.015, do Código Civil, que determina que no silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade. Ponderam que a sentença confunde quórum deliberativo com ato de gestão, violando o artigo 1.060, do Código Civil. Afirmam que, ao fazer a referida confusão, a sentença invalidou a cláusula 4ª do Contrato Social, já que interpretou que as deliberações poderiam ser tomadas unicamente pelo sócio Salvador (majoritário), e que seu ato isolado teria alguma validade, mesmo não tendo sido formado em conjunto com o outro administrador da pessoa jurídica. Aduzem que, inclusive, a alienação das 3 fazendas, de forma isolada, pelo recorrido, impossibilitou ou dificultou que dali por diante a sociedade exercesse seu objeto social (inserto na cláusula 3ª do contrato). Pontuam, também, que a sentença contém equívoco quando nega a nulidade das transações que afetam a apelada Viação Leme, haja vista que não se trata de se perquirir sobre a boa ou má-fé de tal empresa na aquisição dos bens em discussão, mas sim de se ponderar que referida empresa não se cercou de todos os cuidados possíveis no momento do negócio, realizando uma compra irregular/nula, eis que celebrada mediante apresentação de procuração assinada por apenas 1 dos 2 administradores nominados no contrato social em epígrafe. Asseveram que era obrigação da empresa Viação Leme exigir para o ato (procuração) a forma adequada, sendo que, ao não fazê-lo, teria assumido os riscos do negócio viciado que celebrou. Subsidiariamente, se não restar firmado o entendimento de que há nulidade das vendas, requer a alteração dos critérios de fixação de indenização, ao argumento de que a venda dos bens, de forma indevida, inibiu a produção de riquezas pela empresa Agropecuária SS Ltda., e, consequentemente, impediu que os sócios obtivessem os lucros decorrentes das atividades que ali desenvolveriam, sem contar que houve expressiva valorização da área em que localizada os imóveis. Afirmam que o então sócio Unildo, já com 78 anos de idade, acabou aportando todas as suas economias numa sociedade que, por culpa do sócio Salvador, fracassou e nada de positivo lhe rendeu em seus últimos anos de vida, pelo que seu espólio e demais partes devem ser indenizados também tendo em conta a perda de uma chance. Esclarecem, também, que a Sentença deve ser reformada na parte em que não computou os juros desde o evento danoso (1998, data da lavratura da escritura de compra e venda reputada viciada). Por fim, e alternativamente, no caso de não ser decretada a nulidade das vendas em comento, requerem a inversão total dos ônus sucumbenciais, em desfavor do recorrido, ou,

ainda, que sejam redistribuídos de forma justa, tendo em vista a sucumbência mínima com relação ao pedido na inicial.

Por outro lado, o recorrente Salvador Rosa Sandim requer a reforma da sentença, para que o pedido inicial seja julgado improcedente, ao argumento de que a sentença é extra petita, na medida em que condenou ele recorrente no pagamento de indenização por perdas e danos, quando o pedido, realizado de forma genérica, se referia somente à declaração de nulidade da alienação dos bens imóveis havida no caso. Assevera que o pedido de condenação em perdas e danos foi realizado genericamente, por ocasião do requerimento de condenação do ora recorrente no pagamento de honorários e custas processuais, não podendo, portanto, ser imposta de ofício pelo magistrado. Pondera que, quanto à condenação no pagamento de indenização, não teria havido sequer ampla defesa ou contraditório no decorrer do processo, pelo que a condenação não seria devida.

Em contrarrazões de f. 1.005-1.015, o interessado 9º Ofício de Notas da Comarca de Campo Grande rechaça a questão relativa à denunciação da lide e pugna pelo desprovimento dos recursos.

Já a apelada Viação Leme Ltda., em resposta a f. 1.016-1.020, pugna pelo desprovimento do recuso.

Por fim, os recorridos espólio de Unildo Battistelli e outros, em contrarrazões de f. 1.021-1.036, suscitou preliminar de ausência de dialeticidade recursal. No mérito, pugnam pelo desprovimento do apelo da parte contrária.

VOTO (EM 24/09/2019)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Como há recurso de apelação interposto por ambas partes, hei por bem analisá-las em separado, para melhor elucidação das questões postas em julgamento.

Da apelação de espólio de Unildo Battistelli e outros:

O recorrente suscitou preliminar de ausência de dialeticidade recursal, sob alegação de que a parte adversa não teria combatido os fundamentos da sentença.

Referida preliminar não merece prosperar.

Isso porque, pela análise da inicial recursal, é possível aferir-se que o recorrente ataca os fundamentos pelos quais entende devida a reforma da sentença a seu favor, não havendo, portanto, se falar em ausência de dialeticidade recursal.

Assim, afasto a preliminar arguida.

Os recorrentes aduzem que, ao sentenciar o feito, o magistrado teria se apoiado na tese de que o sócio majoritário (o apelado Salvador) poderia ter vendido os 3 imóveis pertencentes à empresa da qual ele possuía 60% das quotas participativas do capital social; contudo, tal entendimento estaria equivocado, por se distanciar do que prevê a lei, haja vista que, por se tratar de sociedade em que a administração e gestão do patrimônio seria conjunta, conforme prevê o contrato social, o sócio Salvador não poderia, sozinho, assinar a procuração e depois alienar os bens imóveis de propriedade da pessoa jurídica. Asseveram que a sentença viola o disposto no artigo 1.015, do Código Civil, que determina que no silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade. Ponderam que a sentença confunde quórum deliberativo com ato de gestão, violando o artigo 1.060, do Código Civil. Afirmam que, ao fazer a referida confusão, a sentença invalidou a cláusula 4ª do contrato social, já que interpretou que as deliberações poderiam ser tomadas unicamente pelo sócio Salvador (majoritário), e que seu ato isolado teria alguma validade, mesmo não tendo sido formado em conjunto com o outro administrador da pessoa jurídica. Aduzem que, inclusive, a

alienação das 3 fazendas, de forma isolada, pelo recorrido, impossibilitou ou dificultou que dali por diante a sociedade exercesse seu objeto social (inserto na cláusula 3ª do contrato).

Sem razão os apelantes, nesse ponto.

Isso porque, consoante consta na sentença, a empresa Agropecuária SS Ltda. era composta por apenas dois sócios, a saber, o falecido Unildo Battisteli, e o recorrido Salvador Rosa Sandim. Por óbvio, então que não seria necessária a realização de assembleia para deliberação quanto à alienação de parte dos bens que compunham o patrimônio da sociedade. No mesmo sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO – COMPRA E VENDA. Ação de anulação de negócio jurídico. Autores sócios que pretendem anular promessa de compra e venda de imóvel de propriedade da sociedade, representada a sociedade por outros dois sócios. Cumprimento do art. 1.015 do CC. Aprovação pela maioria dos sócios. Dispensa, no caso, do conclave. Réus que tinham legitimidade para representar a sociedade na celebração do negócio. Alegação de preço irrisório. Imóvel rural de 20.000 hectares. Preço de mercado que os autores apontam ser de aproximadamente R$45.000.000,00. Negócio celebrado pelo valor de R$7.500.000,00. Rés adquirentes que, além do preço, assumiram responsabilidades fiscais de aproximadamente R$20.000.000,00, responsabilidade pela execução de georreferenciamento da propriedade e foram cientificadas da dificuldade de se tomar posse do imóvel, em razão de pendência judicial relativa a venda anterior do mesmo imóvel e de ocupações por terceiros. Oposição de pré-executividade em uma das execuções fiscais que não garante o reconhecimento da prescrição do débito. Pendências onerosas assumidas pelas adquirentes. Circunstâncias que desvalorizam sobremaneira o imóvel. Onerosidade excessiva e enriquecimento sem causa que não se evidenciam. Sentença mantida. Apelação desprovida."* (TJSP. Apelação nº 1015213-98.2015.8.26.0100. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Empresarial. Relator: Des. Calos Dias Motta. Julgamento: 21.02.2018).

A alegação de que a sentença teria invalidado a cláusula 4ª do Contrato Social, por ter interpretado que as deliberações sobre a empresa poderiam ser tomadas unicamente pelo sócio Salvador, e que seu ato não teria validade por não ter sido formado em conjunto com o outro administrador da sociedade, não merece guarida.

Isso porque a cláusula 4ª do contrato social (a f. 17 dos autos), e nem qualquer outra cláusula contratual, proíbem o ato específico de alienação de bens, ou condicionam tal alienação à vontade concorrente e concordante de ambos sócios. A disposição supramencionada contém apenas cláusula genérica, estabelecendo apenas que os sócios estariam proibidos de "assinarem documentos estranhos aos interesses da sociedade (...)". Contudo, não há prova de que a alienação dos imóveis objeto da celeuma seriam estranhos ou mesmo prejudiciais aos interesses da sociedade, podendo até mesmo ser necessária para a sobrevivência e ou manutenção da empresa.

O fato é que os recorrentes não colacionaram aos autos qualquer prova de que as alienações dos bens de propriedade da empresa não serviram aos interesses da sociedade, o que era ônus daqueles, nos termos do que dispõem os artigos 330, I, do CPC/1973, e 373, I, do CPC/2015.

E, em sendo o apelado Salvador detentor da maior parte do capital social (sócio majoritário), e em não havendo cláusula específica de vedação de alienação de bens no respectivo contrato social, é evidente que o sócio majoritário, caso haja eventual conflito de interesses na alienação de bens, e na hipótese de não ser tal ato estranho ao interesse da sociedade (o que não foi demonstrado pelos autores nos autos, como já mencionado), pode dispor dos bens e vendê-los a terceiros, por procurador habilitado a tanto, como realizado no caso *sub judice*.

O simples fato de não haver concordância expressa do sócio minoritário ou mesmo de não haver a assinatura de ambos sócios na procuração que autorizou a venda de bens da sociedade a terceiro não invalida, ou nulifica, por si só, nem o mandato, nem o próprio negócio jurídico realizado em razão de tal mandato.

Até porque, como se verá em tópico próprio, não há sequer prova ou evidência de que as alienações a terceiro foram eivadas de qualquer vício (como simulação ou fraude, por exemplo), por não restar demonstrada a má-fé na elaboração dos negócios jurídicos.

Assim, como o contrato silencia acerca da especificidade da venda de imóvel da sociedade, não violando, portanto, o artigo 1.015, do Código Civil; e como se trata de venda autorizada pelo sócio majoritário da sociedade, que tinha poderes de gestão e administração, não é o caso mesmo de procedência do pedido de nulidade dos atos jurídicos em epígrafe.

Em outro trecho do recurso, os recorrentes pontuam que a sentença contém equívoco quando nega a nulidade das transações que afetam a apelada Viação Leme, haja vista que não se trata de se perquirir sobre a boa ou má-fé de tal empresa na aquisição dos bens em discussão, mas sim de se ponderar que referida empresa não se cercou de todos os cuidados possíveis no momento do negócio, realizando uma compra irregular/nula, eis que celebrada mediante apresentação de procuração assinada por apenas 1 dos 2 administradores nominados no contrato social em epígrafe. Asseveram que era obrigação da empresa Viação Leme exigir para o ato (procuração) a forma adequada, sendo que, ao não fazê-lo, teria assumido os riscos do negócio viciado que celebrou.

Novamente sem fundamento as aduções trazidas pelos apelantes.

Isso porque, ao contrário do afirmado, a empresa Viação Leme entabulou os negócios jurídicos com o procurador de Salvador Rosa Sandim, cercada de todos os cuidados negociais necessários, tendo em vista, como dito no tópico acima, nem a procuração e nem as vendas dela decorrentes padecem de quaisquer vícios, tendo em vista que aquela foi firmada pelo sócio majoritário da empresa vendedora dos imóveis (Agropecuária SS Ltda.), que poderia fazê-lo justamente por não haver cláusula específica impeditiva para tanto, consoante também já esclarecido alhures.

E, ainda que eventualmente não fosse esse o caso, seria necessário, sim, perquirir acerca da boa-fé ou não da terceira adquirente, posto que, se não demonstrada aquela, a situação pode se resolver por eventuais perdas e danos; o que, aliás, acabou acontecendo na hipótese, mas não pelo motivo de má-fé ou não do terceiro adquirente, e sim pelo fato de o sócio majoritário não ter franqueado ao minoritário a parte que lhe cabia das vendas dos imóveis.

No mesmo sentido do acima esposado é a jurisprudência dominante acerca da matéria:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – ALIENAÇÃO DE QUOTAS SOCIETÁRIAS – FRAUDE À EXECUÇÃO – NÃO VERIFICADA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRIÇÃO SOBRE O BEM – MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE NÃO COMPROVADA – SÚMULA 375 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1406622-76.2018.8.12.0000. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. J.: 13.09.2018).

> *"EMENTA RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO – VENDA DE BEM INTEGRALIZADO AO CAPITAL SOCIAL SEM ANUÊNCIA DO SÓCIO – AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO DE RESTRIÇÃO – BOA-FÉ DO ADQUIRENTE – MANUTENÇÃO DA DECISÃO LIMINAR CONCEDIDA EM EMBARGOS DE TERCEIRO – RECURSO PROVIDO.*
>
> *A ausência da anuência de um dos sócios na venda de bem que se encontrava integralizado ao capital social da empresa, ainda que fira o contrato pactuado, não tem o condão, por si só, de ilidir a boa-fé do comprador, que adquiriu o bem demandado sem qualquer impedimento legal."* (TJMT. Agravo de Instrumento nº 0025051-58.2010.8.11.0041. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relatora: Des. Marilsen Andrade Addario. Julgamento: 06.04.2011).

Dessa feita, é hipótese de manutenção da sentença no ponto, não sendo o caso, portanto, nem de responsabilidade da empresa Viação Leme; nem de denunciação à lide do procurador do recorrido Salvador (a saber, Argemiro Pereira França); ou mesmo de eventual responsabilidade do oficial do 9º Ofício de Notas da Comarca de Campo Grande, do que decorre o desprovimento do recurso nessa parte.

Subsidiariamente, se não restar firmado o entendimento de que há nulidade das vendas, os recorrentes requerem a alteração dos critérios de fixação de indenização, ao argumento de que a venda dos bens, de forma indevida, inibiu a produção de riquezas pela empresa Agropecuária SS Ltda., e, consequentemente, impediu que os sócios obtivessem os lucros decorrentes das atividades que ali desenvolveriam, sem contar que houve expressiva valorização da área em que localizada os imóveis. Afirmam que o então sócio Unildo, já com 78 anos de idade, acabou aportando todas as suas economias numa sociedade que, por culpa do sócio Salvador, fracassou e nada de positivo lhe rendeu em seus últimos anos de vida, pelo que seu espólio e demais partes devem ser indenizados também tendo em conta a perda de uma chance.

Novamente, sem razão os apelantes.

Isso porque em nenhum momento os recorrentes trouxeram aos autos qualquer prova ou evidência bastante que justifique a alteração dos critérios da fixação da indenização por perdas e danos, que tem por base tão somente o valor correspondente à parte do capital social que cabia ao então sócio Unildo, em decorrência da venda dos imóveis objeto da lide.

Com efeito. Não consta nos autos qualquer tipo de prova que leve à conclusão de que a venda noticiada no feito tenha resultado em perda de lucro em relação às atividades desenvolvidas nas propriedades; nem qualquer tipo de demonstração de ter havido a denominada perda de uma chance, em relação ao sócio Unildo, quando ainda compunha o quadro societário da empresa. Além de não constar nada referente ao quanto dito na inicial, os ora recorrentes também não produziram nem requereram qualquer produção de prova nesse sentido durante toda a instrução processual. Tanto é verdade que, em petição de f. 453-454 requereram o julgamento do feito no estado em que se encontrava, vendo a ratificar tal pedido em manifestação a f. 530-531 dos autos.

Portanto, tal questão, além de não ter sido demonstrada na origem, está preclusa, posto que não alegada nem provada no momento oportuno, qual seja, o da instrução do processo em primeiro grau de jurisdição.

Dessa forma, o recurso também não comporta provimento neste particular.

Os apelantes esclarecem, ainda, que a sentença deve ser reformada também na parte em que não computou os juros relativos à indenização por perdas e danos desde o evento danoso (1998, data da lavratura da escritura de compra e venda reputada viciada), mas sim desde a data da citação.

Mais uma vez, razão não assiste aos recorrentes.

Isso porque, em se tratando de indenização por perdas e danos, em decorrência de relação contratual entre as partes (contrato social), os juros contam-se a partir da citação, nos termos do que dispõe expressamente o artigo 405, do Código Civil. No mesmo sentido:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS – DISTRIBUIDORA DE ENERGIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA – REFATURAMENTO – DÍVIDA PRETÉRIA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MANTIDA – LUCROS CESSANTES INDEVIDOS – FALTA DE PROVAS DO FATURAMENTO ESPERADO – DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – A PARTIR DA CITAÇÃO – ART. 405 DO CC – MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE.*
>
> *I - O STJ reconhece de fato como lícita a interrupção do fornecimento de energia, em casos em que reste inequivocamente comprovada a autoria de fraude ou furto de energia, o que não restou comprovado nos autos.*
>
> *II - Ainda que devido o débito referente à recuperação de consumo de energia elétrica, no caso, é cabível a indenização por danos morais, em favor do consumidor, que teve suspenso o fornecimento de energia, em razão de dívida pretérita.*
>
> *III - Como cediço, lucros cessantes se caracteriza pelo o que foi deixado de lucrar em razão do ocorrido o que normalmente lucraria se estivesse em atividade, por isso que se fala*

em lucro esperado. Todavia, para sua fixação, deve haver comprovação pela parte autora, mediante simples juntada de faturamentos de meses anteriores, o que não logrou fazê-lo nos autos, sendo indevida sua condenação.

IV - A comprovação do efetivo prejuízo é condição para o acolhimento do pleito de indenização por danos materiais, e diante da ausência de tal requisito, mantém-se a improcedência de tal pleito.

V - Na quantificação do dano moral impõe-se levar em conta os critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para não constituir a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito. Valor da indenização mantido.

VI - Tratando-se de relação contratual, o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a condenação é a citação, nos termos do art. 405 do CC.

VII - Recurso da parte autora parcialmente provido, apenas para o fim de alterar o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a condenação;

VIII - Recurso da ré, se deu provimento parcial, apenas para o fim de afastar a condenação em lucros cessantes imposta na origem." (TJMS. Apelação Cível nº 0801051-67.2015.8.12.0037. Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível. Relator: Des. Geraldo de Almeida Santiago. J.: 04.09.2019).

Dessa feita, novamente improcedem as alegações dos recorrentes.

Por fim, e alternativamente, no caso de não ser decretada a nulidade das vendas em comento, requerem a inversão total dos ônus sucumbenciais, em desfavor do recorrido, ou, ainda, que sejam redistribuídos de forma justa, tendo em vista a sucumbência mínima com relação ao pedido na inicial.

Sem razão as afirmações dos recorrentes nesse ponto também.

Isso porque concluo que a distribuição dos ônus sucumbenciais na sentença, que determinou que os ora apelantes paguem 60% das verbas sucumbenciais e o apelado Salvador arque com os 40% restantes, se deu de forma equânime, haja vista que os ora recorrentes tiveram o pedido relativo à declaração de nulidade das vendas julgado totalmente improcedentes e, ainda, o pedido de condenação em perdas e danos julgado apenas parcialmente procedente, do que decorre o acerto da sentença recorrida nesse ponto, sua consequente manutenção, e correspondente desprovimento do recurso, em sua integralidade.

Da apelação de Salvador Rosa Sandim:

Por outro lado, o recorrente Salvador Rosa Sandim requer a reforma da sentença, para que o pedido inicial seja julgado improcedente, ao argumento de que a sentença é extra petita, na medida em que condenou ele recorrente no pagamento de indenização por perdas e danos, quando o pedido, realizado de forma genérica, se referia somente à declaração de nulidade da alienação dos bens imóveis havida no caso. Assevera que o pedido de condenação em perdas e danos foi realizado genericamente, por ocasião do requerimento de condenação do ora recorrente no pagamento de honorários e custas processuais, não podendo, portanto, ser imposta de ofício pelo magistrado. Pondera que, quanto à condenação no pagamento de indenização, não teria havido sequer ampla defesa ou contraditório no decorrer do processo, pelo que a condenação não seria devida.

O recurso, no entanto, não merece prosperar.

Ao contrário do alegado pelo recorrente Salvador, consta, na petição inicial, além da narrativa dos fatos sobre os quais se funda o pedido, o requerimento de condenação do ora recorrido no pagamento de perdas e danos, "*a serem apurados no transcorrer da lide*" (f. 6 dos autos).

Muito embora tenha constado de forma relativamente genérica, o fato é que, além do pedido declaratório (de nulidade), consta, na inicial, o pedido condenatório (em perdas e danos), os quais, somados à descrição dos fatos que levaram à procedência parcial do pedido de condenação, são suficientes para sustentarem a sentença, pelo que não se trata, portanto, de prolação de *decisum extra petita*.

Também não merece guarida a alegação de que não teria havido oportunidade de ampla defesa e contraditório nos autos, posto que, desde o início, pela simples leitura da inicial, o ora recorrente já teve ciência de que se tratava, também, de pedido em que constava requerimento de cunho condenatório (perdas e danos). Se não se defendeu adequadamente no decorrer do processo, não pode creditar tal fato à ausência de oportunidade de defesa pelo juízo *a quo*. Mormente se é possível a constatação de que houve ampla dilação probatória, com a realização de diversas audiências, e várias oportunidades de manifestação sobre o que continha nos autos por ambas partes, até se chegar às alegações finais contidas nos autos.

Assim, não se vislumbra a ocorrência de qualquer supressão de ampla defesa e ou contraditório, do que decorre a manutenção da sentença e, ainda, o desprovimento integral do recurso.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguida e conheço dos recursos de apelação aviados por espólio de Unildo Battistelli e outros e Salvador Rosa Sandim para o fim de negar-lhes provimento, e manter a sentença em seus termos.

Sem honorários recursais, posto que arbitrados no máximo legal na origem.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Julizar), após o relator rejeitar a preliminar e negar provimento aos recursos. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 01/10/2019)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (1º vogal)

Está em julgamento as apelações cíveis interpostas por Salvador Rosa Sandim e espólio de Unildo Batistelli representado por Carmem Terezinha Battistelli e outros contra sentença que, na ação anulatória de atos jurídicos movida pelo segundo em face do primeiro e de Viação Leme Ltda, julgou:

Improcedente o pedido declaratório de nulidade e parcialmente procedente o pedido de perdas e danos para condenar apenas o requerido Salvador Rosa Sandim ao pagamento de perdas e danos em favor do autor no valor de 40% de R$ 114.073,16 devidamente corrigidos pelo IGPM-FGV a partir da venda (30/09/98) e juros de mora de 1% da citação (26/03/2010). Sucumbência recíproca em 40% a cargo do réu Salvador e 60% para o espólio (destes, 55% em favor dos patronos da Viação Leme e 45% aos de Salvador), com honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação.

Prejudicada a lide secundária, condenando a denunciante, Viação Leme Ltda, na sucumbência, com honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, os quais serão divididos *pro rata* aos patronos do Cartório e Argemiro.

O relator, Des. Nélio Stábile negou provimento a ambos os recursos, por entender que o negócio jurídico é válido, porquanto a sociedade era composta por apenas dois sócios e a procuração foi outorgada pelo majoritário, não havendo necessidade de realização de assembleia para deliberação, bem como não há no contrato social qualquer cláusula que proíba a alienação de bens ou condicione essa providência a ato volitivo de ambos os sócios. Afastou-se, por isso, a responsabilidade da ré Viação Leme e dos denunciados Argemiro Pereira França e oficial do 9º Ofício de Notas da Comarca de Campo Grande. Quanto aos critérios de fixação de indenização, afastou a pretensão da perda de uma chance ou de lucro em relação às atividades desenvolvidas nas propriedades por ausência de provas a respeito e manteve o termo inicial dos juros de mora a partir da citação em decorrência da relação contratual. Manteve a sucumbência recíproca e afastou a preliminar de julgamento *extra petita* em relação às perdas e danos.

Após bem analisar os autos, peço vênia para divergir do i. relator, apenas em relação à sucumbência.

Como sabido, a regra geral para a responsabilização pelo pagamento dos honorários é a aplicação do princípio de sucumbência, ou seja, aquele que perdeu arca com a verba do patrono da parte *ex adversa.*

Todavia, nos casos em que a responsabilidade pelo ônus sucumbencial se revelar insatisfatória diante da particularidade do caso, aplica-se o princípio da causalidade, a fim de responsabilizar aquele que obrigou a parte a ajuizar a demanda para reclamar os seus direitos.

A respeito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[1] anotam:

> ***"Princípio da causalidade.*** *A condenação pelas custas, despesas processuais e honorários advocatícios deve recair sobre quem deu causa à ação.* ***Se o reú deu causa à propositura da ação, mesmo que o autor saia vencido, pode o réu ter de responder pelas verbas de sucumbência (...) O processo não pode causar dano àquele que tinha razão para o instaurar.***
>
> *(...) 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 de sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo*** *(...) O processo não pode reverter em dano de quem tinha razão para o instaurar."* (destacado)

Na hipótese, o autor da ação/Unildo Batistelli – espólio, era sócio da Agropecuária SS Ltda., tendo adquirido 40% das cotas do capital, o qual era composto de três fazendas de 3.136 ha 4.813 m2, 1.800ha e 1.400 ha 9.182 m2, todas localizadas no Município de Paranatinga/MT e se viu na obrigação de ajuizar a ação para discutir os seus direitos em razão da venda dos bens pelo outro sócio que detinha 60% das cotas, sem o seu conhecimento e consentimento.

Resta evidente que quem deu causa ao ajuizamento da ação foi o réu, pois vendeu os bens imóveis em 1998 e, a despeito de saber que o autor possuía 40% das cotas e tinha direito ao produto da venda em igual percentual, nada lhe repassou.

Em caso semelhante:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – AGEHAB – EXECUÇÃO EXTINTA – ART. 487, INC. I E ART. 803, INC. I, DO CPC/2015 – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO PATRONO DA AUTARQUIA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO PROVIDO* ***1. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu azo à propositura da ação deve arcar com as despesas dela decorrentes.*** *2. É cediço que foi o Município quem deu causa à lide (embargos à execução), devendo ser condenado no pagamento dos honorários de sucumbência, não cabendo a isenção pelo fato de que o ora apelante foi representado pela sua Procuradoria. 3. Apelação conhecida e provida, rejeitando a preliminar suscitada em contrarrazões e fixando honorários advocatícios em 10% do proveito econômico discutido."* (TJMS. Apelação Cível nº 0831130-35.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 26/09/2019, p: 27/09/2019). (destacado)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO EXECUTADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO PROVIDO.* ***A responsabilidade pelo pagamento da verba sucumbencial deve ser atribuída à parte executada que deu causa ao processo executivo quando deixou de cumprir com sua obrigação no tempo e modo adequado****, assim como não apresentou bens suficientes para satisfação da dívida."* (TJMS. Apelação Cível nº 0041688-32.2000.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 11/09/2019, p: 16/09/2019). (destacado)

1 **Código de processo civil comentado.** 17. ed. RT, 2018. p. 516-7.

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE REGISTRO – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RESPONSABILIDADE DO EMBARGANTE – AGRAVO DESPROVIDO.

1. Analisando a sucumbência à luz do princípio da causalidade, esta Corte de Justiça pacificou entendimento de que, nos embargos de terceiro, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser de responsabilidade daquele que deu causa à constrição indevida, nos termos da Súmula 303/STJ. Assim, constatada a desídia do adquirente-embargante em fazer o registro do contrato de compra e venda no cartório de imóveis, o que possibilitou o registro premonitório em relação à execução ajuizada dois anos após a celebração do aludido negócio jurídico, deve ele ser condenado a arcar com os honorários de sucumbência.

2. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 1222042/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 28/05/2019, DJe 14/06/2019).

Por isso, a meu ver, deve ser aplicado o princípio da causalidade para reconhecer a responsabilidade integral pela sucumbência ao réu/Salvador Rosa Sandim, divididos os 20%, fixados na sentença, nos seguintes termos: 10% a favor dos patronos do autor/espólio e 10% para os da empresa Viação Leme Ltda.

Ademais, na inicial ele pretendia anular a venda, tendo requerido perdas e danos ao final do pedido, de modo que, a despeito de não ter conseguido resguardar sua parte nos bens imóveis com a anulatória, conseguiu a indenização a respeito, de modo que obteve êxito na sua pretensão.

Assim, voto por se divergir do i. Relator apenas quanto à sucumbência, a fim de dar parcial provimento ao recurso do espólio de Unildo Batistelli, para que o réu/Salvador Rosa Sandim arque integralmente com este ônus, dividindo os 20% fixados nos seguintes termos: 10% a favor dos patronos do autor/espólio e 10% para os da empresa Viação Leme Ltda.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando Mauro Moreira Marinho), após o relator rejeitar a preliminar e negar provimento aos recursos e o 1º vogal rejeitar a preliminar e dar parcial provimento aos recursos.

VOTO (EM 15/10/2019)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º vogal)

Pedi vista, em regime de discussão, de modo a poder aferir aspectos referentes a questões de fato trazidas pelas partes.

Pois bem. Analisando detidamente a exordial, constata-se que o autor requereu a anulação dos atos jurídicos que culminaram com a alienação dos imóveis que comprovadamente pertenciam à sociedade.

Além do pleito anulatório, requereu de forma genérica a condenação dos requeridos *"ao pagamento das perdas e danos, a serem apurados no transcorrer da lide"*.

É com relação às perdas e danos que peço vênia para divergir, pelos motivos que passo a expor:

O insigne relator, ao negar provimento ao apelo manejado pelo autor, quanto às perdas e danos, assim ponderou:

"(...) Novamente, sem razão os apelantes.

Isso porque em nenhum momento os recorrentes trouxeram aos autos qualquer prova ou evidência bastante que justifique a alteração dos critérios da fixação da indenização por

perdas e danos, que tem por base tão somente o valor correspondente à parte do capital social que cabia ao então sócio Unildo, em decorrência da venda dos imóveis objeto da lide.

Com efeito. Não consta nos autos qualquer tipo de prova que leve à conclusão de que a venda noticiada no feito tenha resultado em perda de lucro em relação às atividades desenvolvidas nas propriedades; nem qualquer tipo de demonstração de ter havido a denominada perda de uma chance, em relação ao sócio Unildo, quando ainda compunha o quadro societário da empresa. Além de não constar nada referente ao quanto dito na inicial, os ora recorrentes também não produziram nem requereram qualquer produção de prova nesse sentido durante toda a instrução processual. Tanto é verdade que, em petição de f. 453-454 requereram o julgamento do feito no estado em que se encontrava, vendo a ratificar tal pedido em manifestação a f. 530-531 dos autos.

Portanto, tal questão, além de não ter sido demonstrada na origem, está preclusa, posto que não alegada nem provada no momento oportuno, qual seja, o da instrução do processo em primeiro grau de jurisdição."

Por sua vez, quando enfrentou o apelo manejado pelo requerido Salvador da Rosa Sandim, concluiu que:

"(...) Ao contrário do alegado pelo recorrente Salvador, consta, na petição inicial, além da narrativa dos fatos sobre os quais se funda o pedido, o requerimento de condenação do ora recorrido no pagamento de perdas e danos, "a serem apurados no transcorrer da lide" (f. 6 dos autos).

Muito embora tenha constado de forma relativamente genérica, o fato é que, além do pedido declaratório (de nulidade), consta, na inicial, o pedido condenatório (em perdas e danos), os quais, somados à descrição dos fatos que levaram à procedência parcial do pedido de condenação, são suficientes para sustentarem a sentença, pelo que não se trata, portanto, de prolação de decisum extra petita."

O douto 1º vogal apresentou voto divergindo apenas da distribuição dos ônus da sucumbência, sob o fundamento principal de que;

"(...) quem deu causa ao ajuizamento da ação foi o réu, pois vendeu os bens imóveis em 1998 e, a despeito de saber que o autor possuía 40% das cotas e tinha direito ao produto da venda em igual percentual, nada lhe repassou"

Nos termos do disposto no artigo 402, do CC, a perda é caracterizada por aquilo que o credor efetivamente perdeu (danos emergentes), enquanto que dano é o que razoavelmente deixou de ganhar (lucros cessantes). Tratando-se de danos materiais, devem restar devidamente comprovados nos autos, consoante determina o artigo 403, do CC, *in verbis*:

"Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

Por oportuno:

"(...) A indenização dos danos materiais deve atingir a integralidade do prejuízo experimentado pela vítima. Ou seja, são indenizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes, como se depreende da leitura do art. 402 do CC.

Os danos emergentes correspondem à importância necessária para afastar a redução patrimonial suportada pela vítima. Lucros cessantes são aqueles que ela deixou de auferir em razão do inadimplemento. Este artigo estabelece que os lucros cessantes serão razoáveis.

> *Com isso, pretende que eles não ultrapassem aquilo que razoavelmente se pode supor que a vítima receberia. Em contrapartida, este artigo estabelece que os danos emergentes não podem ser presumidos e devem abranger aquilo que a vítima efetivamente perdeu.*
>
> *O dano indenizável deve ser certo e atual. Não pode ser meramente hipotético ou futuro. Mesmo quando se trata de lucros cessantes, é preciso que eles estejam compreendidos em cadeia natural da atividade interrompida pela vítima. (...)*
>
> *Nesse sentido, os lucros cessantes são apenas os que podem ser constatados desde logo, mas que não se verificaram em decorrência do fato que o interrompeu, afastando-se meras expectativas frustradas*[2]."

Também neste sentido:

> *"Dano material é o prejuízo financeiro efetivamente sofrido pela vítima, causando diminuição do seu patrimônio. Esse dano pode ser de duas naturezas: o que efetivamente o lesado perdeu, dano emergente, e o que razoavelmente deixou de ganhar, lucro cessante."*[3]

Veja-se, ainda, que nos termos do entendimento do STJ,

> *"(...) Não deve ser acolhido pedido de indenização por perdas e danos se a parte não descreve com precisão os prejuízos sofridos e os lucros cessantes, limitando- se a mencioná-los genericamente"*. (STJ, Ag. Reg. No REsp nº 1.011.128, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.03.2009, DJ 03.04.2009)

No caso dos autos, o autor em nenhum momento especifica em que consiste o pedido de perdas e danos, o que, por si só, levaria ao seu não conhecimento.

Contudo, como bem pontuado na sentença,

> *"(...) a empresa Agropecuária SS Ltda tem por objeto social o ramo de plantio, cultivo e industrialização de palmito, plantio, replantio e manutenção de matas, cultura de cereais leguminosas e oleoginosas e cria, recria e engorda de gado bovino (f. 11, cláusula 3ª)", razão pela qual "a alienação de imóveis não compõe o objeto social da empresa, portanto, dependia da aprovação da maioria dos sócios".*

Assim, por evidente, que as perdas e danos, *in casu,* ficariam limitadas aos valores obtidos com as safras posteriores às alienações. Não por outro motivo que o autor requereu, na exordial, que as perdas e danos fossem "*apurados no transcorrer da lide"*.

Assim, de forma alguma o pedido de perdas e danos se confunde com indenização pela venda das terras, esta sim em patamar de 40% sobre o valor aferido com as vendas.

Considerando que a sentença concluiu que as alienações foram legítimas, descabe falar em perdas e danos.

Observa-se que, de fato, a sentença é *extra petita,* já que confundiu perdas e danos com indenização, condenando o requerido ao pagamento de 40% de R$ 114.073,16 ao autor, pedido este de natureza indenizatória, inexistente nos autos.

Dito isso, a ação deve ser julgada totalmente improcedente, com a condenação do autor nos ônus da sucumbência.

Diante do acolhimento do recurso do requerido, entendo que restou prejudicada a apreciação do pedido de majoração do valor da indenização por perdas e danos, formulada no apelo de f. 949-987.

---

2 GODOY, Claudio Lufa Bueno de, et al. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Coordenação Min. Cezar Peluso. 12. ed., rev. e atual. Barueri /SP: Ed. Manole, 2018. p. 391

3 https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/70289/duas-naturezas-do-dano-o-dano-emergente-e-o-lucro-cessante

Conclusão:

Conheço em parte do apelo manejado por Carmem Terezinha Battistelli e outro e, na extensão, nego-lhe provimento;

Dou provimento ao recurso interposto por Salvador Rosa Sandim para julgar improcedentes os pedidos.

Condeno os autores ao pagamento integral das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência que fixo em 11% sobre o valor atualizado da causa, considerando a natureza e importância da causa e o tempo de tramitação dos autos.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Marco André), convocado nos termos do art. 942 do CPC, após o relator rejeitar a preliminar e negar provimento aos recursos, o 1º vogal (Des. Julizar) rejeitar a preliminar e dar parcial provimento aos recursos e o 2º vogal (Des. Fernando), conhecer em parte do recurso de Carmen e negar provimento e dar provimento ao recurso de Salvador.

VOTO (EM 22/10/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

Trata-se de ação anulatória de atos jurídicos ajuizada por Unildo Batistelli em desfavor de Salvador Rosa Sandim e de Viação Leme ltda, onde o requerente informa que houve a alienação ilegítima de bens imóveis da empresa Agropecuária SS Ltda, da qual eram sócios o autor e o primeiro requerido, em função da ausência de sua aquiescência ao negócio jurídico, tendo as respectivas procurações sido assinadas unicamente pelo outro sócio, em prejuízo da previsão do contrato social que dispunha que a atuação dos administradores deveria ser conjunta.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, afastando o pedido de declaração de nulidade da alienação, mas condenando o requerido Salvador Rosa ao pagamento de perdas e danos em favor do autor.

Contra tal decisão recorreu o autor, pugnando pelo acolhimento integral de seus pedidos, e, subsidiariamente, pugnou pela majoração do valor da indenização e redistribuição dos ônus da sucumbência. Também recorre o requerido Salvador Rosa Sandim, pleiteando a reforma da sentença com a improcedência integral dos pedidos.

O e. relator, Des. Nélio, votou pelo desprovimento de ambos os recursos.

O 1º vogal, Des. Julizar, por sua vez, negou provimento ao apelo do requerido e acolheu parcialmente o recurso do autor, para, atendendo ao princípio da causalidade, reconhecer a responsabilidade do réu Salvador Rosa Sandim pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Por fim, o 2º vogal, Des. Fernando, votou por conhecer em parte do recurso do autor e negar-lhe provimento, e conhecer o recurso do requerido Salvador Rosa Sandim e dar-lhe provimento, afastando a condenação ao pagamento das perdas e danos.

Peço *venia* aos demais componentes para acompanhar o voto do 1º vogal.

Em que pese não comungar do entendimento de que a alienação dos bens imóveis poderia ter sido realizada por apenas um dos sócios, já que o contrato social previa a necessidade de atuação conjunta de ambos os componentes para a prática de quaisquer atos de gestão, a anulação da compra e venda não pode ser realizada diante da existência da boa-fé do terceiro adquirente.

Com efeito, a prova documental carreada aos autos informa que a alienação não se deu diretamente pelo sócio Salvador Sandim, mas sim através de procurador, constituído através de procuração por instrumento público, que lhe outorgava poderes para a prática específica do ato de alienação dos imóveis.

Por conseguinte, o adquirente não dispunha de quaisquer meios de aferir a ilegitimidade na confecção da respectiva procuração, que gozava da presunção de veracidade, donde se extrai sua boa-fé na realização do negócio, fato impeditivo à sua anulação. Nesse sentido:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC/73 – DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – SÚMULA 284/STF – JUSTIÇA GRATUITA – DEFERIMENTO – ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS – INVIABILIDADE – SÚMULA 7 DO STJ – ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO SEM CONSENTIMENTO DO COMPANHEIRO – NEGÓCIO CELEBRADO COM TERCEIRO DE BOA-FÉ – JULGAMENTO EXTRA PETITA – OCORRÊNCIA – DANOS MORAIS – NÃO OCORRÊNCIA – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC/73 se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omisso, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF. 2. Infirmar as conclusões do julgado para reconhecer que o recorrido não faz jus ao benefício da justiça gratuita demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte Superior.* ***3. Constando no registro de imóveis tão somente o nome da vendedora como proprietária do imóvel, tendo esta declarado ser solteira no ato da venda e não havendo documento público que indicasse situação contrária, fica demonstrada a boa-fé dos adquirentes do imóvel, ainda que sem autorização do companheiro da vendedora, não havendo que se falar em anulação do negócio jurídico.*** *4. Conforme consignou a Corte de origem, não houve pedido ou fundamentação relativa à indenização correspondente a cinquenta por cento do imóvel em questão, como deferida pela magistrada sentenciante, mostrando-se acertada a decisão da Corte de origem que concluiu pela existência de julgamento extra petita no ponto. 5. A Corte de origem, analisando o acervo fático-probatório dos autos, concluiu pela inexistência de dano moral pela venda do imóvel sem autorização do recorrente, de modo que a alteração de tais conclusões demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 6. Agravo interno a que se nega provimento.*" (AgInt no REsp 1251971/SC, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 09/02/2018)

Assim, configurada a boa-fé do adquirente, e considerando-se que a transcrição no registro de imóveis ocorreu ainda no ano de 2001, fato apto, inclusive, à consolidação da prescrição aquisitiva, inviável a anulação da compra e venda.

Desta feita, e considerando-se a necessidade de condenação do requerido ao pagamento das respectivas perdas e danos pela realização do negócio jurídico sem a participação do outro sócio, deve-se reconhecer, atentando-se ao princípio da causalidade, a responsabilidade do requerido Salvador Rosa Sandim pelo pagamento das respectivas custas e honorários de sucumbência.

Por conseguinte, acompanho o e. 1º vogal, Des. Julizar, para negar provimento ao apelo do requerido, e para dar parcial provimento ao apelo do autor, para que o réu Salvador Rosa Sandim arque integralmente com ônus de sucumbência fixados.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (4º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioira, rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal. Julgamento conforme o art. 942 do CPC.

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 22 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0000306-34.2016.8.12.0022 – Anaurilândia

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – INTERVENÇÕES EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – BAIXO IMPACTO AMBIENTAL EM APP – DEMOLIÇÃO INDEVIDA – DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA – RECURSO NÃO PROVIDO EM DESACORDO COM O PARECER DA PGJ.

São de baixo impacto ambiental, conforme apurado em inspeção, as intervenções realizadas na propriedade em questão, uma vez que, por inexistir erosão, assoreamento ou lançamento de dejetos no córrego, não impedem que a APP desempenhe suas funções.

O princípio da proporcionalidade impõe o afastamento da pretensão de destruição de edificações fixadas há muito tempo em área de preservação permanente, cuja função está sendo realizada, notadamente porque inexistente comprovação de que delas decorreram danos que justifiquem a adoção de medida tão severa.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de dezembro de 2019.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

CESP - Companhia Energética de São Paulo interpõe apelação contra sentença que, na ação civil pública cível movida em face de José Carlos Minotti, Aparecido Donizete Salomão, Vandir Lucindo Dias e Mustafá Ali Abucarma, julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar que os requeridos se abstenham de realizar novas intervenções na área de preservação permanente descrita na inicial, mesmo que de baixo impacto ambiental, salvo com autorização do órgão ambiental competente, sob pena de demolição, sem prejuízo de responsabilização civil e penal. Sem custas e honorários.

Sustenta estar devidamente comprovado que as benfeitorias realizadas no imóvel da CESP estão em área de preservação permanente, destinada à inundação da chamada "Cheia de Projeto", local de segurança da barragem e abaixo do nível da cota *máxima maximorum*.

Afirma que não pode o judiciário dizer que construção em APP não causa dano ambiental, sendo certo que, no caso dos autos, não há que se falar no conceito de baixo impacto ambiental.

Requer, assim, a reforma da sentença a fim de que se determine a retirada das edificações e a efetiva reparação dos danos ambientais ocasionados pela ocupação irregular e demais medidas cabíveis.

Contrarrazões às f. 309-312.

A apelante manifestou sua oposição ao julgamento virtual (f. 329).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 332-341).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por CESP - Companhia Energética de São Paulo contra sentença que, na ação civil pública cível movida em face de José Carlos Minotti, Aparecido Donizete Salomão, Vandir Lucindo Dias e Mustafá Ali Abucarma, julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar que os requeridos se abstenham de realizar novas intervenções na área de preservação permanente descrita na inicial, mesmo que de baixo impacto ambiental, salvo com autorização do órgão ambiental competente, sob pena de demolição, sem prejuízo de responsabilização civil e penal. Sem custas e honorários.

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput,* do CPC) e está em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma. Sem preparo (artigo 18, Lei 7.347/1985).

Fundamentação

A apelante ajuizou a presente ação alegando que os requeridos ocuparam uma área de preservação permanente de sua propriedade, junto à margem do Rio Paraná, no reservatório da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera, bem como que teriam realizado irregularmente edificações no local, causando evidentes danos ambientais, de forma que necessária a cessação da intervenção, a remoção das construções e a recomposição da área e indenização dos eventuais prejuízos gerados.

A liminar foi indeferida, porquanto o juiz entendeu que não se encontravam presentes os requisitos para concessão da tutela antecipada, pois imprescindível a dilação probatória (f. 134-136).

Instruído o feito, o magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar que os requeridos se abstenham de realizar novas intervenções na área, mesmo que de baixo impacto ambiental, salvo com autorização do órgão ambiental competente, sob pena de demolição, sem prejuízo de responsabilização civil e penal, uma vez que as edificações construídas às margens do reservatório da Usina Hidrelétrica, em que pese se encontrarem em área de preservação permanente, enquadram-se no conceito de baixo impacto ambiental.

Irresignada, a apelante sustenta restar devidamente comprovado que as benfeitorias realizadas na área da CESP estão em APP destinada à inundação da chamada Cheia de Projeto (área de segurança da barragem) e abaixo do nível da cota *máxima maximorum*.

Afirma que não pode o Judiciário dizer que construção em APP não causa dano ambiental, sendo certo que, no caso dos autos, não há que se falar no conceito de baixo impacto ambiental.

Requer, assim, a reforma da sentença a fim de que se determine a retirada das edificações e a efetiva reparação dos danos ocasionados pela ocupação irregular e demais medidas cabíveis.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Na hipótese, com fundamento no disposto no artigo 4º do Código Florestal, bem como na inspeção realizada, pode-se afirmar que é incontroversa a existência de construção em área de preservação permanente.

Nos termos da legislação vigente, tal área é aquela, coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Assim, para que um espaço seja considerado como de preservação permanente é necessário que seja capaz de exercer as citadas funções ambientais, estabelecidas pela lei de regência.

É de se ressaltar que área de preservação permanente, como sua própria denominação demonstra, é área de "preservação" (visa garantir a integridade, a perenidade e a sustentabilidade do local) e não de "conservação" (objetiva impedir a deterioração, proteção integral), a qual não permite exploração econômica direta (madereira, agricultura ou pecuária), mesmo que com manejo, a fim de favorecer sua função ambiental, qual seja, a preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade e a proteção do solo.

Inobstante, alguns usos e intervenções em áreas de preservação permanente foram excepcionalmente admitidos pela legislação, em casos de utilidade pública, interesse social ou de intervenções de baixo impacto ambiental, tal como prevê a Lei 12.651/12, que não estabeleceu de forma estanque quais atividades seriam assim consideradas, tanto que possibilitou aos Conselhos Nacional e Estaduais tal definição.

A permissão de atividades interventivas de baixo impacto ambiental coroa o desenvolvimento sustentável e se presta a compatibilizar a imprescindível preservação ao meio ambiente com a prática de outras atividades que não têm o condão de comprometer as funções ecológicas das APPs.

Na hipótese, conforme relatório de inspeção ambiental e patrimonial – RIAP de f. 77-92, as edificações se encontram em área de preservação permanente, porém sem causar quaisquer danos ao meio ambiente, como erosão, assoreamento ou lançamento de resíduos.

Observa-se, então, do referido relatório, que as intervenções em tela não impedem que a APP desempenhe suas funções, quais sejam, de encobrir a margem do corpo d'água, estabelecer corredor de fauna, promover a drenagem do curso d'água, manutenção da biota, regeneração e manutenção de vegetação nativa.

Com efeito, como dito, apurou-se que não há erosão ou assoreamento no local, nem lançamento de dejetos na água, além de que é irrisório o tamanho (161,38 metros quadrados) da área onde se encontram as edificações.

Portanto, as mencionadas intervenções são de baixo impacto ambiental.

Consabido, a demolição configura medida irreversível e responsável por gerar severos ônus ao administrado e, potencialmente, pela via reflexa, à toda a coletividade.

De qualquer forma, tal medida não pode prescindir de estudo dos impactos ambientais, seja da demolição em si e da manutenção da construção irregular, o qual, embora especificamente inexistente no caso, pode ser substituído pelo mencionado relatório de inspeção.

A imposição da pena em tela deve atender ao requisito da proporcionalidade na contenção dos impactos, ou seja, não pode gerar, por si, mais impactos do que a manutenção da irregularidade, de forma que deve ser imposta apenas quando esta elidir o ecossistema e a paisagística do local, a fim de assegurar a função ecológica da APP, a qual está sendo realizada.

Logo, afigura-se mais apropriada uma regularização que consiga harmonizar as modificações realizadas com a proteção do meio ambiente, com a tomada de medidas que visem minimizar os impactos já existentes sem que seja levado a cabo medida tão severa como a demolição, que traz muitos transtornos e danos.

Nesse ínterim, é preciso esclarecer que o julgador deve estar atento às mudanças da realidade para bem aplicar as normas de regência dos casos apresentados, orientado pelos princípios, os quais, contudo, podem se apresentar em aparente conflito, como no caso.

De fato, de um lado pleiteia-se a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessário e indispensável à vida, em si, e de outro a manutenção do direito ao uso e gozo de irrisória parte de área de preservação permanente, que se perpetua há anos sem qualquer oposição anterior.

Por isso, em uma análise dos fatos apresentados e dos princípios constitucionais a eles relacionados poderia acarretar conclusão irrazoável, fazendo prevalecer somente um direito fundamental, em detrimento de outro.

A fim de se evitar a mencionada conclusão indesejada, então, se faz necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, também chamado de mandamento da proibição do excesso, que visa zelar pelos direitos fundamentais em suas três ordens de interesses - individuais, coletivos e públicos -, pois:

> *"(...) apenas a harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada uma, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em alguma delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses, que se pretendia satisfazer mais que os outros."* (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 64 e ss)

> *"É o Princípio da Proporcionalidade (...) que permite fazer o "sopesamento" (Abwägung balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito."* (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 68)

Diante disso, a pretensão de demolição pura e simples das construções existentes que, por si só, não acarretam danos ambientais significativos, fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista que não comprovado o nexo causal do dano ambiental alegado com as intervenções promovidas e perpetuadas pelos apelados, já que no laudo não foi apontado nenhum dano de proporções que justifiquem a medida determinada.

Em outras palavras, o pedido de demolição da construção é desproporcional ao dano ambiental alegado e aos fins ambicionados pelo sistema de proteção ambiental, e que extrapola os limites do razoável.

Segundo a doutrina, o Direito do Ambiente fundado na Constituição Federal prioriza as ações de prevenção do ambiente natural, não sua reparação por meio da destruição de bens que com ele possam conviver em harmonia e equilíbrio relativos.

O ideal é conciliar a efetiva proteção ambiental com a possibilidade do uso sustentável de área de preservação permanente, para que possa ser utilizada pelos apelados e sua família, e também pelas futuras gerações.

Vale lembrar que a Declaração do Meio Ambiente proclama:

> *"(...) o homem é, a um tempo, resultado e artífice do meio em que circunda, o qual lhe dá o sustento material e o brinda com a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral e espiritualmente (...). Os dois aspectos do meio ambiente, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do Homem e para que ele goze de todos os direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma"* (Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, junho de 72).

Dentro de tal perspectiva, cumpre atribuir ao homem a condição de parceiro na preservação e regeneração do meio ambiente, enquanto haja tempo e oportunidade para isso.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RANCHO DE PESCA PARA LAZER EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – PRELIMINAR DE*

NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO – PRECLUSÃO – MÉRITO RECURSAL – INSTALAÇÕES DE BAIXO IMPACTO AMBIENTAL EM APP – DEMOLIÇÃO INDEVIDA – DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO CONTRA PARECER DA PGJ. I - Embora as matérias de ordem pública possam ser arguidas a qualquer momento e grau de jurisdição, não podem ser objeto de renovação a todo tempo pela parte interessada, considerando a ocorrência de preclusão. II - Embora o vigente Código Florestal tenha positivado as atividades consideradas de baixo impacto ambiental que podem ser desenvolvidas em Áreas de Preservação Permanente, referida norma não declinou critérios para este intento. Diante dessa aparente omissão legislativa, com fundamento no que dispõe o texto constitucional, acerca do direito ambiental, referida interpretação da norma ao caso concreto, condiciona a exegese e a eficácia do respectivo arcabouço regulamentar ordinário, aos ditames dos arts. 182 e 225, § 1º, III, da CF, com vistas a evitar a utilização da propriedade em detrimento da integridade e dos atributos que justificaram a criação da APP. III - Como o próprio Código Florestal, em seu artigo 3º, inc. X, alíneas "c" e "d", fixou ser atividade eventual ou de baixo impacto ambiental a construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro e implantação de trilhas para o desenvolvimento do ecoturismo e, ainda, consignou que pode ocorrer a intervenção ou a supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente na hipótese de baixo impacto ambiental, conclui-se que a instalação da escadaria, da calçada (trilha) e do deck flutuante, estão de acordo com a legislação ambiental vigente, especialmente diante da função do imóvel que se destina unicamente a lazer particular." (TJMS. Apelação Cível nº 0800112-76.2014.8.12.0052, Anastácio, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 23/07/2019, p: 25/07/2019)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – ***CONSTRUÇÃO ERIGIDA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE*** *(MENOS DE 15 METROS DE CURSO D'ÁGUA) –* ***IMPERTINÊNCIA DO PEDIDO DEMOLITÓRIO – AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO AO ECOSSISTEMA LOCAL –*** *GLEBA DE TERRA INSERIDA EM ÁREA DENSAMENTE POVOADA, CONSOLIDADA HÁ CONSIDERÁVEL LAPSO DE TEMPO –* ***APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ARTIGO 61-A, DA LEI N° 12.651/2012 –*** *SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO."* (TJSP; Apelação Cível 1026303-64.2014.8.26.0577; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de São José dos Campos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/06/2018; Data de Registro: 22/06/2018)

Por fim, não se mostra possível o acolhimento do pedido de condenação para recomposição da área, uma vez que ausentes indícios mínimos de provas de que houve degradação e de ausência de cobertura vegetal.

A propósito, esta Corte já se manifestou nesse sentido em casos semelhantes, envolvendo a apelante e ocupantes de áreas próximas a deste feito:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA EM CONTRARRAZÕES – MATÉRIA DECIDIDA EM DECISÃO SANEADORA – PRECLUSÃO – MÉRITO – BENFEITORIAS REALIZADAS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – DEMOLIÇÃO – DESNECESSIDADE – CONSTRUÇÕES DE BAIXO IMPACTO AMBIENTAL – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – AUSÊNCIA DE PROVAS DE DEGRADAÇÃO E AUSÊNCIA DE COBERTURA VEGETAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A questão da ilegitimidade dos requeridos foi afastada pelo juízo através da decisão saneadora, contra a qual não se opuseram no tempo oportuno, operando-se, portanto, a preclusão temporal, a teor do disposto no art. 507 do CPC. A prova produzida não deixa dúvida quanto ao baixo impacto ambiental das benfeitorias feitas pelos apelados na área de preservação permanente em questão, razão pela qual desnecessária a medida drástica de demolição pretendida; assim como inviável o pleito de recomposição da área quando não verificada a degradação alegada, impondo-se, portanto, a manutenção da sentença." (TJMS. Apelação Cível nº 0000309-86.2016.8.12.0022, Anaurilândia, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 30/09/2019, p: 02/10/2019)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSO DA CESP – BENFEITORIAS REALIZADAS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE –

PRETENDIDA DEMOLIÇÃO – DESNECESSIDADE – CONSTRUÇÕES DE BAIXO IMPACTO AMBIENTAL – MEDIDA DESPROPORCIONAL – RECURSO IMPROVIDO." (TJMS. Apelação Cível nº 0000367-89.2016.8.12.0022, Anaurilândia, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 10/09/2019, p: 16/09/2019)

Conclusão

Ante o exposto, em desacordo com o parecer da PGJ, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2019.

***

Órgão Especial
Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Agravo Interno Cível nº 0827239-74.2016.8.12.0001/50005 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO INTERNO – DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE INCIDÊNCIA DO ICMS EM ATIVIDADES LIGADAS À MOVIMENTAÇÃO DE BOVINOS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO PROPRIETÁRIO LOCALIZADOS EM DIFERENTES ESTADOS – PENDÊNCIA DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL – DEVOLUÇÃO DO PROCESSO À 1ª CÂMARA CÍVEL PARA JUÍZO DE RETRATAÇÃO – ART. 1030, II, DO CPC/2015 – CUMPRIMENTO DE ORDEM DO STJ – RECURSO PROVIDO.

A técnica do *distinguishing*, a partir da indicação da falta de semelhança entre a hipótese fática concretamente examinada e aquela que deu ensejo a precedente jurisprudencial, permite a não aplicação de enunciado sumular ou de tese jurídica repetitiva, sem que isso configure ofensa à regra do *stare decisis* vertical, com previsão no art. 927 do CPC/2015.

A hipótese concreta dos autos evidencia situação fática dessemelhante daquelas tratadas no Enunciado nº 166 da súmula do STJ e na tese fixada do Recurso Especial Repetitivo nº 1.125.133/SP, o que permite, portanto, a adoção de solução jurídica diversa, afastando-se daquelas estabelecidas nos mencionados precedentes.

A Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como "Lei Kandir", que é posterior ao enunciado sumular do STJ, dispondo sobre a tributação do ICMS, prevê, como hipótese de incidência do referido tributo, "*a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*". Havendo lei vigente que dispõe de tratamento específico acerca da matéria, deve tal norma ser aplicada às hipóteses casuísticas para a qual foi elaborada.

No exame de demanda subjetiva, como regra, nos julgamentos perante Tribunais Estaduais, o afastamento de norma legal em vigente, sem prévia declaração incidental de inconstitucionalidade, constitui ofensa à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 10 do STF.

Recurso provido, para determinar o retorno dos autos à 1ª Câmara Cível, a fim de que realize eventual juízo de retratação sobre o Acórdão objeto do Recurso Especial, considerando a existência de distinção entre o caso do processo e as situações tratadas nos citados precedentes, assim como a existência de norma legal vigente que estabelece a tributação em situações semelhantes à dos autos.

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 recurso, nos termos do voto do Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Declarou seu impedimento para esse julgamento o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 2 de outubro de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão desta Vice-Presidência que, atendendo determinação do Superior Tribunal de Justiça para que fosse observado o rito do art. 1.030, I, "b" e II, do Código de Processo Civil, julgou prejudicado o agravo em recurso especial, em razão de o acórdão recorrido coincidir com a tese firmada pelo Tribunal da Cidadania no Tema 259 (REsp 1.125.133/SP).

Ab initio, defende a impossibilidade de julgamento monocrático do agravo em recurso especial, ante a previsão do art. 1.042, § 4º, do Código de Processo Civil.

Sustenta o agravante a inaplicabilidade da tese estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 259, porquanto o recurso paradigma, REsp nº 1.125.133/SP, versa sobre as transferências interestaduais de ativo fixo, não abrangendo as transferências interestaduais de mercadorias (bovinos), como no presente caso.

Assim, defende o afastamento da Súmula 166, do Superior Tribunal de Justiça, mormente diante da ofensa ao disposto no art. 949, II, do Código de Processo Civil, e art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 35-50).

VOTO(EM 21/08/2019)

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

Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão desta Vice-Presidência que, atendendo determinação do Superior Tribunal de Justiça para que fosse observado o rito do art. 1.030, I, "b" e II, do Código de Processo Civil, julgou prejudicado o agravo em recurso especial, em razão de o acórdão recorrido coincidir com a tese firmada pelo Tribunal da Cidadania no Tema 259 (REsp 1.125.133/SP).

Ab initio, mister pontuar que a celeuma debatida nestes autos teve origem, na verdade, na decisão de f. 155/160 (autos de sequencial 50001), que ao analisar os pressupostos de admissibilidade do recurso especial então interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, deixou de seguir o disposto no art. 1.030, I, "b" e II, do Código de Processo Civil.

Irresignado, o recorrente manejou agravo em recurso especial (f. 01/13), o qual foi remetido ao Superior Tribunal de Justiça, conforme certidão de f. 25, sendo devolvido a este Sodalício para *"que seja observado o rito previsto no art. 1.030, I, "b" e II, do novo CPC/2015"* (f. 45).

Assim, de todo despropositada a alegação de que não fora observado o disposto no art. 1.042, § 4º, da Lei Processual Civil, uma vez que o agravo fora submetido a superior instância, sendo devolvido pelo próprio Tribunal de Cidadania, sem análise de seus pressupostos ou da matéria de mérito.

Pois bem. Esta relatoria procedeu a novo juízo de admissibilidade do recurso especial, julgando prejudicado o agravo interposto, *"em razão de o recurso representativo da controvérsia (REsp 1.125.133/SP – Tema 259) ter sido julgado e o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça"* (f. 78).

O julgamento monocrático, portanto, teve por fundamento o disposto no art. 1.030, I, "b", e II, do Código de Processo Civil, bem como o art. 328-A, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado com a introdução da Emenda Regimental 27/2008, aplicado de forma analógica.

Repise-se para que não sobejem dúvidas: esta relatoria prolatou nova decisão de negativa de admissibilidade nos termos delimitados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, sendo de todo despropositado cogitar-se em novo encaminhamento dos autos do agravo à instância superior.

Diante da nova decisão prolatada, o recorrente manejou embargos de declaração, os quais foram recebidos como agravo interno, justamente porque pretende combater a negativa de seguimento ao recurso especial pelo reconhecimento de incidência do Recurso Especial Representativo da Controvérsia – REsp nº 1.125.133/SP – Tema 259.

Superados estes esclarecimentos, em que pese a tese apresentada pelo agravante, esta não merece prosperar.

O acórdão proferido no julgamento do recurso representante da controvérsia tratada no Tema 259, REsp nº 1.125.133/SP, restou assim ementado:

> *"PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C, DO CPC – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA – INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – SÚMULA 166/STJ – DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO – UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*
>
> *1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 divulg 25-03-2010 public 26-03-2010 ement vol-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 divulg 20-08-2009 public 21-08-2009 ement vol-02370-13 PP-02783. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008)*
>
> *2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).*
>
> *3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - 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;"*
>
> *4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.*
>
> *5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais."* (CARRAZZA, Roque Antonio. *In* ICMS, 10. ed. Malheiros. p.36/37)

6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)

7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (REsp 1.125.133/SP, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 25/08/2010, DJ 10/09/2010)

Em que pese a tentativa do agravante de realizar o *distinguishing*, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar em caso de igual jaez, nos autos do agravo interno em recurso especial oriundo deste Estado, decidindo:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – CLÁUSULA RESERVA DE PLENÁRIO– NÃO VIOLAÇÃO – INTERPRETAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL – ICMS – OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE BOVINOS PARA IMÓVEL RURAL DO MESMO PROPRIETÁRIO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 166/STJ – ENTENDIMENTO FIRMADO SOB O REGIME DOS REPETITIVOS (RESP 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 10.09.2010) – Agravo Regimental Não Provido.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, "no pertinente à alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, não há falar, na hipótese, em declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal tido por violado, tampouco afastamento deste, mas tão somente em interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte" (RCD na Rcl 8.733/SP, Min. Sérgio Kukina, Primeira SEção, DJe 24.2.2014).

2. A remoção de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume na hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível pertinente a esse tributo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria, ou seja, a transferência de sua propriedade, de um para outro titular. Entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10.09.2010, submetido ao rito dos Recursos Repetitivos.

3. Agravo interno não provido." [1]

Assim, a decisão de negativa de seguimento ao recurso especial deve ser mantida, uma vez que o acórdão local coincide com o entendimento manifestado no REsp nº 1.125.133/SP – Tema 259, do Superior Tribunal de Justiça.

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

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (6º vogal)

Trata-se de recurso de agravo interno, resultante de conversão de embargos de declaração, interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, almejando, basicamente, a reforma da decisão monocrática proferida pela Vice-Presidência desta Corte de Justiça, que julgou prejudicado recurso de agravo em recurso especial.

1 AgInt no REsp 1749588 / MS, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., 13/12/2018, DJe 06/02/2019.

O Estado, por meio do recurso especial, buscava reformar o acórdão que, mantendo a sentença de primeiro grau, rejeitou os embargos de declaração em recurso de apelação e reexame necessário em Mandado de Segurança, consolidando o entendimento de que não configura fato gerador do ICMS as operações de movimentação de bovinos de um estabelecimento a outro, do mesmo proprietário, ainda que localizados em unidades federativas diversas.

A decisão colegiada desafiada pelo recurso especial se embasou, substancialmente, no Enunciado nº 166 da súmula do STJ, segundo o qual *"não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte"*.

Bem se sabe, a propósito, que o CPC/2015 instituiu o sistema do *stare decisis,* que, em linhas gerais, estabelece a necessidade de manutenção de uma ordem coerente e constante de decisões judiciais, de modo a manter a estabilidade da jurisprudência nos planos horizontal e vertical, favorecendo, assim, a proteção à confiança e a consolidação da segurança jurídica.

Nesse contexto, deve ser exaltado o art. 927 do CPC/2015, que estabeleceu o chamado *stare decisis* vertical, prevendo a necessidade de juízes e tribunais observarem, entre outros, os enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e os acórdãos em recurso especial repetitivo.

Diante da regra acima disposta, que atribui um verdadeiro dever de observância dos enunciados de súmula e Acórdãos em recurso especial repetitivo, é necessário, para deixar de segui-los, demonstrar, por exemplo, a existência de distinção na situação em julgamento (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015).

Trata-se, pois, da técnica do *distinguishing*, que, a partir da indicação da falta de semelhança entre a hipótese fática concretamente examinada e aquela que deu ensejo ao precedente, permite a não aplicação do enunciado sumular ou da tese jurídica repetitiva, sem que isso configure ofensa à regra do *stare decisis* vertical.

Voltando os olhos ao presente caso, entendo que a técnica do *distinguishing* comporta perfeita aplicação, de modo a afastar a incidência do Enunciado nº 166 da súmula do STJ, assim como a tese jurídica fixada no julgamento, sob a sistemática repetitiva, do REsp nº 1.125.133/SP, considerando que as hipóteses fáticas dos referidos precedentes diferem da questão concreta em julgamento nestes autos.

Passo, inicialmente, ao exame da distinção do enunciado sumular.

A hipótese fática que deu ensejo à edição do mencionado enunciado diz respeito à circulação, no âmbito empresarial, de produtos/mercadorias industrializadas/manufaturadas entre estabelecimentos filial e matriz e vice-versa, da mesma empresa, localizados em uma mesma cidade e, consequentemente, na mesma unidade federativa.

Tal constatação, aliás, decorre da análise dos precedentes que deram origem ao referido enunciado sumular, apontando, por todos, o REsp 32203-4/RJ, cuja casuística fática foi assim sintetizada:

> *"Nas operações de* ***transferência das mercadorias, do estabelecimento – fábrica para estabelecimentos – lojas, localizadas no Rio de Janeiro****, a Requerente, por exigência do Fisco Estadual, era obrigada a efetuar o pagamento do ICM (Imposto de Circulação de Mercadorias), calculado sobre o valor das mercadorias transferidas. (...).*
>
> *Como foi alceado, o fulcro da questão prende-se em saber se ocorre o fato gerador do ICM na* ***transferência das mercadorias do estabelecimento central – fábrica –, do mesmo contribuinte para as suas lojas de venda no varejo, localizadas na mesma cidade.***
>
> *Nessa perspectiva, com os olhos de bem se ver, no caso, aconteceu* ***simples deslocamento de um estabelecimento para os outros da mesma empresa,*** *sem a transferência de propriedade, configurando operações,* ***da fábrica para as lojas****, sem a natureza de ato mercantil: ocorreu* ***simples movimentação do produto acabado para a venda,*** *sem a aludida operação, que, se evidenciasse a circulação econômica, então, consubstanciaria o fato gerador do ICM (art. 1º, § 1º, I, Dec.Lei 406/68).*

> *Desse modo, não se constituindo operação econômica tributável a* ***transferência dos produtos acabados às lojas*** *que suportam o respectivo encargo tributário, descabe a exigência fiscal aprisionada à multicitada operação. A incidência estaria legitimada pela legalidade, caso o primeiro estabelecimento agisse autonomamente comercializando os produtos da sua fabricação. (...).”* (Destaquei).

No mesmo sentido são os fatos tratados no REsp 36060-9/MG, outro precedente do enunciado, onde foi consignado o seguinte: *“Na linha destes precedentes e consentâneo com o caso concreto, pelo que apreendi, não há engano neste aspecto, porque houve o* ***deslocamento de mercadoria de um estabelecimento a outro,*** *mas do mesmo contribuinte, sem o ato de mercancia, quer dizer, sem a compra e venda, portanto, no caso, não há operação de mercancia, conforme definida em lei”.* (Destaquei).

Diferentemente, porém, é o caso dos autos, que se refere a operações de movimentação de bovinos de um estabelecimento a outro, do mesmo proprietário, localizados em unidades federativas diversas.

Conclui-se, portanto, evidentemente, que não há coincidência ou semelhança apta a ensejar tratamento equivalente entre a hipótese fática em julgado e o caso tratado nos procedentes acima citados que deram origem à Súmula 166 do STJ.

Em primeiro lugar, deve ser destacado que os procedentes do enunciado sumular se referem a atividades genuinamente empresariais, no aspecto da transferência de produtos manufaturados entre a fábrica e as lojas de um mesmo empresário. No caso dos autos, verifica-se a prática de atividade rural, que não necessariamente assume aspectos empresariais, conforme previsão do art. 984 do Código Civil, e que não envolve a movimentação de produtos manufaturados ou industrializados.

Em segundo lugar, comporta menção o fato de que, nos procedentes da súmula, a movimentação de produtos ocorre no âmbito de estabelecimentos localizados em uma mesma cidade e, portanto, na mesma unidade federativa, o que afasta, em última análise, eventual divergência sobre o sujeito ativo da obrigação tributária. Todavia, no caso dos autos, a discussão envolve unidades federativas diversas, o que, num exame final, pode instaurar uma verdadeira guerra fiscal, comprometendo o pacto federativo.

Assim, ante a evidente dessemelhança vislumbrada entre a situação em julgamento e os procedentes da súmula, à luz da técnica do *distinguishing*, é possível afastar aplicação do Enunciado nº 166 ao presente caso concreto.

A propósito, nesse sentido, colaciono o seguinte julgado deste Tribunal de Justiça, onde, no exame de questão idêntica, houve a adoção da mesma técnica:

> *“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE NULIDADE – AFASTADA – MÉRITO – INSURGÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA CONTRA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS (GADO BOVINO) DE UMA PROPRIEDADE RURAL PARA OUTRA, DO MESMO PROPRIETÁRIO – DISTINÇÃO ENTRE OS PRECEDENTES DO STJ COM RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONTROVÉRSIA – EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL NA LEI KANDIR E, AINDA, NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – INCENTIVO E RISCO À SONEGAÇÃO E GUERRA FISCAL – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS, COM O PARECER DA PGJ. I - Não há que se falar em nulidade processual por ausência de regular citação e intimação da Fazenda Pública quando houve a prática regular de tais atos em nome do Chefe da Agência Fazendária local, com ciência inequívoca do feito e interposição de extensão do pedido de suspensão da liminar concedida.* ***II - Há diferença entre os referidos paradigmas do STJ e a hipótese examinada nos autos, considerando as peculiaridades fáticas dos casos analisados pela Corte Superior e a presente controvérsia.*** *III - Em que pese a Súmula 166 do STJ não ter mencionado qualquer restrição à amplitude territorial das operações a que se refere,* ***denota-se que o enunciado sumular limitou-se a tratar de transferências de mercadorias localizadas em um mesmo ente federado, o que inocorre na hipótese.*** (...). (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº

0801053-80.2018.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 05/06/2019, p: 06/06/2019).” (Destaquei).

Diante disso, não deve incidir, no presente caso, o Enunciado nº 166 da súmula do STJ, pelos fundamentos acima exaltados.

Passo, agora, à análise da distinção do REsp nº 1.125.133/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

No referido precedente, a hipótese fática levada à julgamento disse respeito à *“remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso”*.

Verifica-se, pois, que a operação não tributável, nos termos do referido procedente, está relacionada com a movimentação, entre estabelecimentos de um mesmo proprietário, de bens atinentes ao ativo imobilizado, que são os *“bens e direitos que a empresa adquire para manter suas atividades em funcionamento, como por exemplo os edifícios, terrenos, máquinas, (...). Também é conhecido como ativo fixo”*[2].

É diferente do que se vê na hipótese em julgamento, onde ocorre a movimentação de bovinos que serão futuramente destinados ao abate, e, por isso, não se enquadram na definição de ativo imobilizado, especialmente por corresponderem ao próprio fim da atividade pecuária exercida.

Tal contexto é bastante o suficiente para evidenciar a distinção existente na hipótese em julgamento, de modo a ensejar, em última análise, a não incidência da tese jurídica fixada no REsp nº 1.125.133/SP ao presente caso.

Destaco, nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte de Justiça, que formaram idêntica conclusão no julgamento da mesma questão:

> *“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – INSURGÊNCIA DO IMPETRANTE CONTRA A INCIDÊNCIA DO ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS (GADO BOVINO) DE UMA PROPRIEDADE RURAL PARA OUTRA, DO MESMO PROPRIETÁRIO – DISTINÇÃO ENTRE OS PRECEDENTES DO STJ COM RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONTROVÉRSIA – EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL NA LEI KANDIR E, AINDA, NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – INCENTIVO E RISCO À SONEGAÇÃO E GUERRA FISCAL – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, CONTRA O PARECER DA PGJ. I - Há diferença entre os referidos paradigmas do STJ e a hipótese examinada nos autos, considerando as peculiaridades fáticas dos casos analisados pela Corte Superior e a presente controvérsia. II - Em que pese a Súmula 166 do STJ não ter mencionado qualquer restrição à amplitude territorial das operações a que se refere, denota-se que o enunciado sumular limitou-se a tratar de transferências de mercadorias localizadas em um mesmo ente federado, o que inocorre na hipótese. III - A consolidação deste enunciado sumular deu-se em momento anterior à Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que, em seus arts. 12 e 13, expressamente consignou que há a incidência de ICMS nas transferências interestaduais, regulamentando, de forma pormenorizada, o aspecto temporal, bem como o aspecto material da hipótese de incidência do imposto nesta circunstância. IV - **Não fosse a inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ ao caso dos autos, que trata de atividade pecuária com a transferência de mercadoria entre entes federados, levando-se em conta a especificidade do caso, percebe-se, ainda, a existência de distinguishing entre o paradigma julgado sob o rito dos recursos repetitivos pelo STJ no REsp nº 1.125.133/SP com relação ao caso sub judice. A hipótese que fora objeto do referido julgamento no STJ tratou da incidência ou não de ICMS em operações interestaduais de transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, cujo transporte destina-se à futura comercialização.** V - Diante do ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei Federal nº 87/96 e, ainda, o Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97), imperiosa a incidência do ICMS no transporte interestadual*

2 https://www.dicionariofinanceiro.com/ativo-imobilizado/

de gado entre os estabelecimentos do impetrante, ainda que a mercadoria não tenha sua titularidade transferida. VI - O Poder Judiciário não pode chancelar eventual sonegação fiscal em hipóteses que o contribuinte, a despeito de possuir imóvel rural em outro ente federado, sob o manto do que dispõe a Súmula 166 do STJ, busca isentar-se da obrigação tributária, mesmo que a transferência de gado tenha o verdadeiro intuito de mercancia, ou seja, alienação dos semoventes para abate. (TJMS. Apelação Cível nº 0805524-39.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 29/04/2019, p: 30/04/2019)." (Destaquei).

Por isso, não deve incidir, no presente caso, a tese jurídica do REsp nº 1.125.133/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Superadas a análise do *distinguishing*, com o afastamento dos precedentes à hipótese em julgamento, deve ser esclarecido que as operações praticadas no presente caso, referentes ao transporte de bovinos entre estabelecimentos localizados em unidades federativas diversas, ainda que do mesmo proprietário, enquadram-se na hipótese de incidência descrita no art. 12, I, da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como "Lei Kandir", que dispõe sobre a tributação do ICMS.

Nos termos do referido dispositivo legal, *"considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento (...) da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular"*.

Nota-se, pois, que a redação legal é clara e não dá margens a divergências hermenêuticas, estabelecendo, como fato gerador, a simples movimentação de mercadorias entre estabelecimentos, ainda que do mesmo proprietário.

E é exatamente esse o contexto fático dos autos, como descrito acima, razão pela a prática dessa atividade pecuária, nos moldes expostos, deve sofrer a tributação do ICMS, como ordinariamente tem feito o fisco estadual.

Aliás, deve ser destacado que a Lei Kandir é posterior ao Enunciado nº 166 da súmula do STJ, razão pela qual deve prevalecer no exame do caso concreto.

Embora possa se cogitar que tal legislação institui norma distinta daquela estabelecida no precedente, fato é que, por ser posterior, deve ser respeitada e, consequentemente, aplicada, até mesmo porque carrega consigo o caráter de manifestação popular indireta, debatida e aprovada pelo parlamento, evidenciando, em última análise, espécie de tributação socialmente consentida.

Deve ser destacado, ainda, que a Lei Kandir está em plena vigência, não havendo declaração de sua inconstitucionalidade seja pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, seja pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso, razão pela qual merece integral aplicabilidade.

O simples afastamento dessa disposição legal, vigente no ordenamento pátrio, sem prévia declaração de inconstitucionalidade, como feito no caso, viola frontalmente o Enunciado nº 10 da súmula vinculante do STF, cuja redação dispõe que *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte",* o que pode ensejar, até mesmo, reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 988, III, do CPC/2015).

Assim, constata-se que o Acórdão deste Tribunal de Justiça contrariou disposição expressa de Lei Federal, o que enseja a interposição de Recurso Especial, nos termos do art. 105, III, "a", da Constituição Federal.

Ademais, como bem demonstrado nas razões do recurso especial do Estado, a decisão recorrida deu à Lei Kandir interpretação divergente daquela atribuída no âmbito dos demais Tribunais de Justiça, o que, em última análise, autoriza a interposição do Recurso Especial, na forma do art. 105, III, "c", da Constituição Federal.

Perante o exposto, considerando a inaplicabilidade, ao caso em julgamento, do Enunciado nº 166 da súmula do STJ e da tese jurídica fixada no recurso especial repetitivo nº 1.125.133/SP, e considerando, ainda, que o Acórdão recorrido se enquadra nas hipóteses do art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, conclui-se que era o caso de dar seguimento ao Recurso Especial interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de que a questão controvertida fosse submetida ao exame do STJ.

O exame do mérito recursal pelo STJ é necessário, tendo em vista que a definição da tributação ou não da atividade pecuária, nas circunstâncias do presente caso concreto, tem fundamental importância, sobretudo pela existência de indicativos de eventual tentativa de sonegação fiscal, conforme indicado em ofídio da Secretaria de Estado de Fazenda, anexo aos memoriais apresentados pela Procuradoria-Geral do Estado, prejudicando, em última análise, a arrecadação de receitas públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja principal fonte de receitas é a atividade agropecuária, predominante neste Estado.

A propósito, a desoneração do ICMS, nos casos dos autos, chancelada por decisões judiciais deste Tribunal de Justiça, tem causado enorme repercussão financeira nas contas públicas estatais, conforme demonstrado no parecer da Procuradoria-Geral do Estado, através de ofício da Secretaria de Estado de Fazenda, com indicação de *déficit* de arrecadação tributária superior a cinco milhões de reais em 2016, o que, indiscutivelmente, é absolutamente nocivo ao atendimento da coletividade.

Dessa forma, o enfrentamento da questão será importante, a fim de estabelecer os limites da tributação sobre a atividade praticada, visando, num exame final, evitar a instauração de uma indesejada guerra fiscal capaz de comprometer a necessária estabilidade do pacto federativo.

É certo que o Poder Judiciário, em suas decisões, além de embasar o seu convencimento nas normas constitucionais, legais e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, visando a coerência e estabilidade da ordem jurídica, também deve ter em mente as consequências práticas decorrentes da decisão (art. 20 da LINDB), visando, assim, impedir que eventual repercussão negativa atinja a sociedade.

E, no presente caso, como visto, as consequências práticas do Acórdão afetam inequivocamente as contas públicas, instaurando situação de desoneração tributária de grandes proporções, em contexto indicativo de irregularidade por parte do sujeito passivo da respectiva obrigação tributária, como exposto pelo fisco estadual.

Assim, é fundamental que a matéria seja levada ao conhecimento do STJ, para um exame detido das questões acima postas, conhecendo-se da distinção existente no caso em julgamento, levando em considerando, sobretudo, as consequências práticas da decisão para o faturamento do Estado de Mato Grosso do Sul.

Nada obstante à conclusão sobre a admissibilidade do recurso especial, deve ser lembrado que, na hipótese, não se está a analisar a admissão de tal meio impugnativo.

O que está sob exame é o recurso de agravo interno, resultante de conversão de embargos de declaração, interposto contra a decisão da Vice-Presidência que julgou prejudicado o recurso de agravo em recurso especial. Explico.

Do acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração em apelação cível e reexame necessário, foi interposto recurso especial, o qual teve seguimento negado.

Da decisão de negativa de seguimento, foi interposto agravo em recurso especial. O STJ, examinando o referido agravo, determinou o retorno dos autos a este Tribunal de Justiça para cumprimento do previsto no art. 1030, I, "b" *(negativa de seguimento do recurso especial por juízo de conformidade da decisão recorrida com a jurisprudência do STJ)* ou II *(devolução ao colegiado para juízo de retratação em não havendo conformidade da decisão recorrida com a jurisprudência do STJ)* do CPC/2015.

Em cumprimento a determinação do STJ, a Vice-Presidência concluiu que o Acórdão recorrido está em conformidade com a tese jurídica fixada pelo STJ no REsp nº 1.125.133/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, pelo que julgou prejudicado o referido agravo em recurso especial.

Dessa decisão, foram opostos embargos de declaração, os quais, porém, foram admitidos como agravo interno, sendo este, pois, o recurso ora examinado.

Portanto, o acolhimento deste recurso não deve ensejar o encaminhamento do agravo em recurso especial ao STJ, até porque este Tribunal Superior já determinou a devolução dos autos a este Tribunal de Justiça para adoção de uma das duas saídas previstas no art. 1030, I, "b" ou II, do CPC/2015.

Assim, considerando que, conforme fundamentação acima exposta, o Acórdão recorrido não está, na minha compreensão, em conformidade com a jurisprudência do STJ, resta a aplicação da hipótese do art. 1030, II, do CPC/2015, com a devolução dos autos ao colegiado, no caso, a 1ª Câmara Cível, para juízo de retratação, eis que a referida decisão, no meu entendimento, não se alinha à jurisprudência do STJ.

Nesse contexto, uma vez não exercido o juízo de retratação, será, então, o caso de admissão do recurso especial e encaminhamento ao STJ, para exame da questão controvertida, nos termos já exaltados em linhas anteriores, cabendo à Vice-Presidência essas providências.

Posto isso, contra o parecer, dou provimento ao presente recurso, a fim de determinar o encaminhamento dos autos à 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, a fim de que exerça juízo de retratação sobre o Acórdão desafiado pelo recurso especial, considerando todas as particularidades destacas a respeito da controvérsia, nos termos do art. 1030, II, do CPC/2015.

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

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (4º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (5º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (7º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (8º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (9º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (10º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (11º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (12º vogal)

Acompanho o voto do 6º vogal.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 18-09-19, em face do pedido de vista do desembargador Sideni Soncini Pimentel, após o relator negar provimento ao recurso e os demais desembargadores darem provimento.

VOTO(EM 02/10/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão alusiva ao *distinguishing* (distinção) realizado pela divergência, inaugurada pelo ilustre vogal, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Rememorando, trata-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado contra ato do Fisco Estadual de lançamento de ICMS em operação de transferência de gado bovino entre imóveis pertencentes ao mesmo proprietário. A segurança foi concedida em primeiro grau de jurisdição, com fundamento na orientação jurisprudencial há muito sedimentada no âmbito dos Tribunais Superiores, inclusive sumulada (166 do STJ) e tema de recursos repetitivos, no sentido de que "*não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*".

Referida decisão foi ratificada pela 1ª Câmara Cível quando do julgamento do recurso de apelação e reexame de sentença.

Referido acórdão desafiou a interposição de recurso especial, inadmitido. Contra essa decisão foi interposto agravo ao Superior Tribunal de Justiça, onde foi determinando que os autos retornassem a esta Corte para que fosse observado o rito previsto no art. 1.030, I, "b", e II, do NCPC. Em outras palavras, determinou o STJ que antes de inadmitir o recurso especial deveria a Vice-Presidência determinar:

> *"(...) ou negativa de seguimento ao recurso especial se o acórdão recorrido estiver em conformidade com o julgado repetitivo; ou encaminhamento do processo ao órgão colegiado para eventual juízo de retratação se o acórdão recorrido divergir do entendimento do STJ"*

Ato contínuo, restituídos os autos a esta Corte, o ilustre relator proferiu decisão julgando prejudicado o agravo em recurso especial, tendo em vista que o acórdão recorrido coincide com a orientação adotada no recurso representativo da controvérsia (REsp 1.125.133/SP – Tema 259).

Contra essa decisão foi interposto o presente agravo interno pelo Estado de Mato Grosso do Sul, onde alega a impossibilidade de julgamento monocrático do agravo em recurso especial, tendo em vista o disposto no art. 1.042, § 4º, do NCPC; inaplicabilidade do Tema 259 ao caso dos autos, por versar sobre ativo fixo, que não abrange mercadorias (bovinos); afastamento da Súmula 166 do STJ, diante do disposto no art. 12, I, da Lei Complementar 87/96, bem assim em observância a clausula de reserva de plenário.

O ilustre relator votou, intuitivamente, pelo não provimento do agravo interno. O ilustre vogal, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, inaugurou divergência, realizando *distinguishing* para afastar a incidência da Súmula 166 do STJ e do Tema 259 dos recursos repetitivos do STJ. A Súmula 166 versaria sobre estabelecimentos comerciais no mesmo Estado, ao passo em que nestes autos houve movimentação de bovinos em Estados diversos. Também, que no caso dos autos não há atividade empresarial. Quanto ao Tema 259 ao STJ, pontua tratar exclusivamente de bens do ativo imobilizado.

Pois bem. A despeito das razões invocadas pela divergência, entendo que a insurgência não merece guarida.

Reafirmo meu posicionamento, no sentido de que no transporte de gado de um local para outro, dentro ou fora do Estado, não há falar em circulação (econômica) de mercadoria se os semoventes permanecerem na propriedade do mesmo contribuinte, razão pela qual tal operação não está sujeita à incidência do ICMS.

Este posicionamento decorre da aplicação de entendimento há muito sedimentado no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme teor do Enunciado 166 da súmula do STJ, segundo a qual "*não é fato gerador de ICMS o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo contribuinte, embora em Estados diferentes, porque inexistente a transferência de propriedade da mercadoria.*"

Assim, não se afigura a ocorrência do fato gerador do referido tributo, já que a mera saída de mercadoria de uma propriedade rural para outra, de mesmo proprietário, mesmo que em outro Estado, não configura ato de mercancia necessário à incidência de tributação pelo ICMS, ou seja, não há o indispensável fato gerador.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a configuração da hipótese de incidência do ICMS sobre realização de operações relativas à circulação de mercadorias impõe a ocorrência de fato gerador, "*venda da mercadoria*" (AgRg no Resp 601140/MG, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, publicado no DJ de 10.04.2006; RE 158.834, Pl., 23.10.2002, red. p/acórdão Marco Aurélio, RTJ 194/979.; e Resp 659569/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 09.05.2005).

Neste sentido, o REsp nº 1.125.133/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos:

> *"PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C, DO CPC – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA – INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – SÚMULA 166/STJ – DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO – UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 Divulg 25-03-2010 Public 26-03-2010 Ement VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 Divulg 20-08-2009 Public 21-08-2009 Ement VOL-02370-13 PP-02783. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no Resp 1127106/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no Resp 809.752/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; Resp 919.363/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008) 2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ). 3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - 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;" 4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade. 5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos*

contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37) 6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994) 7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (STJ. REsp nº 1.125.133/SP – rel. Ministro Luiz Fux – Primeira Seção – J. 25.8.2010).

A bem da verdade, referido Tribunal ratifica, nessa oportunidade, o entendimento de que transferência de mercadorias do mesmo titular não estão sujeitas à cobrança de ICMS, ampliando a incidência da Súmula 166 também nas hipóteses de remessa de bens do ativo imobilizado.

A decisão proferida é, pois, ampliativa, e não restritiva.

Além disso, a questão não se resume apenas a valores pecuniários, mas aos eventuais prejuízos que possam surgir em virtude de eventual apreensão indevida das mercadorias, bem como pela inscrição em dívida ativa diante da exigibilidade do imposto, restringindo a obtenção de certidões negativas e, com isso, podendo obstruir as atividades desenvolvidas pela recorrente.

Essa a orientação reinante também na jurisprudência pátria, inclusive no âmbito desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA EMPRESA – INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR – SÚMULA 166 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A transferência de mercadorias entre estabelecimentos comerciais do mesmo contribuinte, embora localizados em Estados diferentes, não é fato gerador de ICMS, conforme Súmula 166 do STJ. Recurso conhecido e não provido." (TJMS - 4001576-96.2013.8.12.0000 Agravo Regimental Relator(a): Juiz Vilson Bertelli Comarca: Campo Grande Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data do julgamento: 26/03/2013)

"Mandado de Segurança ICMS - Transferência de produtos do estabelecimento matriz à filial Hipótese que inexistiu circulação de mercadoria A jurisprudência dos Tribunais Superiores é assente no sentido da não incidência do ICMS no caso de simples transferência de mercadorias do estabelecimento matriz para a filial da mesma empresa Sentença concessiva da segurança mantida Recursos não providos." (TJSP - 0039330-05.2011.8.26.0071 Apelação/Reexame Necessário Relator(a): Marrey Uint Comarca: Bauru Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 28/05/2013).

No mesmo sentido, assentou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em recente julgado, decidiu:

"EMENTA – DIREITO TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTO – MESMA TITULARIDADE – NÃO INCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência da propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. " (ARE 764.196 AgR/MG; Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 24-5-2016, Primeira Turma, DJE de 07-6-2016.) No mesmo sentido: AI 618.947 -AgRhttp://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609765,

Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, DJE de 26-3-2010; RE 267.599-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-2009, Segunda Turma, DJE de 11-12-2009; AI 693.714-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009; AI 481.584-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.

Feitas essas considerações, entendo, respeitosamente, que o *distinguishing* levado a efeito pela divergência não merece acolhida. Isto porque os fundamentos aventados ignoram o aspecto mais essencial da regra matriz de incidência, prevista no art. 155, II, da Constituição Federal, qual seja a circulação econômica de mercadorias.

A expressão "circulação de mercadorias", contida no art. 155, II, da Constituição Federal, refere-se à circulação econômica, assim entendida a transferência de propriedade, não a circulação física ou geográfica de mercadorias. Aliás, a tributação deste último fato é expressamente vedada pelo art. 150, V, da Constituição Federal, que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

A guisa de exemplo, colha-se a lição do professor titular da cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Heleno Torres:

> *"O fato jurídico tributário eleito pelo Constituinte de 1988 como hipótese de incidência do ICMS deve ser apreendido de modo integral, pois não basta a 'circulação', o deslocamento físico ou econômico de um determinado bem; não é suficiente que esse bem seja 'mercadoria', tampouco é em si bastante a ocorrência de 'operação', como ato jurídico que enseja a formação negocial. Somente quando a operação praticada envolva mercadorias, e quando estas sejam postas em circulação, é que se terá a efetiva ocorrência de fato jurídico do ICMS. Essa incindível unidade do fato jurídico tributário reclama uma análise não apenas calcada em seus aspectos estruturais e semânticos, mas precipuamente composta a partir da unidade negocial que enseja a transferência de bens entre distintos atores dos atos de produção, industrialização e comercialização. (...) Não se obscurece, pois, a exigência de alguma titularidade jurídica e, igualmente, da formulação de algum negócio jurídico entre as partes, para o surgimento de 'operação', que deve ter como 'objeto' mercadorias e como 'finalidade' a circulação destas, pela transferência de domínio jurídico da mercadoria entre as partes. A transferência de titularidade entre as partes de bens disponíveis, em mercancia, na forma de 'mercadorias', portanto, deve ser feita de modo definitivo e sob certo regime jurídico. (...) Como bem viu o arguto Geraldo Ataliba: 'Disso resulta que, inexistindo operação (...) as simples saída ou entrada em determinado estabelecimento nada significam, são fatos juridicamente irrelevantes (para efeito de causar o nascimento de obrigação tributária). Não tendo havido operação anterior que determine a saída (ou entrada etc.), não há fato imponível.*" (Comentários à Constituição do Brasil. Coordenação científica de J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, 2. ed., São Paulo: Saraiva jur, 2018. p. 1.825)

A distinção realizada pela divergência ignora esse elemento central dos precedentes de observância obrigatória, no sentido de que "***A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade***." grifei.

Segundo a divergência, incide o ICMS porque: "*1) a Súmula 166 aplica-se apenas a operações no mesmo estado; 2) abrange somente operações comerciais; 3) o Tema 259 abrange apenas ativo imobilizado.*"

Os precedentes incidem simplesmente por que não houve ato de mercancia! O fato de tratar-se de circulação física interestadual de mercadorias; se essa operação seria não comercial; ou se não se trata de ativo imobilizado, não confere à circulação a natureza econômica, sem a qual não incide a regra matriz de incidência.

Não bastasse isso, (1) o Enunciado 166 não contém qualquer restrição quanto à circulação no próprio Estado ou entre Estados, até porque tal restrição não possui qualquer causa jurídica. O ICMS incide tanto em operações realizadas nos limites geográficos do Estado quanto em operações interestaduais, de sorte que não há relevância jurídica ou mesmo lógica na distinção, com todo respeito.

Além disso, a jurisprudência do STJ tem aplicado o Enunciado 166, de maneira pacífica, em operações interestaduais, conforme se extrai da ementa do citado REsp nº 1.125.133/SP:

> *"6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido,* ***houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso****, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)". (destaquei)

Diz a divergência que o Enunciado 166 abrange somente operações comerciais (2). No caso dos autos, o contribuinte é pessoa jurídica exploradora de atividade empresarial, não "produtor rural" (aludindo ao pecuarista), que, aliás, desempenha atividade tipicamente empresarial, submetendo-se a esse regime jurídico desde que requeira seu registro na junta comercial (art. 984, do CC). Mais ainda, a natureza empresarial da operação é absolutamente irrelevante para a aplicação do Enunciado 166, da súmula do STJ, pois empresariais ou civis não há circulação econômica (transferência de propriedade) de mercadorias.

Por fim, a distinção quanto ao Tema 259 do STJ, que abrangeria apenas ativo imobilizado (3), escora-se em premissa equivocada, pois essa restrição não está contida no texto da fundamentação. Com efeito, consta do voto condutor daquele aresto, da lavra do então Ministro Luiz Fux (atualmente Ministro do STF):

> ***"(...) Destarte, o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade.***
>
> *Outrossim, no que pertine à incidência da exação em hipóteses análogas à sub examine, tem aplicação o teor da Súmula 166/STJ:*
>
> *'Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.'*
>
> *In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso,* ***devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular****, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.*" (f. 13 do acórdão)

Segundo o ilustre Ministro, a premissa jurídica é no sentido de que *"o deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade"*. Sintetiza ele que na hipótese em julgamento houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, determinando a aplicação da mesma regra sobre transferência de mercadorias para o caso daqueles autos. Houve uma ampliação da aplicação do entendimento positivado na Súmula 166, não uma restrição.

À luz destas considerações, entendo que não há qualquer distinção entre a hipótese versada nos autos e aqueles precedentes de observância obrigatória, veiculados no Enunciado nº 166, da súmula do STJ e Tema 259, dos recursos repetitivos do STJ, além da jurisprudência uníssona desde o primeiro precedente, do STF.

Prosseguindo, registra a divergência, noutro ponto, que a Lei Kandir é posterior ao Enunciado 166 do STJ, razão pela qual prevaleceria sobre a norma estabelecida no precedente.

Contudo, a orientação jurisprudencial do STF sempre foi aquela constante do Enunciado 166 do STJ. Mais ainda, o Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a observância da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade do art. 12, I, da Lei Complementar 87/96, posto contrariar entendimento consolidado daquela Corte sobre o tema, veja:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – 2. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – 3. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – 4. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO, DE MESMA TITULARIDADE. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES – 5. VIOLAÇÃO AO ART. 97, CF. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA DO STF SOBRE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO PLENO OU ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES – 6. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."* (ARE 736.946-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 13/10/2014).

> *"DIREITO TRIBUTÁRIO – ICMS – NÃO INCIDÊNCIA – DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DA MESMA EMPRESA, SEM A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.12.2012. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito desta Excelsa Corte, no sentido de que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, da mesma empresa, sem transferência de propriedade, não é hipótese de incidência do ICMS. Para caracterização de ofensa à reserva de plenário faz-se necessário que a decisão do órgão fracionário lastreie-se, ainda que de forma tácita, em juízo de incompatibilidade entre a norma legal e a Magna Carta, situação inocorrente na espécie. Agravo regimental conhecido e não provido."* (ARE 756.634, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 26/3/2014).

Além disso, o plenário do STF já decidiu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade:

> *"EMENTA – CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL – LEI 6.041/2010 DO ESTADO DO PIAUÍ – LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (ARTS. 150, V E 152 DA CONSTITUIÇÃO) – DUPLICIDADE DE INCIDÊNCIA (BITRIBUTAÇÃO – ART. 155, § 2º, VII, B DA CONSTITUIÇÃO) – GUERRA FISCAL VEDADA (ART. 155, § 2º, VI DA CONSTITUIÇÃO) – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Tem densa plausibilidade o juízo de inconstitucionalidade de norma criada unilateralmente por ente federado que estabeleça tributação diferenciada de bens provenientes de outros estados da Federação, pois: (a) Há reserva de resolução do Senado Federal para determinar as alíquotas do ICMS para operações interestaduais; (b) O perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto "bens", ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial; (c) No caso, a Constituição adotou como critério de partilha da competência tributária o estado de origem das mercadorias, de modo que o deslocamento da sujeição ativa para o estado de destino depende de alteração do próprio texto constitucional (reforma tributária). Opção política legítima que não pode ser substituída pelo Judiciário. Medida liminar concedida para suspender a eficácia prospectiva e retrospectiva (ex tunc) da Lei estadual 6.041/2010."* (ADI 4565 MC, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2011, Processo Eletrônico DJe-121 divulg 24-06-2011 Public 27-06-2011 RTJ Vol-00226-01 PP-00378)

Não há falar, portanto, em superação da jurisprudência consolidada no Enunciado 166 do STJ, recentemente reafirmada em recurso repetitivo.

Noutro vértice, chamam a atenção as considerações lançadas pela divergência sobre a repercussão da decisão recorrida, que se escora em precedentes de observância obrigatória. Segundo a divergência, a desoneração do ICMS tem causado enorme repercussão financeira nas contas públicas estatais, além de estimular guerra fiscal.

Concessa maxima venia, entendo que a decisão recorrida atende, antes de mais nada, o interesse público, primário e secundário.

Inicialmente, como visto anteriormente, não há falar em desoneração fiscal, já que desde muito antes da Constituição Federal de 1988 não há incidência do imposto sobre circulação de mercadorias quando do deslocamento físico de mercadorias pertencentes ao mesmo proprietário, sem circulação econômica. Se nunca houve oneração dessa operação, não há falar em desoneração, que remete à ideia de redução de tributos. Consectário lógico, não há qualquer repercussão nas contas públicas e menos ainda guerra fiscal, assim entendida a disputa de estímulos fiscais entre entes da federação, inviável se determinado fato sequer é tributável.

Por outro lado, as consequências jurídicas da decisão adotada pela divergência é que revelam potencial e grave prejuízo ao interesse público, especialmente ao Fisco, pois se num primeiro momento, imediatista, haverá incremento de arrecadação, a médio e longo prazo haverá desestímulo à atividade pecuária no Estado, atividade considerada um dos pilares econômicos do agronegócio que impulsiona a economia deste Estado. O (poderoso) desestímulo fiscal a essa atividade produzirá efeitos catastróficos à economia local, preponderantemente rurícola.

Por derradeiro, registro que se não há circulação econômica, não há falar em diferimento de ICMS, assim entendida a técnica de tributação que posterga o recolhimento do imposto para operação seguinte na cadeia negocial. Daí que só há falar em diferimento se existir tributo regularmente constituído. Na hipótese, como não ocorre fato gerador, por falta de mercancia, inexiste tributo para ter pagamento diferido.

Em outras palavras, a responsabilidade pelo pagamento do imposto é transferida, o que não ocorre no mero transporte de mercadoria de um estabelecimento para outro pertencente ao mesmo contribuinte. É dizer que a referida técnica de tributação não é aplicável onde não há tributação. Em conformidade com os precedentes de observância obrigatória, já mencionados, e afastado o *distinguishing*, nenhum pagamento é devido quando da movimentação de mercadoria de um Estado para outro, se não houver ato de mercancia.

Por outro lado, apenas para complementar o raciocínio, se a hipótese é daquela onde os animais foram criados pelo contribuinte que quer transferi-los para sua outra propriedade em outro Estado, ou seja, não tendo sido objeto de nenhuma venda anterior, mercancia, inexiste o fato gerador, consequentemente não há que se falar em tributo.

Agora, se é daquelas hipóteses onde os animais foram objeto de várias vendas anteriormente (não são animais crioulos), o caso é de diferimento do pagamento relativo a essas vendas anteriores, podendo o fisco utilizar-se dos meios necessários para receber o tributo cujo pagamento estava tendo diferimento para o momento do respectivo abate e que por força da transferência para o mesmo proprietário em outro Estado não será possível de ser realizado, com prejuízo para o erário.

Todavia, mesmo nesta última hipótese, onde os animais não são crioulos e foram objetos de vendas anteriores, não poderá o fisco impedir a transferência e consequente saída desses animais de proprietários com propriedades existentes neste e em outro Estado, sob condição de pagamento do imposto verificado nas vendas anteriores e em regime de diferimento.

Se assim fizer estará agindo igualmente a velha prática condenável e não permitida pelos Tribunais deste País, que é nas barreiras interestaduais apreender mercadorias para obrigar pagamento de tributos.

Ante o exposto, não tenho dúvidas em acompanhar o ilustre relator, para conhecer do presente recurso de agravo interno e negar-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria deram provimento ao recurso, nos termos do voto do des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Declarou seu impedimento para esse julgamento o Des. Julizar Barbosa Trindade.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. 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. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 2 de outubro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0826366-74.2016.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ATO ILÍCITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA ESFERA CÍVEL – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – OPONIBILIDADE DO INCISO VI DO ART. 3º DA LEI Nº 8.009/90 NÃO APLICÁVEL AO CASO – PRESERVAÇÃO DA PENHORA EM RELAÇÃO À PENSÃO – MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NESTE PROCESSO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PARA RECORRER – RECURSO CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDO DESPROVIDO.

O bem de família não responde a indenização por ato ilícito cuja condenação é oriunda da esfera cível. O mesmo não ocorreria caso a indenização por ato ilícito tivesse origem em condenação penal, com trânsito em julgado. A influência da condenação penal na esfera cível é caso em que se aplica a exceção prevista no inciso VI do artigo 3º da Lei 8.009, desde que sejam idênticos os fundamentos de fato que embasaram a decisão, mesmo não se tratando de liquidação e execução direta do título estabelecido no âmbito criminal.

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, conheceram em parte do recurso e na parte conhecida negaram provimento, nos termos do voto do Relator..

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

F. P. da C. apela da sentença do juízo da 15ª vara cível de Campo Grande, que julgou procedente os embargos de terceiro opostos por A. dos S. O., *"reconhecendo, com fundamento no art. 1º da Lei 8.009/90, a impenhorabilidade do imóvel matriculado sob o nº 17.974 da 2ª CRI desta Comarca, por se tratar de bem de família"*.

O apelante, em suas razões (f. 157-161), sustenta que a impenhorabilidade do bem de família apenas poderia se dar em relação à meação da apelada, e não à totalidade do imóvel.

Dessa feita, *"objetiva no presente recurso a limitação do reconhecimento do bem de família apenas em relação à cota-parte da apelada, e não em relação ao apelante, detentor da metade do imóvel"*.

Diz que *"com o casamento da apelada com o devedor seu esposo se comprova a meação, entretanto o bem de família há de ser reconhecido apenas em relação à apelada-embargante e sua meação, não podendo levantar a penhora sobre o valor de danos morais e manter em relação à pensão sob pena de se promover a ineficácia da execução"*.

Requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença objurgada e, por consequência, seja decretada a restrição de impenhorabilidade apenas em relação à meação da apelada, não podendo tal meação ser estendida ao executado.

Contrarrazões às f. 164-169.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo e o apelante é dispensado do recolhimento do preparo porquanto beneficiário da gratuidade da justiça (f. 153).

Dessa forma, presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, recebo o recurso nos seus efeitos suspensivo e devolutivo, na forma do art. 1.012, § 1º, CPC, e passo à respectiva análise.

Impenhorabilidade do bem de família

Cuida-se de embargos de terceiro opostos pela apelada A. dos S. de O. contra o cumprimento provisório de sentença (nº 0043751-10.2012.8.12.0001) promovido pelo apelante F. P. da C.

O crédito objeto do cumprimento de sentença decorre da condenação por danos morais imposta em Ação de Indenização autuada sob o nº 0022557-90.2008.8.12.0001, ajuizada contra o cônjuge da apelada, A. P. de O., em razão desse ter sido responsabilizado pelo acidente de trânsito ocorrido na Rodovia 060, Km 371, que resultou no falecimento do genitor do apelante.

Como noticiado, o apelante promoveu o cumprimento provisório de sentença para recebimento do crédito atualizado no montante de R$ 39.536,52 (trinta e nove mil quinhentos e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos).

Diante do não pagamento houve pedido de penhora do lote de terreno sob o nº 20, quadra 041 do loteamento Jardim Tijuca, nesta Capital, registrado sob a matrícula nº 17.974 da 2º Circunscrição de Registro de Imóveis local, razão pela qual a apelada opôs embargos de terceiro, sustentando, em síntese, que: *"a) reside no imóvel há mais de 15 anos, sendo, portanto, considerado bem de família já que é a única residência que a embargante possui para sua moradia e de sua família; b) sendo cônjuge do devedor e possuidora legítima do devedor, é parte legítima para opor o embargos de terceiros a fim de evitar a expropriação do único imóvel que possui"*.

Em decisão liminar (f. 61-62) foi deferido pedido de tutela antecipada de urgência para suspender os atos constritivos sobre o imóvel em questão, posteriormente confirmada na sentença (f. 149-153) que reconheceu a impenhorabilidade do bem imóvel objeto da penhora nos autos executivos em razão do seu caráter de bem de família.

Insurge-se o apelante contra a sentença, sob o fundamento de que a impenhorabilidade não alcança a totalidade do imóvel, mas apenas a cota parte da embargante, ora apelada.

Sem razão o apelante.

A apelada discutiu no processo o bem de família legal. E o juiz o reconheceu.

Esta modalidade de afetação foi instituída pelo Estado através da Lei n. 8.009/1990, em defesa da entidade familiar, razão, inclusive, de ser matéria de ordem pública.

No caso em questão a sentença é irretocável.

E assim o é porque o juiz *a quo* decidiu nos termos da lei em questão, vez que a regra de exceção prevista no artigo 3º da lei em comento (Lei n. 8.009/90), é aplicável quando a execução for de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (inc. VI).

Não é o que se tem neste processo.

Nele consta a execução da sentença pela apelante da que foi proferida na esfera cível, cujo processo de conhecimento consolidou a culpa do cônjuge da apelada pelo acidente de trânsito que ceifou a vida do pai da recorrente e em razão disso condenou o ofensor a indenizá-la moralmente.

Neste sentido veja-se o escólio de Carlos Roberto Gonçalves[1]:

> *"(...) O aludido inciso VI cuida exclusivamente da indenização decorrente da prática de ilícito penal, exigindo expressamente "sentença penal condenatória". Quando se trata de mero ilícito civil, não incide a aludida exceção. Por esta razão, já se decidiu: "Bem de família. Exclusão de impenhorabilidade de que trata o art. 3º, VI, da Lei 8.009/90. Necessidade da existência de sentença penal transitada em julgado, condenando ao ressarcimento, indenização ou perdimento de bens". Ou ainda: "Penhora. Bem de família. Responsabilidade civil oriunda de acidente de trânsito do qual resultaram danos físicos à vítima. Inexistência de processo penal. Ilícito civil que não afasta a impenhorabilidade da normal do art. 1º da Lei nº 8.009/90. Embargos do devedor procedentes". Na realidade, as pessoas que obtêm o direito à indenização por ato ilícito sob a forma de alimentos ou pensão não se encontram desamparadas, porque essa forma de ressarcimento de danos só é prevista em dois casos: no de homicídio (CC, art. 948, II) e no de lesão corporal grave que impossibilite ou reduza a capacidade de trabalho do lesado (art. 950). Nessas duas hipóteses o fato é, além de ilícito civil, ilícito penal, e a cobrança pode ser feita mediante actio iudicati, ou seja, mediante a execução, no cível de sentença penal condenatória* (Lei n. 8.009/90, art. 3º, VI)*".*

A propósito precedente do STJ:

> *"(...) AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CONDENAÇÕES CÍVEL E CRIMINAL – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – EXCEÇÃO APLICÁVEL SOMENTE À VERBA ALIMENTAR – ACÓRDÃO A QUO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR – AGRAVO DESPROVIDO. 1. A pensão alimentícia está prevista expressamente no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990 como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família, sendo irrelevante a origem dessa prestação, se decorrente de relação familiar ou de ato ilícito. "De outra parte, não é possível ampliar o alcance da norma prevista no art. 3º, inciso VI, do mesmo diploma legal, para afastar a impenhorabilidade de bem de família em caso de indenização por ilícito civil, desconsiderando a exigência legal expressa de que haja 'sentença penal condenatória'" (REsp 711889/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010). 2. Agravo interno desprovido.* (STJ, AgInt no REsp 1619189/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016) (...) (STJ, REsp 1818992, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07/08/2019).

Quanto a preservação da penhora para fazer frente a pensão carece a apelante de interesse de recorrer porque, como dito pelo juízo singular, *"(...) o cumprimento de sentença em relação ao qual foram opostos os presentes embargos tem por objeto condenação do devedor ao pagamento de indenização por danos morais, não se enquadrando nas hipóteses de inoponibilidade previstas no art. 3º da mencionada lei"* (f. 152).

No mesmo sentido:

> *APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ATO ILÍCITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA ESFERA CÍVEL – IMPENHORABILIDADE*

1 **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 533. v. VI

DO BEM DE FAMÍLIA – OPONIBILIDADE DO INCISO VI DO ART. 3º DA LEI Nº 8.009/90 NÃO APLICÁVEL AO CASO – PRESERVAÇÃO DA PENHORA EM RELAÇÃO À PENSÃO – MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NESTE PROCESSO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PARA RECORRER – RECURSO CONHECIDO EM PARTE; NA PARTE CONHECIDA DESPROVIDO. (TJMS. Apelação Cível nº 0827246-66.2016.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 21/08/2019, p: 22/08/2019)

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Os honorários, arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais), ficam majorados para R$ 1.000,00 (mil reais), pelo trabalho recursal, nos termos do § 11 do art. 85, CPC, suspensa a exigibilidade conforme dispõe o § 3º do art. 98, CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e na parte conhecida negaram provimento, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0801079-77.2019.8.12.0010 - Fátima do Sul

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSTALAÇÃO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – ENERGIA RURAL – PROGRAMA LUZ PARA TODOS – UNIVERSALIZAÇÃO DO SISTEMA – CUSTOS DA INSTALAÇÃO A CARGO DE RECURSOS DO GOVERNO FEDERAL EM PARCERIA COM AS CONCESSIONÁRIAS – IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DOS GASTOS CORRELATOS À CONSUMIDORA – DIREITO À GRATUIDADE DA INSTALAÇÃO ASSEGURADO PELO ART. 40, *CAPUT*, DA RESOLUÇÃO Nº 414/2010 DA ANEEL – *ASTREINTE* – *QUANTUM* E LIMITAÇÃO TEMPORAL ADEQUADOS – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE ATENDIDOS – PRAZO EXÍGUO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – SOLICITAÇÃO DE INSTALAÇÃO REALIZADA PELA AUTORA HÁ MAIS DE UM ANO – NECESSIDADE DE COMPELIR A CONCESSIONÁRIA AO CUMPRIMENTO DAS REGRAS ESTABELECIDAS PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA – CONSUMIDORA QUE NÃO PODE FICAR A MERCÊ DA CONCESSIONÁRIA PARA QUE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS SEJAM ADOTADAS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O programa "Luz para Todos", instituído pelo Decreto nº 4.873/2003, com escopo de universalizar a eletrificação em domicílios, estabelecimentos comerciais e no meio rural, é custeado com recursos oriundos do Governo Federal, por meio da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), agentes executores (concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica), por meio de recursos próprios ou oriundos de financiamento contraído junto à CEF, sem ônus para o consumidor.

Pela prova produzida a tese da concessionária não se sustenta, já que o oficial analista constatou que não se está diante de eletrificação de empreendimento habitacional para fins urbanos, mas sim de sistema de distribuição de energia elétrica em local onde há apenas duas residências, localizadas na zona rural, encontrando-se o poste de energia mais próximo distante 60 (sessenta) metros da entrada do imóvel, fazendo jus a autora, portanto, à gratuidade da instalação, conforme prevê o art. 40, *caput*, da Resolução n. 414/2010 da Aneel.

A *astreinte* não tem caráter punitivo, mas coercitivo, cuja intenção é coagir àquele a quem foi imposta uma obrigação a cumpri-la e não puni-lo pelo descumprimento. Assim, adequada a imposição de multa cominatória, vez que tanto o *quantum* quanto a limitação temporal estão em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como se afigura pertinente o exíguo prazo para cumprimento da obrigação. Isto porque, a medida visa assegurar a eficácia da decisão judicial que determinou à concessionária a instalação do sistema de distribuição de energia elétrica, não podendo a autora ficar a mercê da ré adotar as providências cabíveis para tanto quando lhe parecer mais conveniente, em especial se levado em consideração que o pedido foi apresentado à concessionária em dezembro de 2017.

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

Campo Grande, 19 de novembro de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S/A apela da sentença (f. 101-109) proferida na ação de obrigação de fazer ajuizada por Gisele Dias de Lima, que tramitou na 1ª vara de Fátima do Sul.

A autora é proprietária de imóvel localizado no distrito de Culturama, situado em local que não recebe energia elétrica, já que a distribuição não se estendeu até sua residência. Solicitou junto à ré a continuação da instalação do sistema de distribuição até sua rua, sendo informada que, para tanto, teria que arcar com os custos correlatos, no valor de R$ 12.423,20 (doze mil, quatrocentos e vinte e três reais e vinte centavos).

Com a presente ação, busca a autora que a concessionária ré realize as obras necessárias para instalação de distribuição de energia elétrica até sua residência, sem cobrança de qualquer custo.

O pedido foi julgado procedente, para condenar a concessionária à obrigação de fazer, consistente na instalação da rede elétrica no imóvel de propriedade da autora, à suas expensas, no prazo de até 15 (quinze) dias úteis, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada a 60 (sessenta) dias. Na sentença, foi concedida a tutela de urgência de natureza antecipada. A ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões (f. 117-127), alega a apelante que a matéria posta *sub judice* trata de ligação nova em terreno com múltiplas unidades consumidoras, cujo regramento específico é normatizado pela Resolução Aneel nº 414/2010.

Aduz que o fundamento do qual lançou mão o juízo *a quo* não é aplicável ao caso concreto, pois se trata de obra de grande porte, bem como envolve diversos procedimentos a serem adotados pela concessionária, não lhe sendo possível efetuar a ligação de forma irregular.

Pondera que apesar do oficial analista que realizou constatação *in loco* ter certificado que não se trata de condomínio, afastando a tese da apelante neste sentido, já que existem apenas duas residências no local, na sentença foi ignorado que a solicitação entregue à concessionária indica que a obra se refere a múltiplas unidades consumidoras.

Diante deste contexto, indica a concessionária que se aplicam ao caso concreto os artigos 42 e 43 da Resolução 414/2010 da Aneel, que dispõe que em se tratando de empreendimentos habitacionais para fins urbanos, é de responsabilidade exclusiva do interessado o custeio das obras realizadas a seu pedido.

Acredita a apelante que sua recusa em realizar a instalação de energia elétrica na residência da autora está amparada pela legislação de regência, já que esta não ostentaria o direito de gratuidade na ligação, tratando-se de empreendimento particular cujas características autorizam a participação financeira por parte do solicitante.

Caso mantida a obrigação de fazer, questiona a concessionária o prazo que lhe foi ofertado para o cumprimento da obrigação, assim como a multa cominatória estabelecida, destacando que o art. 34 da Resolução 414/2010 da Aneel lhe assegura o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para dar início às obras de ligação.

Indica a necessidade de, no mínimo, 90 (noventa) dias para a completa ligação da energia elétrica, solicitando, também, a redução do valor atribuído à multa, por considerar que o *quantum* estipulado implica em enriquecimento sem causa.

Requer provimento do recurso, para que o pedido seja julgado improcedente. Caso mantida a condenação, pede que o prazo para execução da obra seja ampliado para 90 (noventa) dias, bem como para a multa cominatória seja revogada ou, ao menos, tenha seu valor reduzido.

Contrarrazões às f. 146-154.

VOTO (EM 05/11/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S/A apela da sentença (f. 101-109) proferida na ação de obrigação de fazer ajuizada por Gisele Dias de Lima, que tramitou na 1ª vara de Fátima do Sul.

A autora é proprietária de imóvel localizado no distrito de Culturama, situado em local que não recebe energia elétrica, já que a distribuição não se estendeu até sua residência. Solicitou junto à ré a continuação da instalação do sistema de distribuição até sua rua, sendo informada que, para tanto, teria que arcar com os custos correlatos, no valor de R$ 12.423,20 (doze mil, quatrocentos e vinte e três reais e vinte centavos).

Com a presente ação, busca a autora que a concessionária ré realize as obras necessárias para instalação de distribuição de energia elétrica a sua residência, sem cobrança de qualquer custo.

O pedido foi julgado procedente, para condenar a concessionária à obrigação de fazer, consistente na instalação da rede elétrica no imóvel de propriedade da autora, às suas expensas, no prazo de até 15 (quinze) dias úteis, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada a 60 (sessenta) dias. Na sentença, foi concedida a tutela de urgência de natureza antecipada. A ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões (f. 117-127), alega a apelante que a matéria posta *sub judice* trata de ligação nova em terreno com múltiplas unidades consumidoras, cujo regramento específico é normatizado pela Resolução Aneel nº 414/2010.

Aduz que o fundamento do qual lançou mão o juízo *a quo* não é aplicável ao caso concreto, pois se trata de obra de grande porte, bem como envolve diversos procedimentos a serem adotados pela concessionária, não lhe sendo possível efetuar a ligação de forma irregular.

Pondera que apesar do oficial analista que realizou constatação *in loco* ter certificado que não se trata de condomínio, afastando a tese da apelante neste sentido, já que existem apenas duas residências no local, na sentença foi ignorado que a solicitação entregue à concessionária indica que a obra se refere a múltiplas unidades consumidoras.

Diante deste contexto, indica a concessionária que se aplicam ao caso concreto os artigos 42 e 43 da Resolução 414/2010 da Aneel, que dispõe que em se tratando de empreendimentos habitacionais para fins urbanos, é de responsabilidade exclusiva do interessado o custeio das obras realizadas a seu pedido.

Acredita a apelante que sua recusa em realizar a instalação de energia elétrica na residência da autora está amparada pela legislação de regência, já que esta não ostentaria o direito de gratuidade na ligação, tratando-se de empreendimento particular cujas características autorizam a participação financeira por parte do solicitante.

Caso mantida a obrigação de fazer, questiona a concessionária o prazo que lhe foi ofertado para o cumprimento da obrigação, assim como a multa cominatória estabelecida, destacando que o art. 34 da Resolução 414/2010 da Aneel lhe assegura o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para dar início às obras de ligação.

Indica a necessidade de, no mínimo, 90 (noventa) dias para a completa ligação da energia elétrica, solicitando, também, a redução do valor atribuído à multa, por considerar que o *quantum* estipulado implica em enriquecimento sem causa.

Requer provimento do recurso, para que o pedido seja julgado improcedente. Caso mantida a condenação, pede que o prazo para execução da obra seja ampliado para 90 (noventa) dias, bem como para a multa cominatória seja revogada ou, ao menos, tenha seu valor reduzido.

Contrarrazões às f. 146-154.

Admissibilidade recursal

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e está preparado, conforme se infere dos documentos de f. 128-130.

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

Mérito

Alega a concessionária apelante que a autora não faria jus à gratuidade na ligação da energia elétrica na sua residência, tendo em vista que não se trata de unidade consumidora individual, mas sim de empreendimento particular, referindo-se à múltiplas unidades consumidoras.

Sem razão a recorrente.

Isto porque, conforme se infere de f. 73-74, o oficial analista realizou aferição *in loco* no imóvel de propriedade da autora, constatando o que segue:

> *"(...) A autora (...) me informou que reside no local há cerca de um ano e cinco meses. Sua casa possui dois quartos, sala, cozinha e banheiro, com área na lateral. Ali reside com seu esposo (...) e mais quatro filhos menores. Sua casa é de alvenaria, sem reboco, coberta com telhas de fibrocimento e 8 mm, com aproximados 70 metros quadrados de construção. No local há somente outra residência, ao lado da sua, localizada no mesmo terreno. O imóvel fica na última rua da cidade (...). O poste de energia mais próximo de sua residência está a 60 metros de distância da entrada do imóvel. (...)."* (f. 73)

Apesar da concessionária afirmar em suas razões de apelação que a solicitação lhe foi entregue indica que a obra se refere a múltiplas unidades consumidoras, tal alegação não se sustenta, tendo em vista que os registros fotográficos de f. 74-79, feitos pelo oficial analista, não deixam dúvidas de que no local há somente outra residência, conforme informação da certidão de constatação positiva acima transcrita.

Deste modo, evidente que a hipótese *sub judice* se subsume perfeitamente à previsão do art. 40, *caput*, da Resolução n. 414/2010 da Aneel, que dispõe que: "*A distribuidora deve atender, gratuitamente, à solicitação de fornecimento para unidade consumidora, localizada em propriedade ainda não atendida, cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW*."

Não há qualquer justificativa plausível para que a concessionária pretenda transferir à consumidora o custo de R$ 12.423,20 (doze mil, quatrocentos e vinte e três reais e vinte centavos), já que em situações como a presente a responsabilidade pelas obras de ligação da energia elétrica são estão a cargo da distribuidora.

Ademais, a obrigação da concessionária de instalar rede elétrica no imóvel de propriedade da autora, arcando com os gastos correlatos, decorre até mesmo do Programa Luz para Todos. Consta do Manual de Operacionalização editado pelo Governo Federal, indicado no Decreto nº 8.387/2014, que:

"A antecipação do Processo de Universalização teve seu início marcado com a edição do Decreto no 4.873, de 11 de novembro de 2003, que instituiu o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - "Luz para Todos".

O Programa foi concebido como instrumento de desenvolvimento e inclusão social, pois, de acordo com o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em 2000 existiam dois milhões de domicílios rurais não atendidos pela Prestação dos Serviços de Energia Elétrica. Ou seja, aproximadamente dez milhões de brasileiros viviam, no meio rural, sem acesso a esse Serviço Público, sendo que cerca de noventa por cento dessas famílias possuíam renda inferior a três salários mínimos.

Em sua Primeira Etapa, o Programa teve como objetivo levar energia elétrica, até o ano de 2008, àqueles domicílios rurais identificados pelo IBGE. No entanto, durante a Execução do Programa, novas famílias foram localizadas sem Energia Elétrica em suas Residências, o que resultou na edição do Decreto n o 6.442, de 25 de abril de 2008, ampliando-se, portanto, os objetivos no caminho à erradicação da exclusão elétrica e prorrogando-se o prazo inicial para o final do ano de 2010.

Posteriormente, por meio do Decreto nº 7.324, de 5 de outubro de 2010, o Governo Federal assegurou a prorrogação do prazo de Execução das Ligações destinadas ao atendimento em energia elétrica, até 31 de dezembro de 2011, tão somente com o objetivo de garantir a finalização das Obras Contratadas ou que estivessem em Processo de Contratação até 30 de outubro de 2010.

O Programa teve a Meta Original de dois milhões de ligações, atendida em maio de 2009, beneficiando dez milhões de pessoas. Com a prorrogação do Programa para 2010, a nova Meta foi estabelecida em dois milhões, novecentos e sessenta e cinco mil, novecentos e oitenta e oito domicílios.

Não obstante os significativos resultados observados na Execução das Metas Fixadas, novas demandas surgiram, em sua maioria, localizadas nas Regiões Norte e Nordeste do País, que já apresentavam os maiores índices de exclusão elétrica à época do lançamento do Programa em 2003. Além das dificuldades de logística para a Execução das Obras, as citadas Regiões concentram, dentre outras, parcela significativa da população contemplada no Plano Brasil Sem Miséria, do Programa Territórios da Cidadania e Minorias Sociais, tais como: Quilombolas, Indígenas e Comunidades localizadas em Reservas Extrativistas e em Áreas de Empreendimentos do Setor Elétrico, cuja responsabilidade não esteja definida para o Executor do Empreendimento.

Assim, visando o atendimento dessa demanda, o Decreto n o 7.520, de 8 de julho de 2011, instituiu o Programa "Luz para Todos" para o período de 2011 a 2014, sendo prorrogado pelo Decreto n o 8.387, de 30 de dezembro de 2014, até o ano de 2018.

Até agosto de 2015, foram atendidos mais de 3,2 milhões de domicílios, beneficiando mais de 15,5 milhões de pessoas na área rural, resultado que credencia o "LUZ PARA TODOS" como o Programa de Inclusão Elétrica mais ambicioso do mundo.

O Decreto nº 7.520 também foi alterado pelo Decreto no 8.493, de 15 de julho de 2015, com a introdução do artigo 1o -B, estabelecendo que os atendimentos às Regiões Remotas dos Sistemas Isolados deverão ser contratados pelo Programa "Luz para Todos", aplicando-se os regramentos adotados para os Contratos firmados no âmbito do Sistema Interligado Nacional - SIN.[1]"

Trata-se, portanto, de programa social, ambicioso e austero, visando levar aos munícipes esse benefício. E por assim ser, ainda no manual, aprovado por resolução do órgão regulador, estabelece que: "*Os Recursos necessários ao desenvolvimento do Programa virão do Governo Federal, por meio da CDE*

1 https://www.mme.gov.br/luzparatodos/downloads/manual_de_mperacionalizacao_do_programa_luz_para_todos_2015_2018.pdf

(Conta de Desenvolvimento Energético), dos Agentes Executores - Concessionárias e Permissionárias de Distribuição de Energia Elétrica, por meio de Recursos Próprios ou Oriundos de Financiamento contraído junto à CAIXA."

Desta forma, ao contrário do alegado pela ré-apelante, não há se falar que a construção ficaria a cargo da consumidora, mas sim do Governo Federal e da concessionária de energia elétrica, sendo relevante destacar que conforme se infere do contrato de compra e venda do imóvel que instruiu a inicial (f. 11-13), a residência da autora está localizada em parte do lote rural n. 38, da quadra 60, do Município de Fátima do Sul, situando-se, portanto, em zona rural, o que se constata até mesmo pelos registros fotográficos acima mencionados.

Os seguintes julgados corroboram esta compreensão:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ENERGIA RURAL – PROGRAMA GOVERNAMENTAL DENOMINADO 'LUZ PARA TODOS' – UNIVERSALIZAÇÃO DO SISTEMA – PRAZO FIXADO EM RESOLUÇÃO HOMOLOGATÓRIA – IRRELEVANTE, QUANDO JÁ EXISTENTE AMPLIAÇÃO NO LOCAL – (...) – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O prazo previsto na Resolução Homologatória da ANEEL n. 1992/2015, para atendimento do programa Luz para Todos, instituído pelo Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003 com escopo de universalizar a eletrificação em domicílios, estabelecimentos comerciais e no meio rural é custeado com recursos oriundos do governo federal, por meio da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), agentes executores (concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica), por meio de recursos próprios ou oriundos de financiamento contraído junto à CEF, sem ônus para o consumidor, não foi empecilho para a instalação nos imóveis vizinhos. (...)"* (TJMS. Apelação Cível n. 0802530-94.2015.8.12.0005, Aquidauana, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 07/02/2019, p: 08/02/2019).

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL – ENERGIA RURAL – PROGRAMA GOVERNAMENTAL DENOMINADO 'LUZ PARA TODOS' – UNIVERSALIZAÇÃO DO SISTEMA – CUSTOS DA INSTALAÇÃO A CARGO DE RECURSOS DO GOVERNO FEDERAL EM PARCERIA COM AS CONCESSIONÁRIAS – PRAZO FIXADO EM RESOLUÇÃO HOMOLOGATÓRIA PARA DEZEMBRO/2016 COMO SENDO O MÁXIMO PARA A UNIVERSALIZAÇÃO E NÃO PARA INÍCIO DAS OBRAS – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ASSINALADO NA SENTENÇA – COMPATÍVEL – CONSIDERÁVEL TEMPO DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO – DANOS MORAIS INDEVIDOS – MERO ABORRECIMENTO – RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. O programa Luz para Todos, instituído pelo do Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003 com escopo de universalizar a eletrificação em domicílios, estabelecimentos comerciais e no meio rural é custeado com recursos oriundos do governo federal, por meio da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), agentes executores (concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica), por meio de recursos próprios ou oriundos de financiamento contraído junto à CEF, sem ônus para o consumidor. O prazo para cumprimento da obrigação de fazer, 30 dias contados da data do trânsito em julgado da sentença, não é exíguo, em razão do tempo de duração do processo, desde o ano de 2012, corroborado pelo fato da ANEEL, através de Resolução Homologatória n. 1.992/2015, ter fixado prazo máximo para alcance da universalização no município onde se localiza a propriedade do autor, para o mês de dezembro/2016. Não há dano moral pelo fato da concessionária de energia elétrica retardar a ampliação da eletrificação rural pretendida pelo autor, o qual, inclusive, beneficia-se do bem da vida em parceria com vizinho."* (TJMS. Apelação Cível n. 0800252-23.2012.8.12.0039, Pedro Gomes, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 06/12/2016, p: 07/12/2016).

Não há se falar, ainda, na exiguidade do prazo para o cumprimento da obrigação, porque o documento de f. 15-16 indica que a solicitação foi feita pela autora à concessionária em dezembro de 2017, tendo esta se recusado à realização das obras para adequação do sistema de distribuição de energia em março de 2018.

Igualmente pertinente a multa cominatória fixada pelo juízo *a quo*, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada a 60 (sessenta) dias, tendo em vista que a concessionária ré está se recusando de forma injustificada ao cumprimento do art. 40, *caput*, da Resolução n. 414 da Aneel há aproximadamente 01 (um) ano e 07 (sete) meses, competindo-lhe, agora, arcar com as consequências de sua postura manifestamente ilegal.

Levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, a multa arbitrada guarda obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como forma de compelir o a concessionária ré a promover a imediata instalação da rede elétrica no imóvel de propriedade da autora.

Isto porque, a autora é manifestamente hipossuficiente em relação à concessionária de energia elétrica, tanto no aspecto técnico, quanto no financeiro, razão pela qual se justifica o arbitramento de multa, de modo a compelir a ré ao adequado cumprimento da obrigação que lhe foi imposta na sentença.

A consumidora não pode ficar à mercê da boa vontade da concessionária em adotar as providências cabíveis para a instalação da rede elétrica no imóvel de sua propriedade. Levando-se em consideração que o juízo *a quo* observou os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade para o arbitramento, tenho que tanto o *quantum*, quanto a limitação temporal imposta devem ser mantidos.

O princípio da proporcionalidade recomenda que sempre que haja poderes que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, o órgão jurisdicional deve atuar segundo o princípio da justa medida, quer dizer, adotando, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos.

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade - ou razoabilidade - é um parâmetro de valoração dos atos de Estado para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. É razoável ou proporcional o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

O juízo *a quo*, ao impor a multa cominatória e fixar prazo exíguo para o cumprimento da obrigação, o fez em conformidade com os critérios ora discutidos. A manutenção da medida nos exatos termos em que foi arbitrada, sem qualquer modificação do *quantum*, da limitação e do prazo para cumprimento da obrigação, é levada a efeito para reforçar seu caráter pedagógico, sem prejuízo, ressalte-se, de que o juízo *a quo* adote medidas coercitivas outras que se afigurem pertinentes e eficazes na hipótese *sub judice*, ressalva esta, inclusive, consignada na sentença.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 11, CPC.

Conclusão de julgamento adiada para o dia 19-11, em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Alexandre), após o relator negar provimento ao recurso. o 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 19/11/2019)

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

Pedi vista para melhor analisar as provas dos autos, concluindo por acompanhar o nobre Relator.

Isso porque restou demonstrado que a residência da autora/recorrida está localizada em zona rural, com constatação *in loco* feito por oficial de justiça que rebatem as argumentações da recorrente quanto às múltiplas unidades consumidoras.

Ademais, somada a hipossuficiência da recorrida, há previsão na Resolução 414/2010 da Aneel, que garante a gratuidade no atendimento da concessionária quando solicitado o fornecimento cuja carga seja menor ou igual a 50KW.

Diante disso, acompanho o nobre Relator para conhecer e negar provimento ao recurso interposto por Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S/A.

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

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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, 19 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0802717-05.2015.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C REPARAÇÃO MORAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – POSTO DE COMBUSTÍVEL – VENDA A CRÉDITO PARA CLIENTE – EMISSÃO DE NOTA POR EX-EMPREGADO, FALSIFICANDO ASSINATURA DE CLIENTE DO POSTO – LANÇAMENTO DE ASSINATURA FALSA DO CLIENTE PELO FRENTISTA, NAS NOTAS RESPECTIVAS – RESSARCIMENTO AO CLIENTE PELA PESSOA JURÍDICA – DIREITO DE REGRESSO – DANO MORAL CONSTATADO – HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA COLOCADA EM RISCO POR ATO IMPENSADO DO EX-FUNCIONÁRIO, INCLUSIVE COM REPERCUSSÃO POLICIAL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O juiz é o destinatário das provas. Convencendo-se aquele de estar o processo com subsídios suficiente para formar sua convicção, não há falar em cerceamento de defesa.

Ocasiona abalo moral à empresa o fato de ex-funcionário ter falsificado nota de clientes, para tirar proveito indevido, o que, mormente em cidades de porte médio, gera repercussão negativa quanto ao bom nome da empresa e sua prestação de serviço, principalmente levando-se em conta que o fato redundou de apuração em inquérito policial.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de dezembro de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Sediclei Jordão Drews apela da sentença que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada pelo Posto Nossa Senhora de Fátima Ltda. e lhe condenou a pagar R$ 5.424,28, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção pelo IGPM desde o ajuizamento da ação, além de reparação moral, no importe de R$ 10.000,00, com juros de mora de 1% ao mês do evento danoso e correção monetária pelo IGPM da sentença.

Alega cerceamento de defesa em razão de o juiz proferir sentença sem lhe permitir produzir prova testemunhal e pericial.

No mérito a pretensão de reforma da sentença está circunscrita a reparação anímica.

Diz o apelante que não houve exposição e mácula ao bom nome da empresa, devendo-se excluir a condenação e, se o entendimento for obtuso, que seja reduzido o montante para não gerar enriquecimento sem causa da apelada.

Sem contrarrazões (f. 156).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Sediclei Jordão Drews apela da sentença que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada pelo Posto Nossa Senhora de Fátima Ltda e lhe condenou a pagar R$ 5.424,28, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção pelo IGPM desde o ajuizamento da ação, além de reparação moral, no importe de R$ 10.000,00, com juros de mora de 1% ao mês do evento danoso e correção monetária pelo IGPM da sentença.

Alega cerceamento de defesa em razão de o juiz proferir sentença sem lhe permitir produzir prova testemunhal e pericial.

No mérito a pretensão de reforma da sentença está circunscrita a reparação anímica.

Diz o apelante que não houve exposição e mácula ao bom nome da empresa, devendo-se excluir a condenação; se o entendimento for obtuso, que seja reduzido o montante para não gerar enriquecimento sem causa da apelada.

Sem contrarrazões (f. 156).

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, procedimento que ora passo a exercer.

O recurso é tempestivo. Sem preparo em razão de o apelante sob o pálio da gratuidade da justiça. Presentes estes requisitos, recebo a apelação nos efeitos devolutivos e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Preliminar - cerceamento de defesa

A autora narrou na inicial que o réu nos meses de abril e maio/2013, exercente da atividade de frentista valeu-se da *"(...) oportunidade de receber o dinheiro dos clientes, falsificou diversas notas fiscais relativas a abastecimentos feitos por Felipe Cicalise Proença, apondo de próprio punho assinatura que seria do referido cliente"* (f. 2).

Salientou que seu cliente efetuava pagamento de consumo de combustível mensal e, percebendo exagero no valor, consultou as notas fiscais expedidas e notou que as assinaturas nelas exaradas não partiram de seu punho.

Para apurar a autoria e materialidade instaurou-se inquérito policial impulsionado pelo cliente e nele realizou perícia grafotécnica, concluindo o especialista *"(...) que as assinaturas apostas nas notas fiscais de venda de combustíveis não eram de Felipe Cicalise Proença mas sim de autoria do réu"* (f. 3).

Pugnou indenização material, R$ 5.424,28, e extrapatrimonial, em razão dos constrangimentos provenientes da conduta ilícita do réu quando exercia atividade na empresa.

Com a defesa do réu, indagou o juiz das partes sobre produção de provas. A autora manifestou interesse na testemunhal (f. 98-99); o réu, além da testemunhal, o exame grafotécnico (f. 101).

Sobre a prova pericial decidiu o juiz:

"Considerando que o CPC/15, em seu art. 372, admite a prova produzida em outro processo, com valor adequado e, pelo princípio da economia processual, desnecessária a realização da perícia requerida à f. 101, vez que tal perícia, conforme consta da inicial, já foi realizada durante a investigação criminal que se encontra no bojo da ação penal nº 0003112-64.2014, promovida pelo MP em face do ora executado, em tramite no juízo criminal desta comarca.

Oficie-se ao juízo criminal desta comarca solicitando cópia do laudo pericial grafotécnico acima mencionado.

Após, manifestem-se as partes em 15 dias.

Em sendo necessário será designada audiência de instrução e julgamento.

Às providências. (f. 102)".

Os litigantes dela foram intimados e não opuseram resistência, juntando-se o laudo às f. 118-132.

Na sentença o juiz registrou o julgamento antecipado porque "(...*) a questão de mérito, embora de fato e de direito, prescinde da produção de provas em audiência".*

Eis a razão do réu difundir cerceamento de defesa.

O faz, porém, sem razão.

O julgamento antecipado da lide, por si só, não configura cerceamento de defesa. Esse entendimento é pautado na temática de que, havendo nos autos material probatório suficiente à formação do convencimento do julgador, deve adotar tal procedimento.

O preceito legal é imperativo, e não facultativo. O art. 335 do CPC dispõe a respeito de forma contundente, veja-se: *"O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas*", não incorrendo as partes em manifesto prejuízo.

Sendo as provas destinadas à formação da convicção do julgador e entendendo ele que as existentes nos autos trazem elementos suficientes para o mister, andou bem em adotar o procedimento preconizado no regramento processual.

Neste sentido veja-se precedentes deste Tribunal, que reforçam a tese exposta, veja-se:

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – AFASTADA – MÉRITO – FRAUDE À EXECUÇÃO – CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO CELEBRADO APÓS INSCRIÇÃO DO DEVEDOR EM DÍVIDA ATIVA – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE FRAUDE – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375 DO STJ – APLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL, QUE SE SOBREPÕE AO REGIME DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE PENHORA APENAS SOBRE OS DIREITOS ADVINDOS DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. ***Não há cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide quando o julgador entende que o conjunto probatório dos autos é suficiente à formação de sua convicção*** *e, notadamente, quando a prova cuja produção se pretende afigura-se inútil a emprestar ao feito solução jurídica distinta. (...).*" (TJMS. Apelação n. 0001460-49.2015.8.12.0046, Chapadão do Sul, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 31/01/2017, p: 01/02/2017).

"APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – INSCRIÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO

> *– DANOS MORAIS – NÃO CONFIGURADOS – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS EM SEDE RECURSAL. (...) 2. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o julgador entender substancialmente instruído o processo, declarando a prescindibilidade de dilação probatória por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente. (...)".* (TJMS. Apelação n. 0801956-22.2016.8.12.0010, Fátima do Sul, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 16/08/2017, p: 21/08/2017).

Além do mais, vê-se da contestação que em relação aos materiais o apelante se restringiu em abordar que a prova pericial produzida no inquérito policial não propicia o contraditório. Todavia, quando a prova foi requisitada e juntada neste processo, o réu, intimado, como recomenda a parte final do art. 372 do CPC, nenhuma censura a ela fez. Assim, aceitou como válida a prova pericial feita no inquérito policial.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa.

Mérito

O ponto controvertido no recurso é a indenização moral. Diz o réu que não há mácula no nome da empresa autora.

Segundo o apelante seria ele devido caso o nome do apelado fosse maculado o que não ocorreu na espécie, não passando a situação de mero aborrecimento.

As provas dos autos revelam o oposto do ponto de vista defendido pelo apelante.

Esta espécie de reparação moral, como é cediço, caracteriza-se quando presentes estão os seguintes elementos: a) o ato; b) o dano; c) nexo de causalidade entre o ato e o dano; e d) o dolo ou a culpa do agente causador do dano. E estes se fazem presentes ao caso, inclusive, com provas.

A respeito pontuou o juízo singular:

> *"A ação do requerido que deliberadamente falsificou assinaturas em notas fiscais do requerente é abusiva e extrapola os limites do que se conhece como mero aborrecimento*
>
> *O prejuízo, a meu ver, está caracterizado pela comprovada falsificação das assinaturas feitas pelo requerido, o que configura o chamado dano in re ipsa.*
>
> *O nexo de causalidade entre a ação e o prejuízo está claro, pois restou comprovado que foi o requerido que falsificou as assinaturas.*
>
> *O elemento subjetivo, por sua vez, também está presente, vez que o requerido realizou as falsificações por livre vontade, restando presente a conduta dolosa.*
>
> *Desta forma, considerando a exposição do nome da empresa requerente, o caráter pedagógico da indenização, a capacidade financeira do requerido e, por fim, a necessidade de reparação justa dos prejuízos morais sofridos sem que isso se traduza em enriquecimento sem causa, arbitro a indenização no valor de R$ 10.000,00 por entender como justa e suficiente para mitigar os prejuízos sofridos pelo requerente e servir como punição ao requerido.* (f. 139)".

Não há como acolher a pretensão do apelante.

É inegável o abalo ao bom nome da empresa com a prática do ato impensado do seu ex-funcionário.

Segundo se depreende do acordo firmado entre cliente e apelado, há mais de 8 anos o ex-funcionário efetuava abastecimento de veículos daquele e no início de cada mês o cliente efetuava o pagamento com base nas notas assinadas que lhes eram apresentadas. E se assim procedeu, até que foi pego de sobressalto com valor excessivo, oriundo da falsificação de sua assinatura.

Conquanto a pessoa jurídica não seja contemplada com dano moral subjetivo - mas o objetivo -, é evidente a presença e prova do dano subjetivo a partir do momento em que houve quebra de confiança do cliente a ponto de registrar boletim de ocorrência sobre o ocorrido e instaurar inquérito policial. Há mácula incontestável ao bom nome da empresa, ao seu conceito projetado na sociedade.

A propósito julgados a respeito:

> *"(...) Dano moral in re ipsa. Nexo de causalidade.* ***Pessoa jurídica vítima de dano moral. Abalo a sua imagem e reputação no mercado****. Indenização fixada em R$ 7.000,00 (sete mil reais) que deve ser majorada para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Recurso da ré improvido. Recurso adesivo da autora provido".* (TJSP; APL 1004352-30.2016.8.26.0161; Ac. 9943674; Diadema; Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. J. B. Franco de Godoi; Julg. 26/10/2016; DJESP 09/11/2016).

> *"COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS. TÍTULO EMITIDO DEVIDAMENTE QUITADO NA DATA DO VENCIMENTO. PROTESTO ULTERIOR INDEVIDO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS.* ***PESSOA JURÍDICA VÍTIMA****. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 227/STJ. INDENIZAÇÃO ARBITRADA COM RAZOABILIDADE. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. SENTENÇA CORRETA, ORA CONFIRMADA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Apelação desprovida."* (TJSP; APL 0000134-67.2009.8.26.0404; Ac. 7788300; Orlândia; Décima Primeira Câmara Extraordinária de Direito Privado; Rel. Des. Edgard Rosa; Julg. 20/08/2014; DJESP 03/09/2014).

Sobre o arbitramento do dano moral, também censurado pelo apelante, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavalieri Filho[1]:

> *"Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."*

A respeito do tema, oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz[2]:

> *"Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência."*

Levando em conta tais critérios, convenci-me da retidão da sentença. A repercussão que a ação, dolosa do apelante diga-se de passagem, causou ao apelado é deveras acentuada. Trata-se de quebra de confiança entre fornecedor e consumidor e o valor arbitrado, R$ 10.000,00 (dez mil reais) atinge seu objetivo: recompensar o abalo comercial do apelado e punir o ofensor que, segundo se depreende dos autos, desfrutava de confiança no local de trabalho tanto pelo apelado como pelos clientes.

1 **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

2 **Curso de direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 78/79. 7 v.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Em razão do desprovimento do recurso os honorários ficam majorados de 10% para 12% sobre o valor atualizado da condenação, conforme o § 11 do art. 85, CPC, suspensa a exigibilidade por ser o apelante beneficiário da gratuidade da justiça, salvo prova em contrário a ser feita na fase de cumprimento da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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, 3 de dezembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0070980-47.2009.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – AUTOR QUE FOI CONDUZIDO À DELEGACIA DE POLÍCIA EM RAZÃO DE IRREGULARIDADE NA PLACA DO VEÍCULO – EMPLACAMENTO INCORRETO – SERVIÇO TERCEIRIZADO DISPONIBILIZADO PELA CONCESSIONÁRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA PELOS SERVIÇOS PRESTADOS EM SUAS DEPENDÊNCIAS – CONDUTA ILÍCITA DO DETRAN/MS NÃO VERIFICADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MAJORADO – CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IGPM/FGV – JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS – RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA RÉ DESPROVIDO.

Há responsabilidade civil objetiva da loja que ofertou a venda do veículo com o emplacamento feito no próprio estabelecimento, ainda que se trate de serviço terceirizado.

Na situação específica, para fins da quantificação da indenização por dano moral há que se considerar o tempo em que os autores ficaram privados do uso da motocicleta, já que o fato de ter sido o marido conduzido à delegacia, tal se deu em razão deste não possuir habilitação para conduzir referida moto, não havendo nexo de causalidade entre o ilícito (irregularidade do emplacamento) e o alegado dano (condução coercitiva).

O IGPM/FGV é o índice que melhor recompõe o poder de compra da moeda. Juros de mora de 1% (um por cento ao mês) a contar da citação, por se tratar de relação contratual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso Valdinei Faria Cardena e outro e negar provimento ao apelo de Caiobá Motocicletas e Peças Ltda., nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de novembro de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Valdinei Faria Cardena, Liliane do Carmo Gomes e Caiobá Motocicletas e Peças Ltda. apelam da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta Capital que, na ação de conhecimento de natureza condenatória ajuizada pelos dois primeiros contra o terceiro e também contra o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS, julgou parcialmente procedente a pretensão dos autores a fim de condenar apenas a ré Caiobá ao pagamento de indenização à título de dano moral, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o primeiro autor e R$ 2.000,00 (dois mil reais) para a segunda autora.

Os autores, em suas razões (f. 298-315), defendem que o réu DETRAN/MS também seja responsabilizado, sob fundamento de que o emplacamento incorreto do veículo se deu por sua causa. Pontuam que o *quantum*

indenizatório fixado em sentença é insuficiente e deve ser majorado, sugere o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Subsidiariamente, pleiteia que sob os valores da condenação incida correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

A ré Caiobá, em seu recurso adesivo (f. 355-363), alega que não pode ser responsabilizada por um serviço que não realizou, eis que somente o órgão autorizado poderia realizar o serviço de emplacamento. Aponta a responsabilidade do DETRAN/MS em razão do erro cometido por seus agentes, bem como a não caracterização de dano moral.

Contrarrazões ao recurso dos autores às f. 372-376.

Contrarrazões do DETRAN/MS à ambos os recursos às f. 377-381.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Valdinei Faria Cardena, Liliane do Carmo Gomes e Caiobá Motocicletas e Peças Ltda. apelam da sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta Capital que, na ação de conhecimento de natureza condenatória ajuizada pelos dois primeiros contra o terceiro e também contra o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS, julgou parcialmente procedente a pretensão dos autores a fim de condenar apenas a ré Caiobá Motocicletas e Peças Ltda. ao pagamento de indenização a título de dano moral, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o primeiro autor e R$ 2.000,00 (dois mil reais) para a segunda autora.

Os autores, em suas razões (f. 298-315), defendem que o réu DETRAN/MS também seja responsabilizado, sob fundamento de que o emplacamento incorreto da motocicleta se deu por sua causa. Pontuam que o *quantum* indenizatório fixado na sentença é insuficiente e deve ser majorado, sugere o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Subsidiariamente, pleiteia que sobre os valores da condenação incida correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

A ré Caiobá Motocicletas e Peças Ltda. em seu recurso adesivo (f. 355-363), alega que não pode ser responsabilizada por um serviço que não realizou, já que somente o órgão autorizado poderia realizar o serviço de emplacamento. Aponta a responsabilidade do DETRAN/MS em razão do erro cometido por seus agentes, bem como a não caracterização de dano moral.

Contrarrazões ao recurso dos autores às f. 372-376.

Contrarrazões do DETRAN/MS a ambos os recursos às f. 377-381.

Juízo de admissibilidade

O recurso dos autores é tempestivo e isento do preparo, por se tratar de beneficiários da gratuidade da justiça (f. 40).

O recurso adesivo da ré Caiobá, é tempestivo e está acompanhado do respectivo preparo (f. 364-366).

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo os apelos nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo à respectiva análise.

Em razão da compatibilidade da matéria os recursos serão analisados em conjunto.

Mérito

Da responsabilidade pelo emplacamento incorreto

Ambos os recursos apontam a responsabilidade do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, de modo a lhe atribuir responsabilidade objetiva pelo emplacamento incorreto do veículo, que alegam ter ocorrido por sua culpa.

O conjunto probatório dos autos contraria a tese dos apelantes.

A placa instalada no veículo (HTB-0877) não é adulterada e é semelhante à placa vinculada ao veículo dos autores nos sistemas do DETRAN/MS; contudo, foi instalada no veículo errado, sendo que está cadastrada no Sistema RENAVAM vinculada a um veículo semelhante (chassi 9C2JC30708R112305), em circulação no município de Miranda - MS (f. 166), conforme também consta no sistema do DETRAN/MS (f. 173).

Percebe-se que a todo momento o DETRAN/MS vincula a placa HTK-0877 ao veículo dos autores, em nome de Liliane do Carmo Gomes (f. 157, 171, 191, 197, 198, 199) e a placa HTB-0877 ao veículo em circulação no município de Miranda (f. 173). Logo, não se pode presumir que o departamento forneceu as placas erradas, quando a diferença entre elas é de somente uma letra, que poderiam ser facilmente confundidas no momento da instalação.

A instalação foi realizada pelo SINCOVEMS (Sindicato de Comércio de Veículos de Mato Grosso do Sul), que presta serviços para a Caiobá, instalando as placas que retira no DETRAN/MS nas dependências da própria concessionária (f. 178).

As provas disponíveis aos autos são suficientes para elucidar o ocorrido: o DETRAN/MS forneceu a placa correta ao SINCOVEMS que, no momento da instalação, erroneamente a instalou em outro veículo (diferença de apenas um dígito entre as placas).

Assim pontuou o juízo *a quo* à f. 290:

> *"Dessa forma, pelo que dos autos consta, é nítida a ausência de ato ilícito praticado pelo Detran/MS e seus prepostos, uma vez que não deu origem ao emplacamento com as placas de licença equivocadas, mas sim a ré Caiobá, já que toda a documentação demonstra que a placa vinculada à motocicleta de propriedade dos autores é a HTK-0877, e não a HTB-0877, que pertence a um veículo de Miranda/MS". (f. 173)*

Não há como o DETRAN/MS ter praticado o ato ilícito que alegam os apelantes (emplacamento incorreto do veículo) quando sua participação no caso é limitada ao fornecimento da placa, cuja placa foi retirada e instalada pelo SINCOVEMS.

Ante a ausência de ato ilícito em sua conduta, não há se falar em responsabilidade civil do DETRAN/MS pelo ocorrido.

Há, contudo, dever da apelante Caiobá de indenizar em razão da responsabilidade objetiva que tem pelos serviços prestados pelo SINCOVEMS em suas dependências, porquanto, por comodidade dos clientes, ofertou a venda do veículo com o emplacamento feito na própria loja, oferta esta que certamente é levada em consideração pelos clientes no momento da compra de um veículo, que o fazem sem conhecer que o serviço ofertado o fosse terceirizado. Deve a loja, portanto, indenizar o consumidor, pouco importando se o serviço foi prestado por ela ou pelo SINCOVEMS, sem prejuízo de eventual ação regressiva.

O dever da concessionária de indenizar advém da teoria do risco do empreendimento, consolidada no art. 14 do CDC, que atribui aos fornecedores de serviços a responsabilidade objetiva 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.

Tem-se que o serviço de emplacamento realizado nas dependências da concessionária foi um atrativo para sua clientela, razão pela qual o ofertante é responsável por eventuais vícios de qualidade e prejuízos indevidamente suportados pelo consumidor.

Do dano moral

Verificado o preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, o magistrado *a quo* condenou a ré Caiobá ao pagamento de reparação moral no valor de R$ 5.000,00 (sete mil reais) para o apelante Valdinei, e R$ 2.000,00 (dois mil reais) para a apelante Liliane.

Os autores insurgem-se contra o valor indenizatório fixado, ao argumento de ser ele irrisório. Sugerem o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada apelante. A concessionária Caiobá, em seu recurso adesivo, limita-se a afirmar a inocorrência do dano moral.

No caso, ainda que por outros fundamentos, tenho que a situação experimentada pelos autores de fato caracteriza dano moral.

Consoante a jurisprudência, configura abalo moral indenizável a *"falha na prestação do serviço de emplacamento, em conformidade com a documentação do bem, que acarretou ao autor transtornos que ultrapassam o mero aborrecimento (condução à delegacia, instauração de inquérito policial e realização de perícia técnica para a averiguação da autenticidade das placas do automóvel*[1]*."*

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL. Apelada que foi abordada em comando policial por estar conduzindo veículo supostamente furtado. Constatação posterior de que se tratava de mero erro no emplacamento, o qual foi realizado pelos prepostos da apelante, empresa responsável pela fabricação e lacração de placas no Município de Piracicaba. Falha na prestação do serviço incontroversa. Responsabilidade civil objetiva. Culpa concorrente da vítima não caracterizada. Dever de indenizar configurado. Danos Morais. Ocorrência. A apelada passou por situação vexatória, em virtude do equívoco mencionado. Transtorno vivenciado que ultrapassa os limites do mero aborrecimento. Quantum indenizatório, inclusive, que atende ao princípio da dupla finalidade da reparação. Sentença mantida. Juros de mora. Incidência desde a citação (art. 405, CC/02). Sucumbência. Ônus que deverá ser suportado integralmente pela apelante, ainda que condenada em montante inferior ao pleiteado na petição inicial. Inteligência da Súmula nº 326 do STJ. Recurso não provido."* (TJSP; Apelação Cível 0024733-21.2012.8.26.0451; Relator (a): Rosangela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/08/2018; Data de Registro: 22/08/2018).

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PROCEDIMENTO COMUM – INDENIZAÇÃO – SERVIÇO PÚBLICO – ERRO NO EMPLACAMENTO DE VEÍCULO – DANO MORAL – NEXO DE CAUSALIDADE – RECONHECIMENTO - DEVER DE INDENIZAR. 1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. 2. Erro no emplacamento do veículo, que resultou na apreensão do veículo e instauração de inquérito policial. Autor que se encontrava em viagem. Falha do serviço público demonstrada. Ação administrativa, dano e nexo de causalidade. Reconhecimento. Ausência de causa excludente de responsabilidade. Dever de indenizar. Danos morais cabíveis. Pedido procedente, em parte. Sentença mantida. Recurso desprovido".* (TJSP; Apelação Cível 1009003-13.2016.8.26.0127; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 30/01/2019).

> *"RECURSO–APELAÇÃO CÍVEL–PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS–EMPLACAMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – AÇÃO DE COBRANÇA. Requerentes que tiveram automóvel apreendido por autoridade policial, em razão de confecção de placa de veículo de forma incorreta por empresa do ramo contratada*

1 TJSP; Apelação Cível 1007577-35.2016.8.26.0007; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/01/2018; Data de Registro: 01/02/2018

pelo Detran/SP. Pleito de reparação de danos materiais (custos do emplacamento e retirada do veículo do pátio onde foi depositado após a apreensão) além dos morais. Sentença de parcial procedência da ação com ressarcimento do dano material e reparação dos danos morais suportados pelos adquirentes. Julgamento de improcedência da ação no tocante à Fazenda Pública Estadual. Inconformismo recursal dos requerentes pleiteando a majoração da condenação moral, além da condenação solidária da Fazenda Pública a arcar com o ressarcimento dos danos. Descabimento. Valor da condenação que de denota razoável e em montante suficiente a reparação do abalo psicológico decorrente dos fatos narrados. Ilegitimidade da Fazendo Pública bem decidida no juízo de origem. Majoração da honorária advocatícia (artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil) descabida, tendo em conta que o recurso de apelação foi interposto pela parte vencedora. Procedência parcial. Sentença mantida. Recurso de apelação dos requerentes não provido." (TJSP; Apelação Cível 0005803-96.2010.8.26.0459; Relator (a): Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pitangueiras - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/02/2018; Data de Registro: 22/02/2018).

Quanto ao *quantum* indenizatório, merece destaque os ensinamentos do professor Sérgio Cavalieri Filho[2]:

"Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."

Esses critérios também são observados pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

"A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso". (STJ, RESP 203.755/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, acórdão de 27/4/99).

Com efeito, a indenização relativa ao dano moral deve ser arbitrada com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser ínfima a ponto de não exercer seu caráter pedagógico e nem tão elevada que promova o enriquecimento sem causa da vítima.

Na situação concreta, o *quantum* fixado na sentença é passível de majoração. Há que se levar em consideração que os autores ficaram privados do uso do veículo por tempo considerável.

Contudo, o *quantum* pretendido pelos autores (R$ 20.000,00 – revela-se demasiado) pela circunstância de ter sido o autor conduzido à delegacia de polícia. Isso porque o autor não possuía habilitação para conduzir o veículo (f. 151), caso em que seria conduzido à delegacia ainda que a placa estivesse regular.

A conclusão a que se chega é que o autor também contribuiu para que esses fatos ocorressem, ao não conferir o número da placa com os documentos e, ainda, por circular sem sua CNH.

Ainda que por outros fundamentos, levando em consideração tão somente o repreensivo ato ilícito praticado, que há de ser punido, bem como o tempo que os autores ficaram privados do gozo do veículo de sua propriedade (2 meses), hei por majorar o *quantum* indenizatório para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos autores, totalizando, portanto, R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral ao casal, valor este que bem atende as peculiaridades do caso concreto e que revela-se capaz de reprimir a conduta lesiva, compensando os autores pelo prejuízo sofrido, sem resultar em enriquecimento ilícito.

Dos juros e correção monetária

Sobre o valor de reparação moral arbitrado, o juízo *a quo* determinou a correção monetária pelo índice IPCA-E, com termo inicial a data do arbitramento, e juros de mora de acordo com a remuneração oficial da caderneta de poupança, a contar da citação.

Em seu pleito subsidiário, para o caso de mantida a condenação por danos morais apenas da apelada Caiobá, os autores apontam a necessidade de substituir o índice de correção monetária pelo IGPM/FGV, e os juros de mora para 1% (um por cento) ao mês.

Com razão.

A atualização monetária serve para recompor o poder de compra da moeda, que tem seu valor defasado mês após mês, ante os efeitos da inflação.

Ocorre que para a atualização do valor da moeda existem diversos tipos de indexadores de atualização, como: IGPM, INPC, IPCA, dentre outros. Cada Tribunal utiliza do indexador de atualização monetária que acredita melhor refletir as intempéries apresentadas pelo mercado, para que seja possível recompor o poder de compra que a moeda possuía à época do vencimento da obrigação, para não prejudicar nenhuma das partes.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul vem se utilizando do IGPM/FGV para correção monetária dos valores discutidos em execução, quando não previsto outro índice no respectivo título. É que o IGPM/FG é o índice que melhor reflete a reposição da inflação.

Veja-se um dos julgados:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – INSCRIÇÃO INDEVIDA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO – CORREÇÃO MONETÁRIA FIXADA PELO INPC – SUBSTITUIÇÃO PELO IGPM/FGV – ÍNDICE QUE MELHOR REFLETE A INDEXAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A indenização por danos morais não deve ser elevada a ponto de promover o enriquecimento sem causa da vítima, tampouco insuficiente para os fins compensatórios e punitivos, devendo observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Quantum majorado. II. A correção monetária retrata recomposição do quantum devido em face das perdas inflacionárias, de modo a preservar o valor monetário e seu poder aquisitivo. Inaplicável o INPC como indexador econômico. O IGPM/FGV é o índice que reflete a indexação".* (TJMS. Apelação n. 0000847-52.2012.8.12.0040, Porto Murtinho, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 13/06/2017, p: 13/06/2017).

Portanto, hei por bem substituir o índice de atualização monetária utilizada na sentença para o IGPM/FGV.

Em relação aos juros de mora, estes devem ser de 1% ao mês, contados a partir da citação, por se tratar de relação contratual.

Deste modo, a reforma de parte da sentença é providência que se impõe, para que a incidência dos juros moratórios sobre a indenização fixada a título de dano moral se dê a partir da citação, e o índice de correção monetária seja o IGPM/FGV.

Posto isso, conheço do recurso de Valdinei Faria Cardena e Liliane do Carmo Gomes e dou-lhe parcial provimento, a fim de majorar o *quantum* indenizatório para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos autores, totalizando R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigido pelo IGPM/FGV a contar da publicação do acórdão, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, facultado à ré ação de regresso contra o Sindicato de Comércio de Veículos de Mato Grosso do Sul.

Quanto ao recurso adesivo de Caiobá Motocicletas e Peças Ltda., conheço e nego-lhe provimento. Em razão do desprovimento do recurso, majoro os honorários advocatícios em favor do patrono dos autores para 12% (doze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85 § 11, CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso Valdinei Faria Cardena e outro e negaram provimento ao apelo de Caiobá motocicletas e peças Ltda., nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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, 12 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0808630-06.2017.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR PELO AUTOR, ACREDITANDO QUE O MOTOR SERIA *FLEX* QUANDO, NA VERDADE, ERA MOVIDO EXCLUSIVAMENTE À GASOLINA – INFORMAÇÃO PRESTADA DE MANEIRA EQUIVOCADA AO CONSUMIDOR – ERRO CONSTANTE INCLUSIVE DO CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO DO AUTOMÓVEL – DESCOBERTA DO PROBLEMA APÓS O DECURSO DE TRÊS ANOS, AO ABASTECER O MOTOR COM ÁLCOOL, O QUE OCASIONOU DANOS AOS COMPONENTES MECÂNICOS DO CARRO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* DE REPARAÇÃO MAJORADO – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA RÉ DESPROVIDO.

O autor adquiriu veículo automotor acreditando que o motor recepcionava abastecimento de combustível *flex*, quando na verdade era movido apenas à gasolina, tomando conhecimento da situação aproximadamente três anos após a compra, quando abasteceu o tanque com álcool, o que resultou em danos aos componentes mecânicos do carro. Esta situação obviamente configura falha na prestação do serviço, já que a concessionária não prestou as informações adequadas ao consumidor, erro este que, inclusive, constou do certificado de registro e licenciamento do veículo. Daí advém o dever da ré de indenizar o autor pelos danos materiais e morais decorrentes da situação.

A ré está obrigada a ressarcir ao autor as quantias despendidas para o deslocamento próprio e de sua família no período em que o automóvel não pôde ser utilizado, conforme os recibos que instruem a inicial.

Considerando que o autor adquiriu veículo de valor econômico considerável, em concessionária de renome, que lhe informou que o motor seria *flex*, quando na verdade era movido tão somente à gasolina, inquestionável a configuração de dano moral, em especial se levado em consideração que o consumidor não pôde optar pela aquisição de outro automóvel com referida característica, bem como que a revenda do bem se torna mais dificultosa neste caso, em razão das demais opções existentes no mercado.

A indenização por danos morais não deve ser elevada a ponto de promover o enriquecimento sem causa do beneficiário, tampouco insuficiente para os fins compensatório e punitivo, devendo ser fixada em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. *Quantum* de reparação majorado.

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, deram parcial provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao apelo do requerido, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Benerval Reis Ananias e Caoa Montadora de Veículos Ltda. apelam da sentença (f. 226-236) proferida na ação de indenização ajuizada pela pessoa física, que tramitou na 5ª vara cível de Dourados.

Afirma o autor que adquiriu da concessionária ré o veículo marca *Hyundai*, modelo *Elantra*, em 24 de outubro de 2014, pelo valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Contudo, ao contrário do que constava do documento do veículo, o motor era movido apenas à gasolina, sendo que ao abastecer o tanque com álcool em 02 de fevereiro de 2017, os componentes mecânicos do carro foram danificados.

Com o ajuizamento da presente ação, busca que a parte ré regularize o certificado de registro e licenciamento do veículo, o recebimento de indenização por danos materiais no valor de R$ 6.740,00 (seis mil, setecentos e quarenta reais) e por danos morais na quantia de R$ 120.000,00 (cento e vinte reais).

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar a ré: 1) a regularizar a documentação, para constar nos registros do veículo que o bem é movido apenas à gasolina; 2) ao pagamento: 2.1) de indenização por danos materiais no valor de R$ 4.020,00 (quatro mil e vinte reais), com incidência de correção monetária pelo IGPM/FGV desde o desembolso, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a última citação; e) de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a data do evento danoso, e correção monetária pelo IGPM/FGV, com fluência do arbitramento.

A ré foi também condenada ao pagamento da integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Caoa Montadora de Veículos Ltda., em suas razões (f. 240-252), alega que mesmo tendo ocorrido erro no preenchimento da BASE BIN, que influencia na documentação do veículo junto ao Detran, trata-se este de erro escusável, salientando que da nota fiscal do produto consta a informação de que o motor do automóvel é movido apenas à gasolina, o que afastaria a alegação de que o bem foi comercializado como *flex*.

Destaca que o autor teve acesso a vendedores treinados, com oportunidade de questionar acerca do tipo de combustível utilizado, assim como lhe foi disponibilizado manual de instruções quando da entrega do bem, que dispõe de forma clara qual o tipo do combustível utilizado pelo motor.

Acredita que a situação não implica em dano moral indenizável, tampouco se pode falar em indenização por danos materiais, já que não restou comprovado nos autos os valores que o autor alega ter despendido com taxi e transporte escolar.

Caso mantida a condenação por danos morais, afirma que o valor arbitrado a este título é exorbitante e fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ocasionando enriquecimento sem causa do autor, motivo pelo qual pleiteia a redução do *quantum*.

Requer provimento do recurso, para que os pedidos sejam julgados improcedentes. Caso mantida a condenação, pede a minoração do valor atribuído à indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 274-278.

Benerval Reis Ananias, a seu turno, também recorre (f. 256-264), insurgindo-se apenas em relação ao *quantum* atribuído à indenização por danos morais, considerando o valor insuficiente para exercer as funções punitiva e compensatória.

Requer provimento do recurso, para que referida indenização seja majorada para R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Sem contrarrazões, conforme certificado às f. 281.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Benerval Reis Ananias e Caoa Montadora de Veículos Ltda. apelam da sentença (f. 226-236) proferida na ação de indenização ajuizada pela pessoa física, que tramitou na 5ª vara cível de Dourados.

Afirma o autor que adquiriu da concessionária ré o veículo marca *Hyundai*, modelo *Elantra*, em 24 de outubro de 2014, pelo valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Contudo, ao contrário do que constava do documento do veículo, o motor era movido apenas à gasolina, sendo que ao abastecer o tanque com álcool em 02 de fevereiro de 2017, os componentes mecânicos do carro foram danificados.

Com o ajuizamento da presente ação, busca que a parte ré regularize o certificado de registro e licenciamento do veículo, o recebimento de indenização por danos materiais no valor de R$ 6.740,00 (seis mil, setecentos e quarenta reais) e por danos morais na quantia de R$ 120.000,00 (cento e vinte reais).

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar a ré: 1) a regularizar a documentação, para constar nos registros do veículo que o bem é movido apenas à gasolina; 2) ao pagamento: 2.1) de indenização por danos materiais no valor de R$ 4.020,00 (quatro mil e vinte reais), com incidência de correção monetária pelo IGPM/FGV desde o desembolso, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a última citação; e 2) de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a data do evento danoso, e correção monetária pelo IGPM/FGV, com fluência do arbitramento.

A ré foi também condenada ao pagamento da integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Caoa Montadora de Veículos Ltda, em suas razões (f. 240-252), alega que mesmo tendo ocorrido erro no preenchimento da BASE BIN, que influencia na documentação do veículo junto ao Detran, trata-se este de erro escusável, salientando que da nota fiscal do produto consta a informação de que o motor do automóvel é movido apenas à gasolina, o que afastaria a alegação de que o bem foi comercializado como *flex*.

Destaca que o autor teve acesso a vendedores treinados, com oportunidade de questionar acerca do tipo de combustível utilizado, assim como lhe foi disponibilizado manual de instruções quando da entrega do bem, que dispõe de forma clara qual o tipo do combustível utilizado pelo motor.

Acredita que a situação não implica em dano moral indenizável, tampouco se pode falar em indenização por danos materiais, já que não restou comprovado nos autos os valores que o autor alega ter despendido com taxi e transporte escolar.

Caso mantida a condenação por danos morais, afirma que o valor arbitrado a este título é exorbitante e fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ocasionando enriquecimento sem causa do autor, motivo pelo qual pleiteia a redução do *quantum*.

Requer provimento do recurso, para que os pedidos sejam julgados improcedentes. Caso mantida a condenação, pede a minoração do valor atribuído à indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 274-278.

Benerval Reis Ananias, a seu turno, também recorre (f. 256-264), insurgindo-se apenas em relação ao *quantum* atribuído à indenização por danos morais, considerando o valor insuficiente para exercer as funções punitiva e compensatória.

Requer provimento do recurso, para que referida indenização seja majorada para R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Sem contrarrazões, conforme certificado às f. 281.

Admissibilidade recursal

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.

Os recursos são tempestivos; o apelo da concessionária está preparado, conforme se infere de f. 253-255; o autor, por sua vez, está dispensado do respectivo preparo, porquanto beneficiário da gratuidade da justiça (f. 47).

Faço aqui um registro: em razão do autor ter adquirido um veículo no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), adotei a cautela de verificar se de fato se trata de pessoa hipossuficiente, o que fiz através do sistema *Infojud*, quando então constatei que nos dois últimos exercícios o autor sequer apresentou declaração do imposto de renda. Há de se manter, portanto, a gratuidade da justiça.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo as apelações nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012, CPC, e passo às respectivas análises, que serão feitas conjuntamente.

Mérito

Da falha na prestração do serviço

A situação posta *sub judice* rege-se pelos ditames do Código de Defesa do Consumidor, posto que o autor adquiriu em 24 de outubro de 2014 junto à concessionária ré o veículo marca *Hyundai*, modelo *Elantra*, ano 2011, mediante o pagamento de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Sustenta que diversamente do que constava na documentação do automóvel, não se tratava de veículo *flex*, sendo o motor movido tão somente à gasolina, motivo pelo qual os componentes mecânicos do carro foram danificados quando em 02 de fevereiro de 2017 abasteceu o motor com álcool, mesma oportunidade em que tomou conhecimento da situação.

Com base neste contexto, busca o autor o recebimento de indenizações por danos materiais e morais, com fundamento no art. 18, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Estabelece referida norma que:

> *"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 aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas."*

Desta forma, para a solução da controvérsia posta *sub judice*, cumpre analisar a existência do vício de qualidade apontado pelo autor, bem como se a concessionária, quando acionada, não promoveu a reparação devida.

Conforme se infere do certificado de registro e licenciamento de veículo acostado às f. 14-15, infere-se que de tal documento de fato consta a informação de que o motor do veículo em questão seria *flex*, ou seja, movido tanto à álcool quanto gasolina.

Às f. 16 foi acostado documento denominado "carta laudo", assinado por funcionária da equipe de pós-vendas da concessionária ré, admitindo o problema, informando o que segue:

> *"(...) o veículo de marca Hyundai, modelo Elantra, (...), teve seu tipo de combustível cadastrado incorretamente na Bin. Dessa forma, solicitamos que seja efetuada a alteração*

necessária para o tipo de combustível (gasolina), para que não seja criado nenhum transtorno futuro."

De f. 21 consta documento expedido pelo Detran, contendo informações sobre o automóvel objeto do litígio, dele constando no campo "combustível" a seguinte informação "16 alco/gasol", o que não deixa dúvidas acerca da informação equivocada prestada tanto ao consumidor, quanto ao DETRAN/MS.

Das razões recursais e do caderno probatório, constata-se não existir controvérsia em relação ao problema apresentado pelo veículo, o que evidencia a falha na prestação do serviço por parte da concessionária, que não prestou ao consumidor as informações adequadas sobre o bem adquirido, o que ocasionou os problemas mecânicos apresentados pelo automóvel quando abastecido com álcool, já que seu motor era movido exclusivamente à gasolina.

Não bastasse isso, a testemunha Milton da Silva Souza, quando questionada como tinha conhecimento que o veículo pertencente ao autor seria *flex*, respondeu que esta informação estava marcada na lataria (f. 289-293).

É incontroverso, portando, o problema levantado pelo autor, tendo a concessionária admitido expressamente a situação através da "carta laudo" (f. 16), responsabilizando-se espontaneamente pelo reparo do automóvel, ainda que após o decurso de um mês e meio da constatação.

Contudo, ainda que assim seja, quando o consumidor desembolsa quantia considerável para a aquisição de veículo automotor, pois ainda que tenha comprado o automóvel usado, despendeu a quantia de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para a aquisição, certamente o fez por acreditar que estava adquirindo produto de padrão diferenciado junto à concessionária de renome, que não incorreria em erro tão crasso em relação ao serviço prestado.

De fato, ainda que a concessionária tenha se mostrado receptiva em relação a solucionar o problema, mesmo que com certa demora, arcando com todos os custos correlatos, não se pode perder de vista a frustração do consumidor em relação ao automóvel adquirido, cujo motor é movido apenas à gasolina, sendo-lhe retirada a oportunidade, por exemplo, de adquirir outro veículo cujo motor fosse *flex*.

Acresça-se a esta situação o fato de que, nos dias atuais, a revenda de um automóvel movido exclusivamente à gasolina se mostra bastante prejudicada, em vista às opções existentes no mercado.

As alegações da pessoa jurídica ré no sentido de que o autor, quando da aquisição do bem, poderia ter esclarecido a dúvida sobre o tipo de combustível com os funcionários da concessionária, ou poderia ter obtido esta informação através da nota fiscal do bem ou de seu manual de instruções, configura tentativa infundada de escusar-se da responsabilidade que lhe compete enquanto revendedora do produto.

Por outro lado, não se pode esperar que consumidor, munido do certificado de registro e licenciamento do veículo, documento no qual constava a informação de que o motor seria *flex*, informação esta, inclusive, impressa na lataria do automóvel, conforme confirmado pela testemunha, tivesse a obrigação de buscar maiores esclarecimentos a este respeito.

É evidente que a informação não foi prestada ao consumidor de forma adequada, tendo em vista que, repise-se, até mesmo do documento do carro constava informação equivocada acerca do tipo de combustível que move o motor, razão pela qual a concessionária tem o dever de indenizar pelos prejuízos daí advindos.

Do dano material

Alega a ré apelante que o autor não teria comprovado efetivamente a existência do dano material, razão pela qual pretende afastar a condenação ao pagamento da indenização correlata.

Claramente sem razão a ré apelante.

Segundo dispõe o art. 927 do Código Civil: "*Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

No caso, para a configuração do ato ilícito faz-se necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) ofensa ao direito do autor pelo evento danoso (ato ilícito); b) prejuízo, consubstanciado nos danos materiais mencionados; e c) nexo de causalidade entre o ilícito praticado e o prejuízo sofrido.

Sobre os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1] que:

> *"(...) Funda-se no ato ilícito absoluto, composto por elementos objetivos e subjetivos. São elementos objetivos do ato ilícito absoluto: a) a existência de ato ou omissão (ato comissivo por omissão), antijurídico (violadores de direito subjetivo absoluto ou de interesse legítimo); b) a ocorrência de um dano material ou moral; c) nexo de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano. São elementos subjetivos do ato ilícito absoluto: a) a imputabilidade (capacidade para praticar a antijuridicidade); b) a culpa em sentido lado (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito) (...)."*

Não se pode perder de vista que, para hipóteses como a presente, o Código Civil, em seu art. 944, estabelece que:

> *"A indenização mede-se pela extensão do dano. A regra é a de que quem estiver obrigado a reparar um dano, deve recompor a situação pessoal e patrimonial do lesado ao estado anterior, para torna-la como era se o evento maléfico não tivesse se verificado, evento esse que impõe ao responsável pelo dano (...) a obrigação de repará-lo".*[2]

Desta forma, não restam dúvidas que a ré está obrigada a ressarcir ao autor a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) devidamente atualizada, despendida para o deslocamento no período compreendido entre 02 de fevereiro de 2017 a 13 de março de 2017, conforme o recibo de f. 22, fornecido pelo Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Dourados/MS, bem como o valor de R$ 1.020,00 (mil e vinte reais), referente ao contrato de prestação de serviço de transporte escolar e universitário de sua filha acostado às f. 23, relativo ao período de dois meses (R$ 340,00 (trezentos e quarenta reais) por mês), bem como a multa por rescisão do contrato, em igual valor.

Em verdade, o ressarcimento em comento é obrigação que compete à ré apelante por força de lei, até mesmo porque tais gastos decorrem do fato de que a concessionária ré se prontificou a consertar o automóvel sem ônus para o consumidor após o decurso de um mês e meio dos fatos, sendo certo que sua pretensão de ser desonerada de tal ônus revela-se totalmente infundada e sem qualquer justificativa que a corrobore.

Assim, mantida a indenização por dano material.

Do dano moral

Da existência do dano moral

O contexto fático torna indiscutível o abalo moral experimentado, consubstanciado nos dissabores aos quais o autor foi injustamente submetido, já que, conforme anteriormente apontado, não concorreu para a danificação dos componentes mecânicos do carro ocasionados pelo abastecimento com álcool, o que decorreu de falha na informação prestada ao consumidor pela concessionária.

Os desdobramentos negativos experimentados pelo autor não podem ser compreendidos como meros aborrecimentos, tampouco como dissabores a que todos estão sujeitos, motivo pelo qual a indenização por dano moral encontra espaço na hipótese.

O seguinte julgado do STJ corrobora este entendimento:

1 **Código civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 797.

2 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ob. cit., p. 832.

> *"DIREITO CIVIL – DIREITO DO CONSUMIDOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – VEÍCULO NOVO – VÍCIO DO PRODUTO – INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIESEL COMERCIALIZADO NO BRASIL E AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO PROJETO – PANES REITERADAS – DANOS AO MOTOR – PRAZO DE TRINTA DIAS PARA CONSERTO – RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO – DANO MORAL – CABIMENTO. (...) 3. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de ser cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes, para reparos. (...)"* (STJ, REsp 1443268/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 08/09/2014).

Assim, fica também mantida a sentença na parte em que reconhece a necessidade da pessoa jurídica ré indenizar o autor pelo dano moral decorrente das frustrações inerentes à aquisição de veículo acreditando que seu motor seria *flex* quando, na verdade, era movido exclusivamente à gasolina.

Do *quantum* indenizatório

A pessoa jurídica ré pretende a redução do *quantum* indenizatório, indicando-o como excessivo e ensejador de enriquecimento sem causa do autor, enquanto este pretende a majoração da indenização, apontando-a como insuficiente ao fim colimado.

Inexiste parâmetro objetivo para quantificar o valor de uma indenização por dano moral, ainda mais quando se está diante de consumidor que adquire veículo junto à concessionária com a informação de que o motor do referido bem seria *flex* quando, na verdade, era movido apenas à gasolina.

Encontrar o *quantum* indenizatório adequado é tarefa é atribuída com exclusividade ao julgador, que deve se basear nas peculiaridades do caso concreto, atendendo a alguns parâmetros, tais como a posição social das partes, o grau de culpabilidade do réu, as consequências do ato danoso e o caráter sancionador, pois a compensação da vítima deve ter também sentido punitivo ao lesionador.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavalieri Filho[3]:

> *"Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."*

O problema constatado no automóvel é relevante, e ainda que a concessionária tenha se prontificado a resolvê-lo, o fez após o decurso de um mês e meio do ocorrido, não onerando o consumidor com os gastos inerentes ao conserto da avaria ocasionada pelo motor em razão do abastecimento com álcool.

Assim sendo e levando em conta as peculiaridades do caso concreto, com a atenção voltada à capacidade econômica das partes e ao caráter pedagógico da medida, penso que a indenização por danos morais arbitrada pelo juízo *a quo* se revela insuficiente para compensar a frustração experimentada pelo consumidor e,

3 **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

diversamente do alegado pela ré, não a tenho como desproporcional ou excessiva, sendo preciso, inclusive, majorar referido *quantum*.

A propósito julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *"No que tange ao quantum indenizatório, desnecessária a excepcionalíssima intervenção deste STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais e estéticos foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso e, assim, possível modificação do respectivo quantum indenizatório requer o revolvimento de provas, o que é inadmitido em sede de recurso especial, ante o impedimento da Súmula 7/STJ".* (STJ -AgRg no AREsp 548.900/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016).

Levando em conta tais critérios, deve ser majorado o valor de reparação, fixado pelo juízo *a quo* para R$ 10.000,00 (dez mil reais), valor esse que atende satisfatoriamente o caso concreto, exercendo o caráter compensador e sancionador.

Posto isso, conheço de ambos os recursos. Nego provimento ao recurso da ré Caoa Montadora de Veículos Ltda. Em contrapartida, dou parcial provimento ao recurso do autor Benerval Reis Ananias, para majorar a indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária pelo IGPM/FGV a contar da publicação do acórdão, mantidos os demais termos da sentença.

Em razão do não provimento do recurso da ré, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, com base no art. 85, § 11, CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao apelo do requerido, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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, 17 de dezembro de 2019.

***

Órgão Especial
Relator designado Des. Marcelo Câmara Rasslan
Direta de Inconstitucionalidade nº 1402536-28.2019.8.12.0000 – Tribunal de Justiça

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR SUSPENSIVA – LAPSO TEMPORAL DE VIGÊNCIA DA NORMA – QUESTÃO DE MÉRITO QUE OBRIGAM A VERIFICAÇÃO DE TESES CONFLITANTES COMO A INTERVENÇÃO (DEVIDA OU NÃO) NA ATIVIDADE ECONÔMICA PRIVADA E O DIREITO DO CONSUMIDOR – AUSENTE O REQUISITO *DO PERICULUM IN MORA* – NÃO CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR SUSPENSIVA.

Conquanto a lei questionada tenha sido suspensa em razão de medidas liminares concedidas em mandados de segurança, certo é que foram eles extintos em dezembro de 2013 e em agosto de 2015, de tal sorte que a lei está em vigor e pode ser aplicada desde então.

A demora no ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, após lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado (2013), e de sua efetiva aplicação (desde 2015), associada à falta de demonstração do pressuposto legal objetivo, ilide, ainda que a tese deduzida seja juridicamente relevante, o reconhecimento da situação caracterizadora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o voto de desempate do Presidente, Desembargador Paschoal Carmello Leandro e com o parecer, indeferir a cautelar, nos termos do voto do Des. Marcelo Câmara Rasslan, vencidos o relator e os Desembargadores Eduardo Machado Rocha, Julizar Barbosa Trindade, Sideni Soncini Pimentel, Ruy Celso Barbosa Florence, Marcos José de Brito Rodrigues e Luiz Tadeu Barbosa Silva que deferiam.

Campo Grande, 21 de agosto de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Sul-Mato-Grossense de Supermercados – AMAS, impugnando a Lei Estadual nº 4.395/2013, de Mato Grosso do Sul, que *"Dispõe sobre o preenchimento obrigatório com funcionários, dos caixas de supermercados e hipermercados estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, e dá outras providências"*, sob alegação de vício de iniciativa, por usurpação da competência legislativa da União, bem como por violação a princípios da Constituição Federal e Estadual.

Destaca que a norma dispõe sobre a obrigatoriedade do total preenchimento com funcionários dos caixas existentes nos supermercados e hipermercados, com seis caixas ou mais, estabelecidos no Estado de Mato Grosso do Sul, nas datas promocionais utilizadas para ofertar produtos com valor de venda abaixo do praticado no mercado.

Assevera que ao estabelecer uma obrigação exclusiva aos supermercados e hipermercados com mais de cinco caixas, a Lei Estadual viola o princípio da isonomia, em razão da indevida discriminação em relação aos demais estabelecimentos do comércio varejista que guardam íntima similitude em suas atividades.

Defende que ao interferir na atividade privada, impondo padrões de atuação, a aludida legislação estadual viola a livre concorrência e a livre iniciativa, que estão afirmadas em princípio expresso da atividade econômica, insculpido no art. 170 da Constituição Federal, bem como no art. 1º, IV, e art. 166 e seguintes da Constituição de Mato Grosso do Sul.

Alega, outrossim, que mesmo em datas promocionais é quase impossível a abertura da totalidade de caixas, haja vista a escala de funcionários e suas respectivas folgas, ensejando a necessidade de contratação de pessoal para tal atendimento, usurpando, consequentemente, a competência da União para legislar sobre Direito do Trabalho.

Sustenta a existência de inconstitucionalidade formal, em razão da usurpação de competência da União para legislar sobre questões relativas a consumo, comércio e trabalho, conforme normas do arts. 22, I, 23 e 24, todos da Constituição Federal, em consonância com os arts. 8º e 62 da Constituição Estadual.

Indica, outrossim, inconstitucionalidade material, por violação aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade e, sobretudo, da ordem econômica, livre iniciativa e livre concorrência, nos termos do art. 1º, II e IV, e arts. 166 e seguintes da Constituição Estadual.

Apontando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pugna pela concessão de medida cautelar, a fim de suspender liminarmente a eficácia da Lei Estadual nº 4.395/2013. Quanto ao mérito, requer seja declarada a inconstitucionalidade da mencionada legislação *"com o cancelamento dos seus efeitos desde sua edição, com base no artigo 27, da Lei 9.868/99"*.

Através da decisão de f. 170-171 foi determinada a notificação do Presidente da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado de Mato Grosso Sul, para manifestação sobre o pedido cautelar, nos termos do art. 517 do RITJMS.

O órgão legislativo e seu presidente defenderam o ato impugnado, às f. 183-196, manifestando-se pela não concessão da cautelar. O chefe do Poder Executivo não se manifestou, conforme certidão de f. 204.

Parecer pelo indeferimento do pedido cautelar, f. 208-213.

VOTO (EM 17/07/2019)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Sul-Mato-Grossense de Supermercados – AMAS, impugnando a Lei Estadual nº 4.395/2013, de Mato Grosso do Sul, que *"Dispõe sobre o preenchimento obrigatório com funcionários, dos caixas de supermercados e hipermercados estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, e dá outras providências"*, sob alegação de vício de iniciativa, por usurpação da competência legislativa da União, bem como por violação a princípios da Constituição Federal e Estadual.

Sobre o tema, assim dispõe a Constituição Federal:

> *"Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.*
>
> *§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.*

> *§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão."*

E a Constituição Estadual:

> *"Art. 114. Compete ao Tribunal de Justiça:*
>
> *(...)*
>
> *II - processar e julgar, originariamente:*
>
> *(...)*
>
> *e) as representações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal e as que tiverem por objetivo a intervenção em município, nos termos desta Constituição;"*

Pois bem. Na hipótese, insurge-se a requerente contra a legislação referida que determina aos supermercados e hipermercados, com mais de cinco caixas, o preenchimento com funcionários da totalidade dos caixas disponíveis nas datas de promoção de seus produtos, assim consideradas aquelas utilizadas para ofertar aos clientes mercadorias com valor de venda abaixo do praticado no mercado.

Argumenta que o advento da referida legislação no ordenamento jurídico estadual representa indevida intervenção estatal na atividade privada, com irregular interferência no "livre jogo de forças de mercado na disputa da clientela", com vício de origem e violação a diversos princípios da atividade econômica, o que configura inconstitucionalidade formal e material.

Segundo a requerente, a inconstitucionalidade formal está consubstanciada na usurpação de competência da União para legislar sobre questões relativas a consumo, comércio e trabalho, conforme normas do arts. 22, I, 23 e 24, todos da Constituição Federal, em consonância com os arts. 8º e 62 da Constituição Estadual.

E a inconstitucionalidade material por violação aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade e, sobretudo, da ordem econômica, livre iniciativa e livre concorrência, nos termos do art. 1º, IV, e arts. 166 e seguintes da Constituição Estadual.

Apontando a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pugna pela concessão de medida cautelar, a fim de suspender liminarmente a eficácia da Lei Estadual nº 4.395/2013, até o julgamento de mérito.

A Assembleia Legislativa manifestou-se f. 183-196 pela não concessão da cautelar.

Parecer pelo indeferimento do pedido cautelar, f. 208-213.

Como bem se sabe, a medida cautelar, concedida de forma liminar, consiste em provimento jurisdicional pronunciado no início do processo, pelo qual se busca garantir a efetividade de uma futura decisão judicial a ser proferida em caráter exauriente. Trata-se, pois, de decisão destinada à salvaguarda de um posterior pronunciamento, cuja efetividade pode ser comprometida pelos efeitos da morosidade processual.

No campo das ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, notadamente a ação direta de inconstitucionalidade, como no caso, a concessão de medida cautelar em caráter liminar tem o objetivo de suspender a eficácia do objeto questionado, impedindo que os efeitos da norma supostamente inconstitucional se prolongue indefinidamente até o julgamento definitivo da ação.

A concessão da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade tem previsão no art. 102, I, "p", da Constituição Federal, e art. 10 e seguintes da Lei nº 9.868/99.

Relativamente ao tema, o professor Luiz Guilherme Marinoni, com a sabedoria que lhe é peculiar, ensina que:

> *"Basta que exista forte fundamento de a lei ser inconstitucional aliada ao perigo de que a sua aplicação, no tempo que se supõe necessário à solução da ação direta, possa trazer prejuízos irreversíveis. É claro que, em certos casos, será adequado realizar um balanceamento entre as vantagens e desvantagens de suspensão da aplicação da Norma."* (SCARLET, Ingo; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1104

Nota-se, portanto, que, para a concessão da medida cautelar, é necessário que haja fundamentação relevante sobre a inconstitucionalidade do objeto, indicativa da plausibilidade do direito alegado. Além disso, também é preciso demonstrar o perigo de dano irreparável ou de incerta reparação no caso de se manter a eficácia da norma apontada como inconstitucional até o julgamento da ação.

Exige-se, em conclusão, a demonstração cumulativa do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que, aliás, são os requisitos gerais para a concessão das tutelas jurisdicionais provisórias no Direito Processual Civil.

Nesse sentido, a propósito, é o seguinte julgado do Órgão Especial desta Corte:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ – MEDIDA CAUTELAR – NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO CONCOMITANTE DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA – PREVISÃO DE IMUNIDADE FORMAL (PROCESSUAL) DE VEREADORES – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL – PROBABILIDADE DO DIREITO EVIDENCIADA – ATO NORMATIVO IMPUGNADO EM VIGOR HÁ MAIS DE 28 (VINTE E OITO) ANOS – AUSÊNCIA DO PERIGO DO DEMORA – CAUTELAR INDEFERIDA. Para a concessão de medida cautelar em ação direta de constitucionalidade mister se faz, como nas demais medidas liminares em geral, o preenchimento concomitante dos requisitos fumus boni iuris e periculum in mora. No caso em julgamento, não obstante a probabilidade do direito alegado estar evidenciada, o perigo da demora não se encontra presente, porquanto o ato normativo impugnado está em vigor há mais de 28 (vinte e oito) anos, apenas tendo sido transformado o § 4º, do art. 45, da Lei Orgânica do Município de Corumbá, de 5.4.1990, no parágrafo único do mesmo comando normativo.* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2000819-97.2017.8.12.0000, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 18/04/2018)"

No presente caso, como já destacado, a parte autora postula a concessão de medida cautelar, visando suspender os efeitos da Lei impugnada até o julgamento do mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Após o exame inicial dos elementos contidos na ação constitucional, à luz dos dispositivos tidos por violados das Constituições Estadual e Federal, e em juízo de cognição sumária, entendo que a medida cautelar deve ser concedida.

A análise superficial dos fatos, própria para este momento processual, aponta para uma aparente inconstitucionalidade da norma impugnada, sob a ótica material, tendo em vista que confronta com o conteúdo do parâmetro invocado na inicial, notadamente o princípio da ordem econômica, o que revela a presença do *fumus boni iuris*.

Para a melhor compreensão da questão posta a julgamento, transcrevo a Lei Estadual nº 4.395/2013, ora impugnada:

> *"Art. 1º Os supermercados e hipermercados devidamente estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, deverão preencher com funcionários a totalidade de caixas disponíveis nas datas utilizadas para promoção de seus produtos.*

§ 1º Serão consideradas datas promocionais aquelas utilizadas para ofertar aos clientes mercadorias com valor de venda abaixo do praticado no mercado.

§ 2º A obrigatoriedade prevista nessa lei recairá sobre os supermercados e hipermercados que possuírem 06 (seis) ou mais caixas de atendimento.

Art. 2º Os estabelecimentos mencionados no artigo 1º, deverão obrigatoriamente fixar, em local e tamanho visível, cópia desta Lei e adesivo indicativo com o número '151' e a inscrição 'Disque-Denúncia/Procon-MS'.

Art. 3º No descumprimento desta Lei, os estabelecimentos mencionados ficarão sujeitos às sanções previstas no art. 56 da Lei federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e deverão ser aplicadas na forma dos arts. 57 a 60 deste dispositivo.

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

O art. 1º da Constituição Estadual, em simetria à Constituição Federal, dispõe que o Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos, o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (inciso II), e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), *in verbis*:

"Art. 1º O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:

(...)

II - o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal;

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)"

Dispõe ainda o Texto Constitucional Estadual:

"Art. 166. A ordem econômica e social será organizada de acordo com os princípios da justiça social."

"Art. 167. O Estado estabelecerá e executará plano estadual de desenvolvimento integrado, que terá como objetivos:

I - desenvolvimento social e econômico integrado do Estado;

(...)

III - o incremento das atividades produtivas do Estado;

(...)"

Não obstante a intenção do legislador estadual em beneficiar os consumidores de Mato Grosso do Sul, com a comodidade/facilidade determinada na Lei, referida legislação parece violar os princípios da ordem econômica, livre iniciativa, livre exercício da atividade econômica, livre concorrência e o princípio da razoabilidade, porquanto impõe um ônus ao empresário em verdadeira ingerência na atividade privada.

A norma impõe aos estabelecimentos empresariais restrições ao seu comércio, acabando por ingerir no domínio econômico, influenciando no número de funcionários do estabelecimento e, portanto, comprometendo o livre exercício da atividade empresarial.

Nesse passo, ao impor a obrigação aos supermercados e hipermercados que possuem seis ou mais caixas de atendimento, a obrigatoriedade de preencher com funcionários a totalidade dos caixas disponíveis

nos dias de promoção, a Lei impugnada acaba por restringir o direito dos empresários de conduzir seu negócio (privado), influenciando de maneira irregular na gestão dos estabelecimentos, o que, provavelmente, terá reflexo no princípio da livre iniciativa, protegido constitucionalmente.

Tal situação pode, por via transversa, ser prejudicial até mesmo aos consumidores, visto que a previsão legal impõe verdadeiro ônus financeiro ao empresário, o qual, para cumprir a determinação legislativa, poderá alterar os preços, de modo que as promoções não sejam tão atrativas aos clientes, ou seja, no menor preço possível dos produtos, a fim de suportar os custos para colocar em funcionamento todos os caixas do estabelecimento.

Em uma relação de custo – benefício, o que seria melhor ou mais atrativo aos consumidores: preços mais baixos e um tempo maior de espera nos caixas?! ou preços promocionais, mas não no maior patamar possível, e maior agilidade no pagamento das compras?!

A situação que a lei buscou regular será melhor desenvolvida no dia a dia da relação cliente – empresa, cabendo aos empresários adotar a estratégia mais vantajosa para a captação de seus clientes, certamente tentando alcançar o equilíbrio do melhor preço/melhor atendimento, e aos consumidores a soberana escolha dos estabelecimentos que melhor lhes atender, em um cenário de liberdade no ambiente empresarial e de consumo, sem a indevida intervenção estatal, como parece ser o caso.

Neste sentido, a norma impugnada aparenta violar também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além da isonomia, pois não impôs o mesmo dever aos estabelecimentos com menos de seis caixas.

Ao proclamar o princípio da livre iniciativa, os Textos Constitucionais (art. 170 da CF e art. 1º, II e IV, da CE), tutelam o direito a todos reconhecido de explorar as atividades empresariais, e, ao mesmo tempo, impõem a todos o dever de respeitar esse mesmo direito, declarando inconstitucionais atos que impeçam o seu pleno exercício.

Sobre situação semelhante, seguem os seguintes julgados:

> *"**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE OBRIGA SUPERMERCADOS E SIMILARES A CONTRATAREM EMPACOTADORES NOS CAIXAS – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO NO QUE TANGE À DISCIPLINA DO DIREITO COMERCIAL E DO TRABALHO, ALÉM DE COMPROMETER A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA** – DETERMINAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS, NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA QUE É MERO CONSECTÁRIO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PRECEDENTE DESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA AÇÃO PROCEDENTE*" (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade 9050714-30.2008.8.26.0000, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, julgada em 05/11/2008)" (destaquei)

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 7.560, DE 8 DE SETEMBRO DE 1999, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, QUE 'OBRIGA OS SUPERMERCADOS A COLOCAREM EMPACOTADORES À DISPOSIÇÃO DOS CLIENTES' – NORMA QUE DESBORDA DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL, ALCANÇANDO MATÉRIA PRIVATIVAMENTE RESERVADA À UNIÃO (DIREITO DO TRABALHO E COMERCIAL) – ARTIGOS 22, INCISO I, E 30, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – LEI, ADEMAIS, QUE AFRONTA OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, **LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA – NORMA DESTINADA A DETERMINADO GRUPO DE SUPERMERCADOS, ONERANDO-LHES O CUSTO OPERACIONAL, AUSENTES FUNDADAS RAZÕES CONSTITUCIONAIS PARA EXCEPCIONAL INTERVENÇÃO ESTATAL NA ATIVIDADE ECONÔMICA** – PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL E DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE.* (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade

2046098-53.2016.8.26.0000, Rel. Francisco Casconi, Órgão Especial, data do julgamento: 05/10/2016)" (destaquei)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 3.056/2010 DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ – ATENDIMENTO EM HIPERMERCADOS E SUPERMERCADOS – IMPOSIÇÃO A QUE TAIS ESTABELECIMENTOS MANTENHAM, NOS HORÁRIOS DE PICO E DURANTE A ALTA TEMPORADA, O MÍNIMO DE 50% DE SEUS CAIXAS DE ATENDIMENTO AOS CLIENTES EM FUNCIONAMENTO – OBRIGAÇÃO, ALÉM DISSO, DE MANUTENÇÃO DE AO MENOS UM EMPACOTADOR EM CADA CAIXA – ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DA FEDERAÇÃO AUTORA – PRELIMINAR REJEITADA – ARTIGO 85, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – LEGITIMIDADE DAS FEDERAÇÕES SINDICAIS E ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO ESTADUAL – PRESENÇA, ADEMAIS, DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VÍCIO NÃO EXISTENTE – RIGOROSA OBSERVÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO PROCESSO LEGISLATIVO – RESPEITO AOS REQUISITOS FORMAIS SUBJETIVOS E OBJETIVOS – MATÉRIA QUE NÃO É DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VÍCIO EXISTENTE – OFENSA À LIVRE INICIATIVA – FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO ESTADO DE SANTA CATARINA – PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E TAMBÉM PRINCÍPIO GERAL DA ECONOMIA CATARINENSE – ARTIGOS 1º, INCISO IV, E 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, E ARTIGOS 1º, INCISO V, E 135, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – DIREITO, A TODOS RECONHECIDO, DE EXPLORAR ATIVIDADES EMPRESARIAIS E DE ESCOLHER OS MEIOS DE FAZÊ-LO – LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA O MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ A INTERFERIR NA AUTOGESTÃO DOS SUPERMERCADOS E HIPERMERCADOS – QUALIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS – FATOR DISTINTIVO ENTRE EMPRESAS – LEI MUNICIPAL QUE FAZ DESSE DIFERENCIAL UMA OBRIGAÇÃO A SER CUMPRIDA PELOS EMPRESÁRIOS – ESVAZIAMENTO DA LIVRE CONCORRÊNCIA – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A legitimidade ativa da Federação impetrante encontra-se estampada no art. 85, inciso VI, da Constituição Estadual, que prevê como parte legítima para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face da Carta Estadual as federações sindicais e entidades de classe de âmbito estadual. Essa legitimidade faz-se também estreme de dúvida porque presente a pertinência temática entre as finalidades estatutárias da Federação impetrante e o conteúdo da lei municipal impugnada. A Lei Municipal nº 3.056/2010 não invade competência legislativa privativa da União, pois, ao contrário do defendido pela federação autora, não dispõe acerca de direito comercial, tampouco sobre direito do trabalho (art. 22, inciso I, da CF), motivo pelo qual não padece de vício de inconstitucionalidade formal. ***Ao proclamar o princípio da livre iniciativa, a Constituição prestigia o direito a todos reconhecido de explorar as atividades empresariais, e impõe a todos o dever de respeitar esse mesmo direito, declarando inconstitucionais atos que impeçam o seu pleno exercício. Esse dever de resguardo à livre iniciativa estende-se também ao Estado, que somente pode ingerir-se na exploração das atividades econômicas nos estreitos limites que a Constituição assim permitir. O diploma legislativo municipal em questão transformou o que, até então, era um fator distintivo entre as empresas – o atendimento diferenciado, por um número de atendentes compatível com a demanda –, por meio do qual estas poderiam atrair consumidores, em uma obrigação a ser cumprida pelos empresários do ramo de supermercados e hipermercados. Ou seja, a Lei Municipal manietou os empreendedores, subtraindo do mercado um de seus sustentáculos principais: a livre concorrência."*** (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2010.029348-6, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, Órgão Especial, julgado em 01/08/2012) (destaquei)

"A norma tida por inconstitucional, pelo acórdão recorrido, impunha que todo estabelecimento comercial incluído na obrigatoriedade por ela imposta, contasse com pelo menos um funcionário uniformizado e identificado para a prestação dos serviços de acondicionamento ou embalagem dos produtos adquiridos por seus clientes, para cada máquina registradora em operação. Já as normas reputadas constitucionais, a par de obrigarem os aludidos estabelecimentos a manter esse tipo de serviço à disposição de seus

clientes, também lhes impunha a contratação de pessoas para desempenhá-lo. Ora, essa norma legal, ainda mais que a anteriormente referida, implica em ingerência na organização interna de estabelecimentos comerciais, acarretando a obrigatoriedade da contratação de pessoas para desempenhar funções que especifica, numa clara invasão da competência legislativa exclusiva que a Constituição Federal reserva à União. Inúmeros são os precedentes desta Corte, a fulminar iniciativas análogas, o que vem ocorrendo desde a convolação, pelo Pleno desta Corte, da medida cautelar deferida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Octavio Gallotti, nos autos da ADI nº 669/RJ, decisão essa que restou assim ementada: Arguição de inconstitucionalidade de norma estadual que obriga 'as organizações de supermercados e congêneres a manterem pelo menos um funcionário, por cada máquina registradora, cuja atribuição seja o acondicionamento de compras ali efetuadas'. Relevância da fundamentação do pedido, deduzida perante os artigos 22, I e parágrafo único e 24, parágrafo 3., da Constituição Federal. Perigo da demora caracterizado pelo elevado montante da multa estipulada para o caso de descumprimento da obrigação (DJ de 29/05/92). (...)'. O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão, que, proferida em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade (CF, art. 125, § 2º), pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (f. 126): "Ação Direta De Inconstitucionalidade. ***É inconstitucional artigo de Lei Municipal que estabelece, aos hipermercados ou similares, a obrigatoriedade de haver, para cada máquina registradora em operação, um funcionário encarregado da prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem dos produtos adquiridos pelos clientes. Violação da competência privativa da União, para legislar sobre do trabalho, além de afronta aos princípios da livre iniciativa e de livre concorrência. Incidência dos arts. 22, I e 170, da Constituição Federal, em combinação com os arts. 8º e 157, V, da Constituição Estadual****. Ação Julgada procedente. Votos vencidos. Ação julgada procedente, em parte.' A parte recorrente, ao deduzir o presente apelo extremo, sustentou que o Tribunal a quo teria transgredido os preceitos inscritos nos artigos 22, inciso I, 30 e 170, IV e parágrafo único, todos da Constituição da República. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau, ao opinar pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário em questão (f. 196/200), formulou parecer assim ementado (f. 196): (...) Entendo assistir plena razão à douta Procuradoria Geral da República, cujo parecer evidencia que o acórdão ora questionado dissente do entendimento que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame de controvérsia idêntica à debatida nesta sede recursal. Isso significa, portanto, que a pretensão recursal ora deduzida revela-se plenamente acolhível, considerada a diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na apreciação do litígio em debate (RTJ 141/80, Rel. Min. Octavio GallottI RTJ 150/726-727, Rel. Min. Ilmar Galvão). (...). Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º – A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação procedente, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 4.428/01, do Município de Santa Maria (RS)."* (STF, RE 470.933 RS (Decisão Monocrática), Rel. Min. Dias Toffoli, data de julgamento: 17/06/2010)" (destaquei)

Neste cenário, o diploma legislativo estadual combatido, ao que tudo indica, transformou um fator distintivo entre as empresas – atendimento diferenciado nos dias de promoção – por meio do qual poderiam atrair consumidores, em uma obrigação a ser cumprida pelos empreendimentos do ramo de supermercados e hipermercados, em aparente violação a um dos princípios mais caros da atividade econômica, qual seja, a livre concorrência.

Logo, presente o requisito da aparência do bom direito.

Quanto ao *periculum in mora*, parece-me igualmente configurado, em estreita e efetiva vinculação com o requisito anterior, tendo em vista que a Lei está em plena vigência, portanto, apta a gerar efeitos, em outras palavras, é possível aos órgãos de orientação e defesa do consumidor exigir atuação imediata dos estabelecimentos associados à requerente, sob pena de autuação no âmbito administrativo e prejuízos às empresas.

Outrossim, não há que se falar que a Lei impugnada está em vigor desde a sua edição, em agosto de 2013, como colocou a d. Procuradora de Justiça em seu parecer, visto que logo após essa data a requerente já ingressou com ações judiciais buscando suspender os efeitos da norma estadual.

Inicialmente, ingressou a requerente com mandado de segurança nesta Corte, contra ato do Presidente da Assembleia Legislativa, no mesmo mês da publicação da Lei, agosto de 2013, ocasião em que, já naquela época, obteve medida liminar que a suspendeu, Autos nº 4008551-37.2013.8.12.0000.

O mandado de segurança foi julgado pelo Órgão Especial deste Tribunal, em 04/12/2013, sendo extinto sem resolução de mérito por inadequação da via eleita, com a revogação, consequentemente, da liminar até então em vigor.

Em recurso ordinário, o STJ ratificou a decisão do órgão máximo desta Corte de Justiça, em maio de 2014.

Na sequência, quando ainda tramitava a ação judicial anterior, em março de 2014, a associação requerente ingressou com nova medida judicial, desta vez em primeiro grau de jurisdição, mandado de segurança nº 0012179-65.2014.8.12.0001, contra ato do Superintendente do PROCON, tendo obtido a liminar para suspensão da lei ora impugnada em abril daquele ano, a qual perdurou até agosto de 2015, quando, por sentença, o feito foi extinto sem resolução de mérito por inadequação da via eleita, perdendo a liminar seus efeitos.

Em julgamento de recurso de apelação perante esta Corte, em fevereiro de 2018, a sentença foi confirmada, e novamente ratificada no Superior Tribunal de Justiça, posteriormente, em decisão que negou provimento ao recurso especial, em dezembro de 2018.

Logo após, ainda em dezembro de 2018, a requerente ingressou com a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Verifica-se, portanto, que, em que pese tenha a Lei nº 4.395/2013 entrado em vigor em agosto de 2013, vem sendo questionada judicialmente desde então pela associação requerente, sendo que, pelo menos, nos períodos de agosto a dezembro de 2013 e de abril de 2014 a agosto de 2015, ficou suspensa por decisões liminares do Poder Judiciário Estadual.

Nesse aspecto, é inquestionável que a conservação dos efeitos de norma aparentemente inconstitucional, como no caso, é circunstância capaz de ensejar inegável insegurança jurídica, afetando a coerência do ordenamento jurídico, com reflexos no princípio da proteção da confiança, base fundamental da estabilidade nas relações jurídicas intersubjetivas, notadamente daquelas na qual o Estado faz parte. Isso pode gerar consequências graves e irreversíveis, especialmente ao interesse público, emergindo, então, daí, o perigo da demora.

Forte nessas razões, entendo que tais peculiaridades infirmam os argumentos no sentido de que pelo fato de a Lei questionada ter sido publicada em agosto de 2013 inexistiria situação configuradora do perigo da demora.

Em suma, após o exame não exauriente da questão posta a julgamento e, portanto, em juízo inicial de cognição sumária, entendo estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que autoriza a concessão da medida liminar pleiteada.

Diante do exposto, contra o parecer, defiro o pedido cautelar formulado, diante da presença dos requisitos legais, para suspender, provisoriamente, a eficácia da Lei Estadual nº 4.395, de 8 de agosto de 2013, até o julgamento de mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Notifiquem-se o Presidente da Assembleia Legislativa e o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul a fim de que prestem informações no tocante ao mérito, no prazo regimental de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 519 do RITJMS.

Com as informações, se houver documento novo juntado, dê-se vista à parte autora, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Na sequência, encaminhe-se o processo à Procuradoria-Geral de Justiça para parecer, no prazo regimental de 15 (quinze) dias (arts. 521 e 522 do RITJMS).

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º vogal)

Ouso divergir, respeitosamente, do eminente relator, por entender que não se encontram presentes os requisitos para a concessão da cautelar suspensiva da lei questionada.

A lei é antiga, de 2013, e apesar de ter sido suspensa em razão de liminares concedidas em mandados de segurança anteriormente impetrados, ditas liminares foram posteriormente revogadas e a dita lei encontra-se em vigor desde 2015.

Para que a parte possa obter a tutela cautelar é preciso comprovar, de imediato, a plausibilidade do direito invocado - *fumus boni iuris* - e a possibilidade de prejuízo irreparável com a demora no julgamento de mérito da ação - *periculum in mora* - o que não se pode vislumbrar no caso, em vista do transcurso de longo lapso temporal desde a entrada em vigor do referido diploma.

Assim, não há qualquer urgência para adoção de tal medida.

Nesse sentido, precedentes deste Órgão Especial:

> *"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA (ABRADEE) – ENERGISA MATO GROSSO DO SUL – DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A – LEI ESTADUAL Nº 4. 054, DE 14.07.2011, QUE ESTABELECEU O PRAZO DE 45 DIAS PARA INSCRIÇÃO DO CONSUMIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA INADIMPLENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – SUPOSTA OFENSA AO ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E AOS ARTIGOS 18, 21, XII, B, E 22, IV, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – INVASÃO DE COMPETÊNCIA PELO LEGISLADOR ESTADUAL, QUE SE ALEGA NO DIREITO DE LEGISLAR CONCORRENTEMENTE COM A UNIÃO, EM CARÁTER SUPLEMENTAR – INEXISTÊNCIA DO REQUISITO PERICULUM IN MORA – IMPROCEDÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR. A demora no ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, após lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, associada à falta de demonstração do pressuposto legal objetivo, ilide, ainda que a tese deduzida seja juridicamente relevante, o reconhecimento da situação caracterizadora do periculum in mora, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada."* (TJMS; Rec. 1401550-79.2016.8.12.0000; Órgão Especial; Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; DJMS 08/07/2016; p. 4).

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO MUNICIPAL REGULAMENTANDO OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA, DE COLETA E DE TRATAMENTO DE ESGOTO EM CAMPO GRANDE – PEDIDO CAUTELAR DE MEDIDA LIMINAR – PRESSUPOSTOS DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO – INEXISTENTES – INDEFERIMENTO. Não restando evidenciados os requisitos necessários à concessão da liminar pretendida na ação direta de inconstitucionalidade, id est, a fumaça do bom direito e o perigo da demora, o indeferimento da tutela de urgência é de rigor, máxime porque entre a publicação do Decreto municipal nº 12.071/2012 inquinado de inconstitucional e o ajuizamento da adi decorreram mais de trinta e dois meses."* (TJMS; Rec. 1407466-31.2015.8.12.0000; Campo Grande; Órgão Especial; Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; DJMS 21/09/2015; p. 3).

De outra parte, não se cuida, simplesmente, de intervenção na atividade privada e econômica, mas de garantia dos direitos do consumidor.

Quem vai a supermercados sabe que sequer metade dos caixas instalados ficam em funcionamento, obrigando os consumidores a suportarem filas enormes.

O consumidor é estimulado a fazer suas compras em determinado estabelecimento, em razão de promoções que são efetuadas.

Ao ali chegar, é obrigado a suportar filas para pagamento das compras, porque o estabelecimento, conquanto tenha instalados vários caixas, faz com que apenas parte deles fique funcionando, em total desrespeito ao consumidor.

Aqui também não se trata de livre concorrência, apenas, o que, ressalto, deve ser analisado por ocasião do mérito.

Não se trata de pequenos mercados em bairros periféricos, que não contam com a estrutura de grandes empreendimentos, mas de grandes empreendimentos, que exercitam seu poder econômico para promoverem descontos até agressivos nos preços praticados – o que é bom para o consumidor - , mas deixam o consumidor desassistido depois que, atraídos pelos preços, não conseguem pagar em tempo e modo rápidos as suas compras, apenas porque a grande empresa não disponibiliza a abertura de caixas já existentes para o seu uso devido.

Ausentes os requisitos legais, indefiro a cautelar suspensiva, na forma do parecer.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (3º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (4º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (7º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator, acompanhado pelos Desembargadores Eduardo e Julizar deferirem a medida cautelar, enquanto que os Desembargadores Marcelo Rasslan, Claudionor, Divoncir e contar indeferem o pedido. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

VOTO (EM 14/08/2019)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (8º vogal)

Trata-se de direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Sul-Mato-Grossense de Supermercados – AMAS, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 4.395/2013, que dispõe sobre a obrigatoriedade do total preenchimento com funcionários dos caixas existentes nos supermercados e hipermercados.

A associação autora afirma, em síntese, que: (i) há vício de iniciativa por usurpação da competência legislativa da União, bem como por violação a princípios da Constituição Federal e Estadual; (ii) ao interferir na atividade privada, impondo padrões de atuação, a aludida legislação estadual viola a livre concorrência e a livre iniciativa; (iii) mesmo em datas promocionais é quase impossível a abertura da totalidade de caixas, haja vista a escala de funcionários e suas respectivas folgas, ensejando a necessidade de contratação de pessoal para tal atendimento, usurpando, consequentemente, a competência da União para legislar sobre Direito do Trabalho; (iv) há inconstitucionalidade formal, em razão da usurpação de competência da União para legislar

sobre questões relativas a consumo, comércio e trabalho, conforme normas do arts. 22, I, 23 e 24, todos da Constituição Federal, em consonância com os arts. 8º e 62 da Constituição Estadual; e (v) inconstitucionalidade material, por violação aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade e, sobretudo, da ordem econômica, livre iniciativa e livre concorrência, nos termos do art. 1º, II e IV, e arts. 166 e seguintes da Constituição Estadual.

O relator, Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques acompanhado pelos Desembargadores Eduardo Machado Rocha e Julizar Barbosa Trindade deferiram a medida cautelar pleiteada para suspender a eficácia da Lei Estadual nº 4.395/2013, até o julgamento definitivo da presente ação. Por outro lado, os Desembargadores Marcelo Câmara Rasslan, Claudionor Miguel Abss Duarte, Divoncir Schreiner Maran e Carlos Eduardo Contar indeferiram a medida cautelar pleiteada.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Peço vênia para divergir do relator.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a análise da presente arguição, neste momento, cinge-se apenas em verificar a existência ou não dos pressupostos que autorizam a concessão da cautelar pleiteada, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

É de se anotar, ademais, que, para o deferimento da medida antecipatória, necessário o preenchimento concomitante dos requisitos supramencionados, sob pena de não concessão da liminar. A propósito, eis o precedente:

> *"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA LEI MUNICIPAL Nº 225/2014 – AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA (PERICULUM IN MORA) – PEDIDO CAUTELAR INDEFERIDO. 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.[1]"*

Pois bem. A norma impugnada possui a seguinte redação:

> *"Dispõe sobre o preenchimento obrigatório com funcionários, dos caixas de supermercados e hipermercados estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, e dá outras providências.*
>
> *A Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul*
>
> *Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul decreta e eu promulgo, nos termos do § 7º do art. 70 da Constituição Estadual a seguinte Lei:*
>
> *Art. 1º Os supermercados e hipermercados devidamente estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, deverão preencher com funcionários a totalidade de caixas disponíveis nas datas utilizadas para promoção de seus produtos.*
>
> *§ 1º Serão consideradas datas promocionais aquelas utilizadas para ofertar aos clientes mercadorias com valor de venda abaixo do praticado no mercado.*
>
> *§ 2º A obrigatoriedade prevista nessa lei recairá sobre os supermercados e hipermercados que possuírem 06 (seis) ou mais caixas de atendimento.*
>
> *Art. 2º Os estabelecimentos mencionados no artigo 1º, deverão obrigatoriamente fixar, em local e tamanho visível, cópia desta Lei e adesivo indicativo com o número 151 e a inscrição Disque- Denúncia/ProconMS.*

1 TJMS. Direta de Inconstitucionalidade nº 2000009-59.2016.8.12.0000. Rel. Desembargador Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento 19.10.2016.

> *Art. 3º No descumprimento desta Lei, os estabelecimentos mencionados ficarão sujeitos às sanções previstas no art. 56 da Lei federal no 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e deverão ser aplicadas na forma dos arts. 57 a 60 deste dispositivo.*
>
> *Art. 4º Esta Lei entra vigor na data de sua publicação.*
>
> *Campo Grande, 7 de agosto de 2013*
>
> *Deputado JE."*

No caso em apreço, verifico, desde logo, não encontrar-se presente o *periculum in mora*, porquanto, em uma análise perfunctória da matéria, infere-se que a lei atacada encontra-se em vigor desde agosto de 2013, ou seja, há mais de cinco anos, o que afasta o reconhecimento de situação alegadamente configuradora do perigo, inviabilizando a concessão da tutela cautelar.

Em caso análogo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5510/PR, o Ministro Relator, Roberto Barroso, consignou que:

> *"Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, o deferimento de medida liminar pressupõe a presença de dois pressupostos: i) a verossimilhança do direito alegado e ii) o perigo na demora em se obter provimento judicial (ADI 2.333 MC, Rel. Min. Marco Aurélio). Também de acordo com a jurisprudência desta Corte,* ***salvo em hipóteses excepcionais, o transcurso de longo prazo desde a vigência da norma atacada constitui indício relevante da inexistência do segundo requisito, a justificar o indeferimento da liminar postulada*** (ADI 1.935, Rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido: ADI 5.236 e ADI 5.519, ambas de minha relatoria. (Grifei)

Ante o exposto, divirjo do relator e, em vista da ausência do *periculum in mora*, de acordo com o parecer, indefiro o pedido cautelar.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (9ª vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (10º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (11º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (12º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (13º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (14º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão para voto de desempate do presidente, Des. Paschoal Carmello Leandro, após o relator e os Desembargadores Eduardo, Julizar, Sideni, Ruy Celso, Marcos Brito e Luiz Tadeu Deferirem a Cautelar e os Desembargadores Marcelo, Claudionor, Divoncir, Contar, Sérgio, Pavan e Marco André Indeferirem.

VOTO (EM 14/08/2019)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (5º vogal)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido liminar, proposta por Associação Sul-Mato-Grossense de Supermercados – AMAS em face do Estado de Mato Grosso do Sul, visando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 4.395, de 7 de agosto de 2013, com o cancelamento de seus efeitos desde a sua edição, sob alegação que a referida Lei:

> *"(...) não encontra amparo legal que a sustente, bem como fere diversos preceitos e princípios das Constituições Federal e Estadual, eis que acabou por invadir a competência que a Constituição Federal reserva à União, bem como violou princípios da livre iniciativa e livre concorrência (...)".*

Pleiteou a concessão de medida liminar, a fim de suspender os efeitos concretos da Lei Estadual em questão.

Na sessão do dia 14 do corrente, o relator deferiu a liminar, sendo acompanhado pelos Desembargadores Eduardo Machado Rocha, Julizar Barbosa Trindade, Sideni Soncini Pimentel, Ruy Celso Barbosa Florence, Marcos José de Brito Rodrigues e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

O Desembargador Marcelo Câmara Rasslan abriu divergência, sendo acompanhado pelos Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Divoncir Schreiner Maran, Carlos Eduardo Contar, Sérgio Fernandes Martins, Dorival Renato Pavan e Marco André Nogueira Hanson.

Em face do empate, passo a proferir meu voto, como Presidente desta Corte.

Cinge-se, portanto, o presente à análise do pedido de medida liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de suspender os efeitos da Lei Estadual nº 4.395, de 7 de agosto de 2013 que *"dispõe sobre o preenchimento obrigatório com funcionários, dos caixas de supermercados e hipermercados estabelecidos no Estado do Mato Grosso do Sul, e dá outras providências".*

Pedindo vênia ao eminente relator, acompanho o voto divergente proferido pelo Desembargador Marcelo Câmara Rasslan.

Tradicionalmente a doutrina distingue a tutela cautelar da tutela antecipada, esclarecendo que a primeira visa assegurar o resultado útil do processo, enquanto a segunda satisfaz, antecipadamente, o direito da parte.

Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, é nítido que a pretensão do autor com a chamada "medida cautelar" prevista no art. 10, da Lei nº 9.868/1999, é a imediata declaração de ineficácia da lei ou da norma impugnada, de modo que a "medida cautelar", na realidade, tem os efeitos de uma "tutela antecipada", adiantando os efeitos práticos da tutela pretendida ao final.

Nesse sentido, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves[2]:

> *"(...) é comum constar da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade um pedido de liminar, que, quando utilizado como espécie de tutela de urgência – como parecer ser o caso-, é tutela de urgência satisfativa, exatamente com a mesma função da tutela antecipada. Existem, inclusive, decisões do Supremo Tribunal Federal deferindo a liminar pleiteada, sem a indicação expressa à "medida cautelar" prevista em lei, por vezes, inclusive, reconhecendo expressamente sua natureza antecipatória."*

Para a concessão da tutela de urgência antecipada, o art. 300, do CPC estabelece que é imprescindível a demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris),* bem como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora),* os quais não se fazem presente nesse momento da instrução processual.

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Ações constitucionais: volume único. 3. ed. Rev., atual. E ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2017.

O requisito da probabilidade do direito alegado não resta demonstrado. Tratando-se de medida liminar que antecipa o provimento final, a concessão de tutela de urgência de natureza antecipada exige a comprovação inequívoca da probabilidade do direito que se busca tutelar.

In casu, não se constata nessa fase processual a comprovação inequívoca do *fumus boni iuris,* à vista da natureza da Lei atacada, que tem por objeto a salvaguarda dos direitos dos consumidores, que compõem a parte mais frágil da relação consumerista.

Não se deve desprezar, ainda, que o Estado por meio do seu poder de polícia, tem o dever de fiscalizar e coibir práticas que se revelem lesivas aos direitos dos consumidores, de modo que os argumentos lançados no sentido da interferência indevida na atividade econômica não prevalece sobre o bem maior que a Lei visa proteger, qual seja o interesse da coletividade.

Na espécie, ausente também o *periculum in mora,* notadamente porque a Lei foi editada em 2013 e a propositura da ADIN ocorreu somente em 1º de março de 2019 (data da assinatura digital do patrono da autora na peça inicial).

O decurso de mais de 5 (cinco) anos entre a edição da Lei impugnada e a propositura da presente inviabiliza a concessão da tutela de urgência, por não visualizar risco de dano irreparável de um instrumento normativo que encontra-se vigente desde 2013.

Portanto, ausentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* o indeferimento da tutela de urgência impõe-se.

Ex positis, acompanho o voto divergente e indefiro o pedido liminar.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o voto de desempate do Presidente, Desembargador Paschoal Carmello Leandro e com o parecer, indeferiram a cautelar, nos termos do voto do Des. Marcelo Câmara Rasslan, vencidos o relator e os Desembargadores Eduardo Machado Rocha, Julizar Barbosa Trindade, Sideni Soncini Pimentel, Ruy Celso Barbosa Florence, Marcos José De Brito Rodrigues e Luiz Tadeu Barbosa Silva que deferiam.

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. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 21 de agosto de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Conflito de Competência Cível nº 1601738-83.2019.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE DOURADOS E JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE DOURADOS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO – MENOR QUE FIGURA NO POLO ATIVO DA AÇÃO – NATUREZA CONTRATUAL DA DEMANDA – INEXISTÊNCIA DE RISCO A ENSEJAR A COMPETÊNCIA ESPECIAL – COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL RESIDUAL – CONFLITO IMPROCEDENTE.

Considerando que a ação versa sobre relação contratual e consumerista de plano de saúde na rede privada, envolvendo incapaz fora de situação de risco, a competência para apreciar e julgar a mesma é do juízo cível, e não da infância e juventude.

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, julgar improcedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados em face do juiz de direito da Vara da Infância e da Juventude da mesma comarca, para o fim de ver declarada a competência deste para o processamento da Ação de Obrigação de Fazer nº 0800646-05.2016.8.12.0002, ajuizada por L. S. P., representado por sua mãe F. F. de S. P. em desfavor da Unimed de Dourados de MS – Cooerativa de Trabalho Médico, visando o custeio de tratamento de psicoterapia e terapia ocupacional, em razão de ser diagnosticado com transtorno do espectro autista (CID 10 F84.0).

O juiz suscitante argumenta que, de acordo com o art. 6º, alínea "i", da Resolução TJMS nº 221/94, a competência da vara especializa julgar e processar os feitos relativos à infância e à adolescência, *"são todos aqueles em que se discute e/ou se defende direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, de crianças e adolescentes, independente de encontrarem-se ou não em situação de risco (cf. art. 7º Lei nº 8069/90)"*, bem como que, de acordo com o ECA, a Vara da Infância e da Adolescência é competente para processar e julgar ações civis fundadas em interesse e direito individual afeto à saúde da criança e do adolescente.

Oficiado, o juízo suscitado ratificou seu posicionamento, sustentando que a causa não espelha a hipótese de incidência da competência da infância e juventude, as quais emanam das violações previstas nos artigos 98 e 148, do ECA, por tratar-se de relação de natureza contratual entre as partes.

Instada, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu o parecer de f. 62-5, opinando pela improcedência do conflito.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juiz de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados em face do juiz de direito da Vara da Infância e da Juventude da mesma comarca, para o fim de ver declarada a competência deste para o processamento da Ação de Obrigação de Fazer nº 0800646-05.2016.8.12.0002, ajuizada por L. S. P., representado por sua mãe F. F. de S. P. em desfavor da Unimed de Dourados de MS – Cooperativa de Trabalho Médico, visando o custeio de tratamento de psicoterapia e terapia ocupacional, em razão de ser diagnosticado com transtorno do espectro autista (CID 10 F84.0).

O juiz suscitante argumenta que, de acordo com o art. 6º, alínea "i", da Resolução TJMS nº 221/94, a competência da vara especializada julgar e processar os feitos relativos à infância e à adolescência, *"são todos aqueles em que se discute e/ou se defende direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, de crianças e adolescentes, independente de encontrarem-se ou não em situação de risco (cf. art. 7º Lei nº 8069/90)"*, bem como que, de acordo com o ECA, a Vara da Infância e da Adolescência é competente para processar e julgar ações civis fundadas em interesse e direito individual afeto à saúde da criança e do adolescente.

Oficiado, o juízo suscitado ratificou seu posicionamento, sustentando que a causa não espelha a hipótese de incidência da competência da infância e juventude, as quais emanam das violações previstas nos artigos 98 e 148, do ECA, por tratar-se de relação de natureza contratual entre as partes.

Instada, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu o parecer de f. 62-5, opinando pela improcedência do conflito.

Examinando detidamente a matéria, tenho que não assiste razão ao juízo suscitante.

Isso porque, trata-se de ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por infante em face da operadora de plano de saúde Unimed de Dourados de MS – Cooperativa de Trabalho Médico, visando sua condenação à disponibilização de sessões de psicoterapia e terapia ocupacional, indispensável para o adequado tratamento do menor, portador de transtorno do espectro autista, os quais teriam sido negados pela operadora do plano de saúde do qual é beneficiário, sob a justificativa de que o tratamento é de caráter domiciliar.

Nesse contexto, embora figure no polo ativo da demanda menor incapaz, verifica-se que a matéria posta em discussão é eminentemente contratual, de natureza obrigacional, de modo que a situação retratada na espécie não se enquadra em nenhuma das hipóteses de competência da Justiça da Infância e da Juventude elencadas no rol do artigo 148, IV, da Lei nº 8.069/90 (ECA).[1]

Oportuno ressaltar que as ações civis mencionadas no inciso IV do referido dispositivo referem-se às demandas que envolvam a necessidade de tutela de direitos fundamentais da criança e do adolescente, não se confundindo com direitos obrigacionais (contratuais). Estas são de competência do juízo cível, enquanto que aquelas (ações mandamentais, ações civis públicas, ações populares, dentre outras que digam respeito aos direitos fundamentais do menor), serão processadas e julgadas perante o juízo da Infância e da Juventude.

1 Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:
(...)
IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209

A par disso, em que pese a condição peculiar do autor e a proteção conferida aos infantes pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a presença de menor na lide como parte, por si só, não vincula a competência da justiça especializada, a qual define-se em função do pedido e da causa de pedir quando estes estiverem intimamente ligados ao descumprimento de algum direito protegido pelo ECA.

A propósito, confira-se a lição de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

> *"(...) A Vara da Infância e Juventude será competente para conhecer destas ações quando o pedido disser respeito ao descumprimento de algum direito protegido pelo Estatuto, não bastando que uma criança ou adolescente seja autor da ação para que seja fixada a competência do juízo da Infância*.[2]"

Não há, outrossim, ofensa ao disposto no artigo 87, do Código de Processo Civil, que trata da *perpetuatio jurisdiciones*, pois se trata de competência absoluta, em razão da matéria e, portanto, exceção à regra de não modificação da competência.

De resto, verifica-se que o infante requerente encontra-se devidamente assistido por sua genitora, motivo pelo qual não se vislumbra nenhuma das situações de risco do artigo 98, do ECA, a ponto de ensejar a atração da ação para a competência da Justiça Especializada.

Desse modo, considerando que a ação versa sobre obrigação de natureza civil e consumerista, cuja controvérsia deverá ser analisada de acordo com as regras da legislação civil e do Código de Defesa do Consumidor, dúvida não há de que a competência para apreciar e julgar a causa é do ilustre Juiz de Direito da 2.ª Vara Cível da Comarca de Dourados.

Nesse mesmo sentido, oportuno colacionar julgado da 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, em caso idêntico ao presente:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E VARA CÍVEL RESIDUAL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO POR PLANO DE SAÚDE – INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO – COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL RESIDUAL – CONFLITO IMPROCEDENTE."* (TJMS; CC 1601706-78.2019.8.12.0000; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; DJMS 02/10/2019; p. 162).

Este entendimento também já foi consolidado em outros Tribunais, conforme se infere dos arestos a seguir:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO O CUSTEIO DE TRATAMENTO CLÍNICO POR PLANO DE SAÚDE – POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO CRIMINAL, QUE ACUMULA TAMBÉM A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS FEITOS RELACIONADOS À INFÂNCIA E JUVENTUDE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO QUE SE DEFINE PELA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE VIVENCIADA PELA CRIANÇA OU ADOLESCENTE – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 98, II, E 148, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – INEXISTÊNCIA – QUESTÃO DE FUNDO MERAMENTE OBRIGACIONAL, NÃO DESAFIANDO A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO – PRECEDENTE DESTA CÂMARA ESPECIAL – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE SUMARÉ, ORA SUSCITADO."* (TJSP; CC 0016486-02.2019.8.26.0000; Ac. 12711072; Sumaré; Câmara Especial; Relª Desª Dora Aparecida Martins; Julg. 29/07/2019; DJESP 09/08/2019; p. 2628);

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – RELAÇÃO CONTRATUAL – PLANO DE SAÚDE – MENOR REPRESENTADO PELA GENITORA – VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE*

2 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Curso de direito da criança e do adolescente** – aspectos teóricos e práticos. Coordenação de Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 1.036.

– RELAÇÃO DE DIREITO OBRIGACIONAL – INTERESSE PARTICULAR CONTRATUAL – COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela juíza de direito da vara da infância e da juventude da Comarca de canoas em face da decisão do juiz de direito da 2ª Vara Cível de canoas, que declinou da competência do feito ao juízo da infância sob o fundamento de que a ação envolve direito de menor, o que atrairia a competência das varas de infância e juventude. Inexistência das hipóteses dos artigos 98 e 148 da Lei nº 8.069/90, mostrando-se irrelevante o fato de o menor ser a parte postulante no feito como critério balizador de competência. Tratando-se de ação em que se discute descumprimento de contrato de plano de saúde, matéria obrigacional, com pedido de realização de procedimento, é de ser fixada a competência do juízo cível. Dessa feita, o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de canoas é competente para processar e julgar a presente ação de obrigação de fazer. Conflito negativo de competência provido." (TJRS; CC 0278802-91.2018.8.21.7000; Canoas; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Niwton Carpes da Silva; Julg. 09/10/2018; DJERS 15/10/2018);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PLANO DE SAÚDE – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – MENOR FIGURANDO NO PÓLO ATIVO DA AÇÃO – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO É APTA, PER SI, A ATRAIR A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – CONTROVÉRSIA DE NATUREZA CONTRATUAL E CONSUMERISTA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL – PRECEDENTE DESTA CÂMARA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO E ACOLHIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. Considerando que a ação versa sobre relação contratual e consumerista de plano de saúde na rede privada, envolvendo incapaz fora de situação de risco, é evidente que a competência para apreciar e julgar a presente é do juízo cível, e não da infância e juventude." (TJPR; ConCompCv 1660045-0; Curitiba; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Lopes; Julg. 26/10/2017; DJPR 20/11/2017; p. 226).

Diante do exposto e, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, julgo improcedente o presente conflito de competência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente o conflito, 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. João Maria Lós.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

***

Órgão Especial
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0800551-98.2018.8.12.0003/50000 – Bela Vista

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – ART 6º, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 1.226/03 – MUNICÍPIO DE BELA VISTA/MS – COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO E APOSENTADORIA – CARÁTER CONTRIBUTIVO E AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO – VIOLAÇÃO AO ART. 195, § 5º, DA CF – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

A imposição prevista no art. 6º, da Lei Complementar nº 1.226, de 04 de novembro de 2003, que estabelece que o Município de Bela Vista passa a ser responsável pela complementação das aposentadorias e pensões concedidas pelo INSS, fim de garantir proventos integrais, viola o caráter contributivo do regime de previdência por impor complementação exclusiva a cargo do ente público, sem a devida fonte de custeio.

Inconstitucionalidade do art. 6º, da Lei Complementar nº 1.226/03, do Município de Bela Vista, declarada incidentalmente, tendo em vista a afronta ao artigo 195, § 5º, da Constituição da República.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade encaminhada pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível deste Tribunal, nos Autos do Recurso de Apelação nº 0800551-98.2018.8.12.0003, interposto por Oildemar Cáceres, nos autos da ação de complementação de pensão por morte que move contra o Município de Bela Vista/MS.

A pretensão do apelante é a reforma da sentença que julgou improcedente a ação de complementação de pensão por morte, na qual o magistrado reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 6º, da Lei Municipal nº 1.226/03, por ter instituído um benefício aos servidores públicos municipais sem fonte de custeio, em afronta ao caráter contributivo do regime previdenciário constitucional.

O acórdão do recurso de apelação restou assim ementado:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE, C/C COBRANÇA – VIÚVO DE SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZAVA COMPLEMENTO DE APOSENTADORIA DOS

SERVIDORES VINCULADOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – SENTENÇA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA FONTE DE CUSTEIO (ART. 195, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE INCLUSIVE POR OFENSA AO ART. 40, § 14, E 202, AMBOS DA CF/88 – APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL.

Tendo em vista a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF), remete-se ao Órgão Especial a análise da questão alusiva à constitucionalidade do art. 6º da Lei Municipal 1.226/2003 de Bela Vista/MS, que prevê "O município passa a ser responsável pela complementação das aposentadorias e pensões concedidas pelo INSS de forma a cumprir o previsto no art. 40, §§ 3º e 7º da Constituição Federal.", configurando ofensa ao regramento constitucional disposto no art. 195,§ 5º (ausência de previsão da fonte de custeio), e arts. 40, § 14, e 202 (ante a instituição de previdência de caráter complementar sem a devida constituição de reserva), todos da CF/88."

Devidamente intimado, o Município de Bela Vista não apresentou manifestação (f. 19).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 23-30, pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.226/2003.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade encaminhada pelos desembargadores membros da 4ª Câmara Cível deste Tribunal, no Recurso de Apelação nº 0800551-98.2018.8.12.0003, interposto por Oildemar Cáceres, nos autos da ação de complementação de pensão por morte que move contra o Município de Bela Vista/MS.

A pretensão do apelante é a reforma da sentença que julgou improcedente a ação de complementação de pensão por morte, na qual o magistrado reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 6º, da Lei Complementar Municipal nº 1.226/03, por ter instituído um benefício aos servidores públicos municipais sem fonte de custeio, em afronta ao caráter contributivo do regime previdenciário constitucional.

O acórdão do recurso de apelação restou assim ementado (f. 123):

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE, C/C COBRANÇA – VIÚVO DE SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZAVA COMPLEMENTO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES VINCULADOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – SENTENÇA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA FONTE DE CUSTEIO (ART. 195, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE INCLUSIVE POR OFENSA AO ART. 40, § 14, E 202, AMBOS DA CF/88 – APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL.

Tendo em vista a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF), remete-se ao Órgão Especial a análise da questão alusiva à constitucionalidade do art. 6º da Lei Municipal 1.226/2003 de Bela Vista/MS, que prevê "O município passa a ser responsável pela complementação das aposentadorias e pensões concedidas pelo INSS de forma a cumprir o previsto no art. 40, §§ 3º e 7º da Constituição Federal.", configurando ofensa ao regramento constitucional disposto no art. 195, § 5º (ausência de previsão da fonte de custeio), e arts. 40, § 14, e 202 (ante a instituição de previdência de caráter complementar sem a devida constituição de reserva), todos da CF/88."

Como é cediço, o controle de constitucionalidade das leis segundo a normatividade pátria pode ser feito de duas formas: direta ou incidental, dispondo a Constituição Federal, em relação ao último caso, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal somente pode ser feita, em órgão colegiado, pela maioria absoluta de seus membros ou de seu Órgão Especial (art. 97, da CR).

Referente ao tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 10, que dispõe que "*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*".

No caso dos autos, a presente arguição incidental de inconstitucionalidade, suscitada pelos desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, submete à apreciação desse Órgão Especial a questão da constitucionalidade do art. 6º, da Lei Complementar Municipal nº 1.226/2003 (lei que extinguiu o regime próprio de previdência dos servidores do Município de Bela Vista), disposto nos seguintes termos (f. 63):

> *"Art. 6º O Município passa a ser responsável pela complementação das aposentadorias e pensões concedidas pelo INSS de forma a cumprir o previsto no art. 40, §§ 3º e 7º da Constituição Federal."*

A lei impugnada criou um verdadeiro regime de previdência complementar, ao impor ao Município de Bela Vista/MS a complementação de proventos e pensões, a fim de manter a remuneração que percebia enquanto em atividade.

Ocorre que o art. 195, § 5º, da Constituição Federal, expressamente estabelece que nenhum ente federativo pode criar, majorar ou estender nenhum benefício da seguridade social sem a correspondente fonte ou custeio total, *in verbis:*

> *"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total."*

É certo que os Municípios se submetem aos princípios que regem a seguridade social, dentre eles o caráter contributivo do regime previdenciário, porém, a reintrodução dos benefícios no sistema legal do Município desrespeita os princípios da seguridade social (art. 194 e 195, da Constituição Federal), dentre eles os de que a seguridade social deve ser custeada por contribuições dos trabalhadores e de que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Sucede que, como já visto, é vedado constitucionalmente que essa complementação fique exclusivamente às custas dos cofres públicos, como se dá no caso em análise.

Nesse sentido, já decidiu este Órgão:

> *"INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E COBRANÇA – SERVIDORA PÚBLICA LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZAVA COMPLEMENTO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES VINCULADOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – INCONSTITUCIONALIDADE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO DA FONTE DE CUSTEIO, NOS TERMOS DO ART. 195, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE INCLUSIVE POR OFENSA AO ART. 40, § 14 E 202, AMBOS DA CF/88.* ***Revela-se inconstitucional*** *a* ***Lei Municipal*** *1.140/2002, do município*

> *de Bataguassu-MS,* ***que prevê aos servidores aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social, em caso de recebimento a menor de seus vencimentos pela previdência adotada, a diferença em relação à remuneração integral a ser suportada pelo Município, mediante simples requerimento do servidor,*** *dirigido ao Prefeito Municipal, uma vez que ofende o regramento constitucional disposto no art. 195,§ 5º, da CF(ausência de previsão da fonte de custeio), e arts. 40, § 14 e 202 (ante a instituição de previdência de caráter complementar sem a devida constituição de reserva).”* (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0800706-03.2016.8.12.0026/5000, DJ. 28.03.2008, Des. Relator Paschoal Carmello Leandro, Órgão Especial). (g.n.)

Assim, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 1.226/2003, de Bela Vista (MS). eis que, embora tenha o Município competência para legislar sobre a forma da remuneração de seus servidores, por se tratar de assunto de interesse local, nos moldes do que dispõe o art. 30, I, da Constituição Federal, não poderia tal ente federativo instituir despesa com a complementação do regime previdenciário sem a prévia fixação da fonte de custeio, impondo unicamente aos cofres públicos arcar com tais valores, colocando em risco o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema e violando o caráter contributivo de tal complementação.

Pelo exposto, com o parecer, declaro a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar Municipal nº 1.226 de 04 de novembro de 2003, do Município de Bela Vista/MS, tendo em vista a afronta ao art. 195, § 5º, da Constituição Federal.

Prevalecendo este entendimento, na forma do art. 507, § 1º, do RITJMS, devolvam-se os autos à 4ª Câmara Cível deste Tribunal, para que aprecie a causa de acordo com o que restou decidido na matéria prejudicial examinada neste incidente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, 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. Eduardo Machado Rocha e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0808180-97.2016.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – BEM PÚBLICO DOADO – DESAFETAÇÃO – POSSIBILIDADE DE USUCAPIR – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Se o imóvel, antes bem público, foi doado ao particular, tornou-se passível de ser objeto de usucapião.

Comprovado que a parte requerente exerce a posse sobre o imóvel com *animus domini* desde o ano de 2007, sem oposição, deve-se reconhecer a aquisição originária da propriedade em favor dos possuidores. Requisitos do usucapião preenchidos.

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

Campo Grande, 29 de outubro de 2019

Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Maria Ilda Ferreira de Paula e Antônio André de Paula Filho, qualificados nos autos da ação de usucapião especial urbano que ajuizaram em desfavor de Júlio César da Silva Ferreira e Honoria Zaratin de Andrade Ferreira, inconformados com a sentença de improcedência do pedido inicial, interpuseram o presente recurso de apelação cível em desfavor dos requeridos e do Município de Dourados/MS.

Mencionaram que, diferente do que entendeu o magistrado *a quo*, o imóvel ainda pertence a Júlio César e Honoria, donatários da doação promovida pelo Município de Dourados/MS, os quais em nenhum momento descumpriram as regras do acordo pactuado com os doadores, ao contrário, aguardaram o lapso de tempo necessário – 10 anos – para vender o imóvel aos apelantes, não havendo, portanto, que se falar em nulidade da escritura pública.

Aduziram que a escritura pública lavrada às f. 003, do livro 067-UR, do CRI local, foi firmada panimuselas partes em 02 de maio de 1996 (vide fl. 15), quando o município entregou aos donatários a posse do imóvel, os quais venderam o bem somente no ano de 2007, mediante contrato verbal.

Sustentaram que a reversão do imóvel doado ao patrimônio público depende de procedimento prévio que assegure às partes o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, o qual não fora adotado pela municipalidade.

Salientaram que os apelantes exercem posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre o imóvel desde 2007, comportando-se como donos, ali residindo e zelando pelo local.

Argumentaram que não houve qualquer procedimento, por parte do município, para anulação da referida doação, a qual continua válida.

Requerem, ao final, o provimento do recurso, a fim de, em reformando a sentença, julgar procedente o pedido da inicial, com a inversão do ônus da sucumbência.

O prazo para contrarrazões transcorreu *in albis* (Certidão de f. 263).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Maria Ilda Ferreira de Paula e Antônio André de Paula Filho, qualificados nos autos da ação de usucapião especial urbano que ajuizaram em desfavor de Júlio César da Silva Ferreira e Honoria Zaratin de Andrade Ferreira, inconformados com a sentença de improcedência do pedido inicial, interpuseram o presente recurso de apelação cível em desfavor dos requeridos e do Município de Dourados/MS.

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

Os autores pretendem usucapir o Lote nº 17 da quadra 64, do loteamento "Vila Cachoerinha", matrícula 78.805, o qual, afirmam, que adquiriram por meio de contrato verbal.

Observa-se dos autos que o pedido da inicial da ação de usucapião foi julgado improcedente sob o argumento de que bem público não pode ser objeto de usucapião e que, no caso, a doação do imóvel feita pelo Município de Dourados aos requeridos – Júlio César e Honoria - é nula, em razão de o bem ter sido vendido antes de ultrapassado dez anos da doação.

Inconformados com a referida sentença os autores interpuseram recurso de apelação, alegando, em síntese:

Que, diferente do que entendeu o magistrado *a quo*, o imóvel ainda pertence a Júlio César e Honoria, donatários da doação promovida pelo Município de Dourados/MS, os quais em nenhum momento descumpriram as regras do acordo pactuado com os doadores, ao contrário, aguardaram o lapso de tempo necessário – 10 anos – para vender o imóvel aos apelantes, não havendo, portanto, que se falar em nulidade da escritura pública;

Que a escritura pública lavrada às f. 003, do livro 067-UR, do CRI local, foi firmada pelas partes em 02 de maio de 1996 (vide fl. 15), quando o município entregou aos donatários a posse do imóvel, os quais venderam o bem somente no ano de 2007, mediante contrato verbal;

Que a reversão do imóvel doado ao patrimônio público depende de procedimento prévio que assegure às partes o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, o qual não fora adotado pela municipalidade, que os apelantes exercem posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre o imóvel desde 2007, comportando-se como donos, ali residindo e zelando pelo local;

Que não houve qualquer procedimento, por parte do município, para anulação da referida doação, a qual continua válida.

Com razão os apelantes.

Vê-se da Certidão do Registro de Imóveis acostada à fl. 15, que o imóvel em questão foi doado pelo município aos requeridos na data de 02 de maio de 1996, logo, quando do registro da referida doação em Cartório, no ano de 2007, a condição – no sentido de que o imóvel somente poderia ser comercializado dez anos após a doação – já havia se operado. Logo, não há falar em nulidade da referida doação.

Assim, o referido bem não mais se trata de bem público, uma vez que desafetado e doado a particulares, no caso, os requeridos, ora apelados, logo, é suscetível de ser usucapido.

Outrossim, mesmo que assim não fosse, entendo que a reversão da doação não se daria de forma automática.

A condição para doação se deu nos seguintes termos:

> *"(...) Condição: A donatária somente poderá construir residencial familiar, vedado o seu uso para qualquer outra finalidade sob pena de retomada de imóvel. Não poderá o donatário vender, prometer ou por qualquer outra forma alienar ou transferir o imóvel e todos os direitos dele decorrentes, inclusive a posse no prazo de 10 anos sob pena de nulidade da presente escritura."* (f. 15)

Assim, vê-se que sequer fala-se em nulidade automática, mas, na verdade, em possibilidade de anulação. Desse modo, entendo que não há falar em impossibilidade de o imóvel em questão ser objeto de usucapião.

De fato, se o mencionado imóvel foi doado com encargo, conforme demonstra a documentação dos autos, foi-lhe retirada a natureza pública, até porque o encargo não suspende a aquisição do direito, nos termos do art. 136, do Código Civil. Assim, o citado bem passou a ser suscetível de ser adquirido por meio de usucapião.

Nesse sentido, destaco a lição de Nelson Rosenvald, comentando o art. 553, do Código Civil (Código Civil Comentado. 5. ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 601). Confira-se:

> *"Ao contrário do termo e da condição, em que se suspende o exercício ou a própria aquisição do direito (arts. 125 e 131 do CC), a fixação de um encargo não suspende a aquisição do direito (art.136 do CC), gerando imediata eficácia de liberalidade e, via de consequência, da obrigação do donatário de cumprir o encargo."*

Daí porque o citado bem passou a ser suscetível de ser adquirido por meio de usucapião, pois deixou de ser público.

A propósito, colho precedentes:

> *"USUCAPIÃO – BEM PÚBLICO, DOADO PARA A CONSTITUIÇÃO DE LOTEAMENTO – OCORRÊNCIA DE DESAFETAÇÃO – POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO – PRECEDENTES – TODAVIA, AUTORA NÃO COMPROVOU O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO – RECURSO DESPROVIDO."* (TJ-SP - APL: 10008346520168260441 SP 1000834-65.2016.8.26.0441, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 02/02/2017, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/02/2017)

> *"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA – USUCAPIÃO – BEM PÚBLICO DOADO COM ENCARGO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – ART. 1238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL – PERÍODO AQUISITIVO NO CURSO DO PROCESSO – ART. 462 DO CPC – OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO – NÃO CARACTERIZA OPOSIÇÃO – 1. ADOAÇÃO DE IMÓVEL PÚBLICO COM ENCARGO*

NÃO SUSPENDE A AQUISIÇÃO DO DIREITO, NOS TERMOS DO ART. 136, DO CÓDIGO CIVIL – ASSIM, PASSA A SER SUSCETÍVEL DE SER ADQUIRIDO POR MEIO DE USUCAPIÃO – 2. O PERÍODO AQUISITIVO DA PROPRIEDADE EXIGIDO POR LEI DE DEZ ANOS PERFEZ-SE NO CURSO DA PRESENTE AÇÃO, O QUE DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO POR FORÇA DO ART. 462, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – 3. O SIMPLES OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO NA AÇÃO DE USUCAPIÃO NÃO É SUFICIENTE PARA CARACTERIZAR A OPOSIÇÃO NECESSÁRIA À DESQUALIFICAÇÃO DO REQUISITO PREVISTO NA LEI DE REGÊNCIA PARA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO, PORQUANTO É INDISPENSÁVEL MEDIDAS REALMENTE QUE DEMONSTREM O ÂNIMO DE RETOMAR OU PROTEGER O IMÓVEL OBJETO DA LIDE – 4. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 1238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL, DEVE SER DECLARADO O DIREITO AQUISITIVO DA PROPRIEDADE – 5. RECURSO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDOS." (TJ-DF - APO: 20040110098858 DF 0000797-65.2004.8.07.0001, Relator: Mario-Zam Belmiro, Data de Julgamento: 24/07/2013, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/08/2013 . Pág.: 155)

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE BENS DOMINICAIS – IMÓVEL FINANCIADO PELA COHAB – QUITAÇÃO – POSSIBILIDADE DE DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA DE BEM PÚBLICO (DESAFETAÇÃO) – REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – PREENCHIDOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - A impossibilidade jurídica da usucapião de bem registrado em nome público, deduzida no § 3°, do art. 183 e parágrafo único, do art. 191, ambos da Constituição Federal, o qual fora destinado a financiamento habitacional popular, não é absoluta, dada a hipótese de alienação (mediante quitação das parcelas), ocasião em que esses bens perderiam o caráter público (desafetação), nos termos do art. 101 do Código Civil/2002. 2- No caso concreto, a parte autora preencheu os requisitos da usucapião extraordinária, nos termos do art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, haja vista que constatado o exercício da posse há mais de 15 anos, com animus domini, sem interrupção nem reivindicação da propriedade por terceiros." (TJMS. Apelação Cível n. 0800904-86.2016.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 10/12/2018, p: 12/12/2018)

Assim, passa-se ao exame dos requisitos da usucapião.

Como é cediço, a ação de usucapião é o meio processual adequado ao possuidor que se encontra na posse mansa e pacífica de bem imóvel pelo lapso temporal previsto em lei, para obter a declaração de domínio.

Por constituir modo originário de aquisição da propriedade, a usucapião somente se aperfeiçoa com a presença concomitante dos requisitos legais.

A posse justa, que se convola em propriedade, é aquela exercida pelo tempo estabelecido na norma de regência, cumulativamente com os demais elementos objetivos e subjetivos do instituto.

Na lição de Sílvio de Salvo Venosa[1], a posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade, se presentes determinados requisitos estabelecidos em lei. Em termos mais concretos, denomina-se usucapião o modo de aquisição de propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições.

De igual modo, não há, sequer, que se adentrar na análise temporal da posse, pois de nada adiantaria sua comprovação, se não demonstrado que nesse período houve a mansidão, o caráter pacífico ou a ausência de oposição.

Desse modo, não é qualquer posse que induz a usucapião, devendo se perquirir a existência da *posse ad usucapionem*, ou seja, posse contínua e incontestada, pelo tempo determinado, com o ânimo de dono (*animus domini*).

1 VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1109.

Na espécie, tendo a parte autora sustentado que ostenta justo título, o que não foi contestado, restam satisfeitas as condições para aquisição do imóvel por meio de usucapião ordinário, uma vez que preenchidos os requisitos elencados no art. 1242 do Código Civil:

> *"Art. 1242 – CC – "Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por 10 (dez) anos.*
>
> ***Parágrafo único: Será de 5 (cinco) anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico."*** (Grifo nosso).

Relevante mencionar que, mesmo que não se considerasse o justo título, a parte autora faria jus ao usucapião extraordinário[2], uma vez que o período aquisitivo deste perfez-se no curso da presente ação.

No caso, o prazo iniciou-se com a venda do imóvel aos autores, ocorrida no ano de 2007. Destaco que a prova testemunhal é no sentido de que os autores residem no local há mais de dez anos, com ânimo de donos e fazem do local sua residência habitual. Vejamos.

Dercinei Almeida Ferreira Antunes afirmou que "*mora vizinha dos requerentes há umas 3 casas, na mesma quadra. Conhecia de vista o casal Júlio e Honoria, que moravam onde agora reside o casal Ilda e Antônio, não sabe o negócio que eles fizeram, isto é, se foi compra e venda documentada ou não. Recorda-se apenas que eles se mudaram para lá há uns 10 ou 11 anos mais ou menos, e assim permanecem até hoje*" (f. 209).

Sara da Silva Macedo disse que:

> *"(...) mora no Cachoeirinha há mais de 20 anos em imóvel doado pelo município, na mesma quadra de baixo da que reside Maria Ilda e Antônio. Morava nesse imóvel o Júlio César e a Honoria. E pelo o que soube eles venderam para os requerentes, entretanto não chegou a ver nenhum documento nem soube de nenhum negócio que fizeram. Maria Ilda e Antônio moram na Cachoeirinha, mais ou menos há 20 anos, porém, desconhece o tempo que estão no imóvel em questão"; "acha que Júlio e Honoria moraram mais ou menos uns 10 anos no imóvel"* (f. 211).

Ademais, cabe mencionar, que os requeridos, citados por edital, permaneceram inertes e não tomaram qualquer atitude para reaver o bem.

Logo, sendo o imóvel suscetível de ser usucapido e preenchidos os requisitos legais para aquisição da propriedade por meio de usucapião, deve ser declarado o direito aquisitivo da parte autora.

Sucumbência recursal

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso merece provimento, incumbe arbitrar a verba honorária a ser pago pelo Município de Dourados/MS, contestante, ao advogado da parte autora/apelante, com fundamento no §§ 11 do art. 85 do CPC, razão pela qual, levando-se em conta "*o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 2º do art. 85, CPC)*", fixo o valor dos honorários advocatícios em 3% (três por cento) do valor atualizado da causa.

Dispositivo final

---

2 Art. 1238, parágrafo único, do Código Civil:
Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Maria Ilda Ferreria de Paula e Antônio André de Paula Filho e dou-lhe provimento para declarar o direito aquisitivo dos autores sobre o imóvel indicado na inicial - Lote nº 17 da quadra 64, do loteamento "Vila Cachoerinha", Matrícula 78.805. Inverto os ônus da sucumbência, os quais devem ser arcados pelo Município de Dourados/MS.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o Município de Dourados ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 3% (três por cento) do valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação nº 0844498-19.2015.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES DE INOVAÇÃO RECURSAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – AFASTADAS – MÉRITO – FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL – OBRIGAÇÃO DE MANTER O FUNCIONAMENTO DA UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO – UPA CORONEL ANTONINO – CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE FUNCIONAMENTO CONSTATADAS – QUESTÕES DE CUNHO ORÇAMENTÁRIO E ADMINISTRATIVO NÃO PODEM SOBREPOR AO DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO – PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃOMANTIDO – LEGITIMIDADE DA IMPOSIÇÃO DE *ASTREINTES* CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – VALOR MANTIDO – RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS, EM PARTE COM O PARECER.

Não há inovação recursal quando a parte suscita matéria discutida na origem, tampouco supressão de instância ou violação ao duplo grau de jurisdição tendo em vista que a questão foi enfrentada na sentença.

É inequívoca a responsabilidade da Fazenda Pública Municipal em abrir e manter uma unidade de pronto atendimento. Aliás, é obrigação manter o atendimento mínimo dentro de seu território, evitando a calamidade na área da saúde pública, sendo que as questões orçamentárias, e de cunho administrativo não podem se sobrepor ao direito do cidadão em ter o atendimento à saúde devidamente prestado.

Em se tratando de saúde pública, o argumento de escassez de recursos financeiros não serve para amparar o desatendimento da população e o descumprimento das disposições legais pertinentes, devendo o município adotar os meios legais para garantir um mínimo de qualidade e segurança, notadamente em se tratando de Serviço Médico de Urgência e Emergência, que atende, diuturnamente, pessoas com efetivo risco de morte.

A prova produzida nos autos dá conta da existência de demanda reprimida na conservação e manutenção da UPA Coronel Antonino, elencadas na exordial pelo Ministério Público, impondo aos pacientes o sofrimento do aguardo em condições precárias. Sendo assim, constatada a inação administrativa ou insuficiência das ações levadas a efeito até o momento pelo município, como no caso concreto, é cabível a ordem de obrigação de fazer, com adoção de providências contínuas, legais e administrativas necessárias para o seu funcionamento, melhorando e adequando suas condições.

O prazo de 90 dias para o cumprimento da obrigação é suficiente e razoável, cabendo ao município prestar o devido atendimento médico à comunidade.

É legítima a imposição de multa cominatória contra o Poder Público. A decisão judicial, sem as *astreintes*, careceria de coercitibilidade, de tal modo que uma sentença condenatória contra a Fazenda Pública teria efeito de mera declaração, o que não condiz com a necessária eficácia dos provimentos jurisdicionais.

A fixação da multa não pode ser baixa a ponto de desestimular o devedor do cumprimento da medida. Valor fixado que se apresenta proporcional, sendo mantido.

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, afastar as preliminares e negaram provimento aos recursos, em parte com o parecer, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Município de Campo Grande, qualificado nos autos da Ação Civil Pública (Feito nº 0844498-19.2015.8.12.0001, da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove o Ministério Público Estadual, também qualificado, inconformado com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível (f. 1415-1436).

Afirmou, em síntese, que o juízo singular incorreu em equívoco ao *"julgar parcialmente procedente o pedido, confirmando a liminar, para condenar o Réu na obrigação de equipar a Unidade de Pronto Atendimento/ UPA Coronel Antonino com todos os equipamentos, aparelhos, materiais e mobiliário obrigatórios para o atendimento de sua competência, em quantitativo proporcional ao porte da unidade (Porte III), conforme rol estabelecido na Portaria nº 2.048/2002 do Ministério da Saúde, ou em outra que a substitua ou complemente."* Determinando, ainda, "*para o caso de descumprimento da decisão, multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limitada ao valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)1, a ser destinada ao fundo municipal de saúde e vinculado o valor na solução dos problemas encontrados nas UPA's desta cidade (equipamentos e medicamentos). O município não poderá utilizar de recursos do próprio fundo municipal de saúde para pagar a multa."*

Referiu que é inegável a responsabilidade da Fazenda Pública Municipal em abrir e manter uma unidade de pronto atendimento, mas não se pode olvidar que não é possível realizar tal desiderato em curto espaço de tempo, ou de forma imediata. Dispôs que nã é possível equipar de forma imediata a UPA Coronel Antonino, tendo em vista a necessidade de orçamento, planejamento e licitação.

Alegou que para manter mensalmente uma UPA são repassados ao município a quantia equivalente a R$ 262.000,00 recebida da União (R$ 175.000,00), Estado (R$ 87.000,00) e Município (R$ 87.000,00). Expôs que o valor total não é suficiente para o efetivo custeio da unidade, sendo necessário que o município adicione recursos próprios. Esclareceu que o presente recurso não tem a pretensão de afastar a responsabilidade do recorrente, mas que o cumprimento da decisão tenha previsão temporal, porque é necessário prévio orçamento.

Mencionou que a ordem prevista na sentença é inexequível, porquanto sequer é possível saber, quando de fato, ocorrerá o "não fazer" para imposição da *astreinte*. Aduziu que fatos adversos podem impedir que se cumpra o 'decisum' de imediato, mas isso não pode configurar omissão, se as providências, ainda que realizadas a posteriori, forem concretizadas na manutenção da UPA. Sustentou que o valor da multa - R$ 50.000,00 – e o *dies a quo* da pena, não são razoáveis. Salientou que o valor arbitrado vai de encontro a toda crise financeira que ocorre no país e que a determinação de que este montante seja revertido para uso nas unidades de pronto atendimento e centros regionais de saúde viola expressamente a Autonomia Municipal de gerir o dinheiro público consoante as necessidades da população. Pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

A parte apelada apresentou contrarrazões recursais (f. 1453-1481).

A Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer (f. 1491-1504), opinando pelo conhecimento parcial do apelo interposto pelo Município de Campo Grande, e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, mantendo-se inalterada a sentença por seus próprios fundamentos.

O feito também foi remetido a esta Corte para reexame necessário.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto pelo Município de Campo Grande, em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido nos autos da Ação Civil Pública (Feito nº 0844498-19.2015.8.12.0001, da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove o Ministério Público Estadual.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade

Considerando-se que se trata de sentença que confirma tutela antecipada concedida nos autos, recebo os recursos apenas no efeito devolutivo, com base no disposto no art. 1.012, § 1º, V, do CPC.

Dos fatos

Na origem, o Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública em face do Município de Campo Grande, alegando, em síntese, que a UPA Coronel Antonino não está equipada da forma determinada pelas normas regulamentares para o nível de atendimento, gerando agravamento à saúde dos atendidos. Aduziu que o Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso do Sul e o Conselho Municipal de Saúde realizaram vistoria técnica relatando esta falta de equipamentos e materiais.

Pediu, em sede de antecipação de tutela que o requerido fosse obrigado a, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00 a: I) efetuar a aquisição e equipar a Sala de Urgência/Emergência da Unidade de Pronto Atendimento/UPA 24 Horas Coronel Antonino com os seguintes equipamentos que estão em falta, nas quantidades necessárias que foram apontadas no Relatório de Vistoria n. 93/2015 do Conselho Regional de Medicina/MS: Ventiladores (03), Monitor Multiparamétrico (01) e Bombas de Infusão (05); II) efetuar a aquisição e equipar a Unidade de Pronto Atendimento/UPA Coronel Antonino com os Principais equipamentos/mobiliário/materiais em falta, nos tipos e quantitativos apontados no Relatório de Visita Técnica do Conselho Municipal de Saúde" (tabela constante às f. 36-37); III) juntar aos autos da presente planilha atualizada, discriminando o tipo/nome e a quantidade de cada equipamento/aparelho/material existentes na Unidade de Pronto Atendimento/UPA Coronel Antonino, referente ao rol de equipamento/materiais mínimos obrigatórios previstos na Portaria n. 2048/2002 do Ministério da Saúde.

Em caráter definitivo, pediu fosse julgado procedente o pedido, para confirmar a tutela antecipada, e a condenação do réu nas seguintes obrigações de fazer: 1) equipar a UPA Coronel Antonino com todos os equipamentos/aparelhos/materiais mínimos obrigatórios para o atendimento de urgência/emergência de sua competência, em quantitativo proporcional ao porte da unidade (Porte III), conforme rol estabelecido na

Portaria 2048/2002 do Ministério da Saúde ou em outra que a substitua, de acordo com a lista de f. 38-39; 2) efetuar a aquisição e equipar os setores/salas da UPA Coronel Antonino com todos os equipamentos, materiais e mobiliários nos tipos e quantitativos apontados no Relatório de Visita Técnica do Conselho Municipal de Saúde; 3) efetuar e registrar as manutenções preventivas e corretivas, com substituição de equipamentos/aparelhos que não estejam em condições de uso.

O juízo de primeiro grau deferiu em parte o pedido liminar para determinar que o Secretário Municipal de Saúde fosse intimado "pessoalmente" da decisão (e também a procuradoria municipal) para que equipassem a Unidade de Pronto Atendimento do Bairro Coronel Antonino com todos os materiais listados no relatório de visita técnica do Conselho Municipal de Saúde elaborado em 12/11/2015 e que acompanha a inicial, em 90 dias (f. 367-370).

O município agravou da decisão (f. 390-405) e esta Câmara Cível deu parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a responsabilidade pessoal do secretário municipal de saúde, mantidos os demais termos do *decisum* combatido (f. 547).

Citado, o Município de Campo Grande apresentou contestação (f. 423-432), alegando, em síntese, que a situação narrada na inicial não correspondia mais à realidade atual, pois equipamentos foram adquiridos e outros ainda estavam em vias de sê-lo através de licitações em andamento, e que, por isso, estaria cumprindo as diretrizes do Sistema Único de Saúde, não estando inerte. Asseverou, igualmente, que a RDC 50/2002, da ANVISA, mencionada na perícia do Conselho Municipal de Saúde, não lista os equipamentos/mobiliários/materiais que devem constar nas UPA´s, bem como que a ação civil pública não pode ser definidora de como e quando medidas político-administrativas devem ser concretizadas, sob pena de violação dos princípios da autonomia municipal e da separação dos poderes. Pediu a improcedência do pedido.

O processo foi devidamente instruído e após apresentação de alegações finais pelas partes, foi sentenciado nos seguintes termos *(f. 1208-1217)*:

> *"Diante do exposto, com fulcro no art. 487, inc. I, do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido, confirmando a liminar, para condenar o Réu na obrigação de equipar a Unidade de Pronto Atendimento/UPA Coronel Antonino com todos os equipamentos, aparelhos, materiais e mobiliário obrigatórios para o atendimento de sua competência, em quantitativo proporcional ao porte da unidade (Porte III), conforme rol estabelecido na Portaria nº 2.048/2002 do Ministério da Saúde, ou em outra que a substitua ou complemente.*
>
> *Para o caso de descumprimento da decisão, fixo multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limitada ao valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)1, a ser destinada ao fundo municipal de saúde e vinculado o valor na solução dos problemas encontrados nas UPA´s desta cidade (equipamentos e medicamentos). O município não poderá utilizar de recursos do próprio fundo municipal de saúde para pagar a multa. A multa é devida desde o seu arbitramento na decisão prolatada liminarmente às f. 1.133.*
>
> *Sem custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85 e art. 24, inc. I, do Regimento de Custas do Estado de MS."*

Inconformado, o Município de Campo Grande apela, alegando em resumo que é inegável a responsabilidade da Fazenda Pública Municipal em abrir e manter uma unidade de pronto atendimento, mas não se pode olvidar que não é possível realizar tal desiderato em curto espaço de tempo, ou de forma imediata. Dispôs que não é possível equipar de forma imediata a UPA Coronel Antonino, tendo em vista a necessidade de orçamento, planejamento e licitação.

Alegou que, para manter mensalmente uma UPA são repassados ao Município a quantia equivalente a R$ 262.000,00 recebida da União (R$ 175.000,00), Estado (R$ 87.000,00) e Município (R$ 87.000,00). Expôs que o valor total não é suficiente para o efetivo custeio da unidade, sendo necessário que o Município adicione recursos próprios. Esclareceu que o presente recurso não tem a pretensão de afastar a responsabilidade do recorrente, mas sim, que o cumprimento da decisão tenha previsão temporal, porque é necessário prévio orçamento.

Mencionou que a ordem prevista na sentença é inexequível, porquanto sequer é possível saber, quando de fato, ocorrerá o "não fazer" para imposição da *astreinte*. Aduziu que fatos adversos podem impedir que se cumpra o 'decisum' de imediato, mas isso não pode configurar omissão, se as providências, ainda que realizadas a posteriori, forem concretizadas na manutenção da UPA. Sustentou que o valor da multa - R$ 50.000,00 – e o *dies a quo* da pena, não são razoáveis. Salientou que o valor arbitrado vai de encontro a toda crise financeira que ocorre no país e que a determinação de que este montante seja revertido para uso nas unidades de pronto atendimento e centros regionais de saúde viola expressamente a autonomia municipal de gerir o dinheiro público consoante as necessidades da população. Pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Preliminares

Inovação recursal, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição

O recurso é instituto atrelado ao direito de ação. Assim como os fundamentos da inicial que devem guardar coerência com o pedido e a sentença que deve ater-se ao limite da lide, os fundamentos e o pedido recursal devem ser coerentes com o julgado recorrido e a matéria posta em juízo. Não se pode ampliar os limites da lide que se estabiliza com a citação, suprimir grau de jurisdição e ignorar a rigidez da instrução que se rege pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No caso dos autos, às f. 1491-1504, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer suscitando preliminares de inovação recursal, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição em relação a um dos argumentos da defesa, qual seja, a impossibilidade de realização da obrigação de fazer sem previsão orçamentária e tempo necessário para tanto. Diante disso, manifestou-se pelo conhecimento parcial e desprovimento da apelação interposta pelo Município.

No entanto, não há no recurso ampliação aos limites da lide; a parte requerida suscita na contestação todas as teses aventadas na apelação, inclusive com relação aos trâmites obrigatórios necessários para a compra do material e o tempo para sua realização. Senão vejamos:

> *"Os documentos em anexo demonstram cabalmente a preocupação da Administração Pública em cumprir os deveres que lhe cabem previstos na Constituição Federal e em normas esparsas. No entanto, é necessário e crucial entender que existem trâmites obrigatórios que não podem ser cumpridos em curto espaço de tempo. Envolve etapas prescritas em lei e, por isso, não é possível prever um tempo em dias ou meses para sua finalização."*

Além disso, essa questão foi objeto de apreciação na sentença, tanto que no seu dispositivo final, confirmou a liminar anteriormente concedida, que havia concedido um prazo de 90 dias para cumprimento da obrigação.

Com efeito, não há inovação recursal quando a parte suscita matéria discutida na origem, tampouco supressão de instância ou violação ao duplo grau de jurisdição quando a questão é enfrentada na sentença.

Portanto, as preliminares levantadas pela Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer, não merecem acolhimento.

Mérito

Da obrigação de manter a Unidade de Pronto Atendimento

A responsabilidade para cuidar da saúde e da assistência pública é compartilhada entre a União, os Estados e os Municípios (art. 23, II da CF), sendo o sistema de saúde, instituído pelo SUS, administrado sob a forma de co-gestão.

O direito à saúde é um direito social previsto no art. 6º da CF, e um dever do Estado (*lato sensu*), em abstrato, conforme determina o art. 196 do referido diploma legal:

> *"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."*

Por sua vez, o art. 30, VII, atribui competência aos municípios para prestar serviços de atendimento à saúde da população.

> *"Art. 30 - Compete aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;"*

Assim, o recorrente é o responsável direto para assegurar e garantir os direitos básicos de saúde à população local.

Ademais, é inegável que o atendimento à saúde é um direito de todos, constitucionalmente assegurado, sendo dever do Estado, em sentido *lato*, prestá-lo, tanto que o assunto já está sedimentado no âmbito jurídico, inclusive no STF que reconheceu, ainda, a solidariedade dos entes públicos no atendimento à saúde, consoante define a seguinte jurisprudência:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – DIREITO À SAÚDE – TRATAMENTO MÉDICO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente."* (RE 855178 RG, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 05/03/2015, Processo Eletrônico DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015).

Assim, é inequívoca a responsabilidade da Fazenda Pública Municipal em abrir e manter uma unidade de pronto atendimento. Aliás, é obrigação manter o atendimento mínimo dentro de seu território, evitando a calamidade na área da saúde pública, e as questões orçamentárias e de cunho administrativo não podem se sobrepor ao direito do cidadão em ter o atendimento à saúde devidamente prestado.

Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FUNDAÇÃO HOSPITALAR – NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – PRELIMINARES REJEITADAS. Hipótese em que a agravante descumpre norma aplicável à espécie (Resolução Federal de Medicina nº2.077/2014), pois o atendimento disponibilizado é precário, havendo deficiência na quantidade de profissionais de saúde designados para atendimento do serviço de Pronto Socorro. Logo, com a situação narrada nos autos, toda a população, ou pelo menos significativa parte dela, fica prejudicada nos atendimentos via Sistema Único de Saúde. Cumpre ressaltar ainda que, em se tratando de saúde pública, o argumento de escassez de recursos financeiros não serve para amparar o desatendimento da população e o descumprimento das disposições legais pertinentes, devendo a agravante adotar os meios legais para garantir um mínimo de qualidade e segurança, notadamente em se tratando de Serviço Médico de Urgência e Emergência, que atende, diuturnamente, de pessoas com efetivo risco de morte. Preliminares rejeitadas. Agravo de instrumento não provido."* (Agravo de Instrumento Nº 70072513310, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 26/04/2017)

Ainda, a título de esclarecimento, importa registrar que não se está a violar o Princípio da Separação dos Poderes na medida em que é possível a revisão dos atos administrativos pelo Judiciário quando estes importarem em lesão ou ataques a direitos individuais ou coletivos.

Ora, não pode a administração pública simplesmente deixar de equipar adequadamente a unidade de atendimento à saúde alegando a crise financeira, sob pena de causar danos a toda uma coletividade que se socorre diariamente de atendimento no local.

Cabe à administração, portanto, melhor organização financeira para realocar os recursos, dando-se especial preferência ao atendimento à saúde, no intuito de bem salvaguardar a vida dos pacientes, bem maior assegurado pela Constituição Federal.

Da falta de equipamentos mínimos obrigatórios exigidos pelo Ministério da Saúde na Unidade de Pronto Atendimento – UPA Coronel Antonino

A ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face do Município de Campo Grande, com a finalidade de promover melhorias no serviço de saúde disponibilizado aos munícipes na Unidade de Pronto Atendimento24 horas – UPA Coronel Antonino, porquanto constatada a inexistência de equipamentos e materiais indispensáveis nos atendimentos emergenciais.

No caso, restou comprovado que a Unidade de Pronto Atendimento – UPA Coronel Antonino não possui equipamentos e materiais tidos como indispensáveis nos atendimentos emergenciais, estando em situações precárias de funcionamento, com risco iminente à saúde pública, já que muitos pacientes com quadros agudos ou agudizados recebem atendimento meramente paliativos nesse local.

A fim de evitar desnecessária tautologia e considerando a acurada análise da prova, colaciono excerto da sentença de lavra do magistrado *a quo*, Dr. David de Oliveira Gomes Filho, que bem analisou a questão:

> *"Voltando ao caso vertente, resta claro e incontroverso que a UPA Coronel Antonino está deficitária no que tange aos equipamentos essenciais e mínimos para seu correto funcionamento. Lembro que o rol da aparelhagem necessária é determinado através de Portarias do Ministério da Saúde (Portaria n. 2048/2002 e Portaria GM 10/2017), não cabendo ao Município, como dito acima, qualquer juízo de valor acerca do que deve ou não ser adquirido, devendo atender integralmente a Norma que rege a Unidade de Pronto Atendimento.*
>
> *O testemunho do Dr. Marcelo Luiz Brandão Vilela, secretário municipal de saúde (f. 1.134), é muito esclarecedor e confirmador quanto à falta de equipamentos na UPA. No minuto 06, declara que falta qualificar as UPA´s, isto é, equipá-las conforme portarias do Ministério da Saúde para receber mais recursos. No minuto 17, aduz que não é possível estabelecer prazo para adquirir os equipamentos. No minuto 25, afirma que começou a comprar o que dava com o dinheiro que tinha. Por fim, nos minutos 12 e 23, assevera que a falta de equipamentos geram risco de morte.*
>
> *O testemunho do Sr. Yama Albuquerque Higa, coordenador de urgências do Município (f. 1.135), também confirma a ausência de equipamentos na UPA, afirmando que eles fazem parte do rol estabelecido pela Portaria do Ministério da Saúde (minuto 06). Segundo o coordenador, a ausência destes equipamentos pode colocar em risco a saúde dos usuários (minuto 02), ficando as intercorrências prejudicadas, pois os pacientes são levados a uma unidade hospitalar quando poderia ser resolvido ali (minuto 17).*
>
> *Cristina Emiko Uchiyama, enfermeira responsável técnico da UPA Coronel Antonino, inquirida às f. 1.360, confirmou que falta ventilador mecânico (minuto 06), oxímetro portátil (minuto 07), colar cervical (minuto 07), monitores multiparamétricos (minuto 08). Afirmou, ainda, que aumentou a demanda na Unidade (minuto 10) e que é comum os pacientes aguardarem por mais de 24 horas para serem encaminhados a ambiente hospitalar (minuto 11), o que reforça a necessidade da existência de ditos aparelhos.*
>
> *Por fim, a gerente da UPA Coronel Antonino, Sra. Cláudia Aparecida K. Vieira, inquirida às f. 1.361, também confirmou a ausência de material/equipamentos para atender a UPA (minuto 01), dizendo que falta respirador (minuto 01), aparelho de gasometria (minuto 01).*

Asseverou que fazem uso de ambu quando tem mais de um paciente entubado e que neste caso os funcionários revezam no procedimento (minuto 04). Também tem problema com a estrutura física do prédio da UPA (minuto 06). Continua em falta: bomba de infusão (minuto 10), monitores (minuto 11), aparelho de eletrocardiograma (minuto 11), medicamento furosemida (minuto 12), cama hospitalar (minuto 12).

Veja-se que a prova oral produzida veio corroborar os documentos e laudos periciais, principalmente aquele elaborado em 06.11.2017 (f. 1.233-1.290), confirmando que a UPA Coronel Antonino não está equipada a contento. É claro que, como informado pelo requerido e constatado em audiência, alguns aparelhos estão sendo repostos, de modo que a relação constante do laudo pode ter alguma variável.

Mas o que importa para o processo é que a situação fática descrita na exordial, de ausência de equipamentos/aparelhos/ materiais/mobiliários, foi confirmada, gerando risco imediato à vida dos pacientes. Neste sentido, seguem alguns quesitos que foram respondidos pela equipe técnica que elaborou o último laudo pericial:

Os materiais faltantes, conforme resposta ao item 3 são essenciais no atendimento dos pacientes. Por quê?

Sim, considerando que há um elenco mínimo de materiais e equipamentos preconizados pelas Portarias mencionadas, cuja indisponibilidade poderá comprometer o atendimento prestado. Outrossim, o descumprimento das normativas, poderia inabilitar a Unidade para funcionamento UPA porte III e, consequentemente, ela deixaria de receber os recursos federais e estaduais para custeio (f. 1.270).

A Sala de Urgência comporta a alocação de mais leito(s) para se adequar ao Porte desta UPA? Quantos?

Sim, precisaria substituir as improvisações ali verificadas, ou seja, as duas macas móveis e a cadeira por leitos fixos, visando a totalização dos 04 leitos preconizados pela legislação vigente (f. 1.272).

A falta/insuficiência de equipamentos de suporte à vida constatado na Sala de Urgência gera risco imediato à vida ou risco de agravos à saúde do paciente grave atendido pela estabilização?

Sim, como referimos anteriormente, considerando que há um elenco mínimo de materiais e equipamentos preconizados pelas Portarias mencionadas, cuja indisponibilidade culminaria na inabilitação para funcionamento da Unidade, junto ao Ministério da Saúde (f. 1.273).

Qual o número de leitos de Observação/Enfermaria Adulto existentes nesta UPA? Este quantitativo está em conformidade com o Porte e número de pacientes atendidos nesta UPA? Em sendo o caso, a Sala/Setor de Observação Adulto comporta a instalação demais leito(s) para se adequar ao Porte desta UPA? Quantos?

Na UPA foram observadas 11 camas/leito. O número preconizado pela Portaria GM/MS nº 10/2017 é de 15 leitos, portanto o número não está em conformidade com o Porte a qual foi habilitada (f. 1.274).

A falta/insuficiência de materiais/equipamentos/ mobiliários constatada na Sala de Observação/Enfermaria Adulto compromete o adequado atendimento aos pacientes na UPA do Coronel Antonino?

Sim, como referimos anteriormente, considerando que há um Portarias mencionadas, essa normativa deverá ser respeitada (f. 1.275-1.276).

A falta de materiais/mobiliários e equipamentos de pediatria constatada na Sala de Observação de Pediatria compromete o atendimento a esse perfil de paciente?

Sim, como referimos anteriormente, considerando que há um elenco mínimo de materiais e equipamentos preconizados pelas Portarias mencionadas, essa normativa deverá ser respeitada (f. 1.277)

Pode-se falar em dispensabilidade de equipamentos/materiais/mobiliários nos tipos e quantidades mínimos obrigatórios previstos pelo Ministério da Saúde para Unidade de Pronto Atendimento/UPA 24H?

Não, considerando que há um elenco mínimo de materiais e equipamentos preconizados pelas Portarias mencionadas, essa normativa deverá ser respeitada, cuja indisponibilidade desses, culminaria na inabilitação para funcionamento da Unidade, junto ao Ministério da Saúde (f. 1.280).

Dos materiais citados na petição, não foram evidenciados os materiais abaixo relacionados, os quais são necessários de acordo com as Portarias GM/MS n. 2.048 de 05 de novembro de 2002 e Portaria GM/MS nº 10, de 03 de janeiro de 2017 (tabela contida às f. 1.256-1.270) grifei

Verifica-se, pois, que a prova documental, oral e pericial produzida nos autos é uníssona e contundente no sentido de que a UPA Coronel Antonino não está equipada adequadamente e que esta carência pode colocar em risco a saúde dos pacientes.

A UPA, portanto, deve estar equipada com todos os aparelhos/materiais/equipamentos/mobiliários obrigatórios, em condições de uso, relacionados na Portaria nº 2.048/2002 do Ministério da Saúde, ou em outra que a substitua ou complemente, pois o objetivo é fazer com que a UPA cumpra o papel a que se propôs e ele somente poderá ocorrer se respeitadas as normas regulamentares em vigor."

Tais fatos, remetem a uma contraposição de direito constitucional, estando de um lado o poder discricionário do município e de outro lado o direito a vida e a obrigação do agravante em dispor à população qualidade de saúde.

O art.196 da Constituição Federal dispõe que *"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"*.

Dessa forma, a procedência do pedido está configurada na natureza e caráter de proteção que merece o direito à saúde, que aliás, trata-se de direito fundamental, que deve ser garantido através de políticas públicas.

Inclusive, o próprio município em seu apelo alega que *"o presente recurso não tem a pretensão de afastar a responsabilidade do recorrente, mas que o cumprimento da decisão tenha previsão temporal, porque é necessário prévio orçamento"*. Ou seja, não nega a existência de irregularidades na referida UPA, tampouco a sua responsabilidade de mantê-la e equipá-la adequadamente, insurgindo-se apenas quanto ao prazo para tanto.

Vale destacar que, apesar de o município ter informado nos autos que vem tomando algumas providências para melhorar o atendimento na referida Unidade de Pronto Atendimento, observa-se que as medidas são paliativas e que o problema vem se estendendo há bastante tempo, já que em vistoria realizada pelo Representante do Ministério Público em 8/7/2015, essa situação já havia sido constatada.

Sendo assim, constatada a inação ou a insuficiência das ações administrativas até o momento pelo ente municipal, como neste caso concreto, é cabível a ordem de obrigação de fazer, com adoção de providências contínuas, legais, administrativas que são necessárias para o funcionamento da UPA Coronel Antonino, melhorando e adequando a sua condição de funcionamento.

Dessa forma, não merece reparos a sentença nesse ponto.

Da falta de recursos para cumprimento da obrigação

Em se tratando de saúde pública, o argumento de escassez de recursos financeiros não serve para amparar o desatendimento da população e o descumprimento das disposições legais pertinentes, devendo o município adotar os meios legais para garantir um mínimo de qualidade e segurança, notadamente em se tratando de Serviço Médico de Urgência e Emergência, que atende, diuturnamente, pessoas com efetivo risco de morte.

Assim, não há que se falar em aplicação do princípio da reserva do possível, pois, embora a limitação de recursos seja uma realidade nacional, tal argumento deve ser visto com cautela, uma vez que os entes públicos possuem rubricas orçamentárias com limites mínimos constitucionalmente estabelecidos para a efetivação das políticas públicas.

Eventuais atrasos nos repasses de verbas públicas por parte do governo estadual e Federal devem ser solucionados pelo município por meio da via administrativa, ou mesmo processual, não servindo para justificar a omissão na tutela dos direitos fundamentais de preservação da dignidade da vida humana e da saúde pública, especialmente pelo fato de se tratar de situação em que ocorrem riscos para a saúde da população de Campo Grande.

Do prazo para cumprimento da obrigação

No caso em concreto, verifica-se a figura da irreversibilidade recíproca, devendo o julgador valer-se de ferramentas como a proporcionalidade. Ora, evidente que o sopesar entre os direitos fundamentais concretamente infringidos pela situação de precariedade no atendimento médico prestado na UPA Coronel Antonino sobrelevam-se ao hipotético dano aos cofres públicos do Estado. Há, pois, um mal maior no que toca à manutenção das precárias condições de funcionamento do local e um mal menor no que tange ao "prejuízo ao erário".

Diante da conduta inerte e/ou burocrática do Estado que se protrai no tempo, não há que se dilatar o prazo dado pelo juízo *a quo* para início e fim das medidas, sujeitando-se, em caso de descumprimento, ao pagamento de *astreintes*.

Ora, não deve prestar-se o princípio da reserva do possível como verdadeira válvula de escape para a inércia estatal. 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.

Por tudo isso, evidenciada nos autos a falta de estrutura de modo a garantir um mínimo de dignidade aos pacientes, além da demanda reprimida do serviço de saúde prestado na UPA Coronel Antonino, impondo sofrimento à população, que por horas aguarda atendimento em condições precárias, deve ser mantida a sentença, inclusive no que toca ao prazo.

Ora, o prazo de 90 dias concedido em 22 de fevereiro de 2016, era mais do que suficiente e razoável para o cumprimento da obrigação, cabendo ao município dar o devido atendimento médico à comunidade.

Destarte, a manutenção da sentença, com o desprovimento do recurso nesse ponto, é medida que se impõe.

Da incidência das *astreintes.*

Com relação à imposição de multa para caso de descumprimento, a orientação dos Tribunais Superiores é no sentido de ser possível a fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública, com o objetivo de compelir a Administração ao cumprimento das decisões judiciais, sem o que restam, mais das vezes, desrespeitadas. Senão vejamos:

> *"PROCESSUALCIVIL – PREVIDENCIÁRIO – FIXAÇÃO DE ASTREINTES – POSSIBILIDADE – REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA7/STJ – OFENSA AO ART.535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.*

1. Hipóteseem que o Tribunal local consignou: "Esta Corte, acompanhando entendimento firmado no STJ, decidiu ser legítima a imposição de multa diária prevista no art. 461 do CPC em face da Fazenda Pública para o caso de descumprimento de determinação judicial que determina o restabelecimento do benefício previdenciário" (fl. 50, e-STJ).

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia.

3. O STJ entende ser cabível a cominação de multa diária (astreintes) contra a Fazenda pública como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC).

4. Quanto ao valor da multa, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões nele colacionadas, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial não provido." (REsp 1667633/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 30/06/2017)

"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CUMPRIMENTO DE TAC – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

1. O STJ entende ser cabível a cominação de multa diária (astreintes) contra a Fazenda pública como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC), consubstanciada in casu no cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta. (...)" (REsp 1540360/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 16/11/2015).

Com efeito, a decisão judicial, sem as *astreintes*, careceria de coercitibilidade, de tal modo que uma sentença condenatória contra a Fazenda Pública teria efeito de mera declaração, o que não condiz com a necessária eficácia dos provimentos jurisdicionais.

Do valor das *astreintes*

A multa (astreinte) tem como escopo dar efetividade à própria decisão judicial. Trata-se de uma medida coercitiva cuja destinação é pressionar a parte a cumprir a decisão, não tendo qualquer cunho de reparação dos prejuízos decorrentes do não atendimento desta.

No tocante ao valor da multa, deve o magistrado guiar-se pela proporcionalidade, não podendo a fixação ser baixa a ponto de desestimular o devedor do cumprimento da medida e nem tão alta que caracterize o enriquecimento sem causa da parte.

No caso, o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) estabelecidos pelo juízo *a quo*, para cada dia de descumprimento da obrigação, limitada ao valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), revela-se proporcional, pois não viola a proibição do excesso, bem como a vedação de insuficiência, e não acarreta enriquecimento sem causa da parte autora. Ademais, o valor da multa será destinado ao fundo municipal de saúde e vinculado o valor na solução dos problemas encontrados nas UPA´s desta cidade (equipamentos e medicamentos).

Dispositivo final

Ante o exposto, afasto as preliminares de inovação recursal supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição, levantadas no parecer na PGJ. No mérito, em parte com o parecer, conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Campo Grande, bem como do reexame necessário, mas negos-lhe provimento, para manter a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e negaram provimento aos recursos, em parte com o parecer, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível nº 0844053-69.2013.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO DOS RÉUS – ASSOCIAÇÃO DE AMPARO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA – AAMI E MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MORTE DE FETO – ATENDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICO E PRIVADO – ERRO MÉDICO NÃO EVIDENCIADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM RELAÇÃO À MATERNIDADE – FALHA DO SERVIÇO PÚBLICO POR NEGLIGÊNCIA – FALTA DE EQUIPAMENTOS E INFRAESTRUTURA EM UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO – DANO MORAL *IN RE IPSA* – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DA MATERNIDADE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O município responde por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS), sendo a responsabilidade, nesses casos, solidária. Precedentes do STJ.

O hospital, na qualidade de responsável pelo cumprimento dos protocolos médicos e entidade empregadora, responde pelos danos causados por seus agentes a terceiros, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Diante da ausência de prova de erro médico, julga-se improcedente o pedido com relação à maternidade.

A conduta omissiva do município atrai a responsabilidade civil subjetiva, justificando condenação quando demonstrada a falha do serviço público por negligência.

Dano moral *in re ipsa*, já que inegável o intenso sofrimento vivenciado pelos genitores com a perda do nascituro, em gestação em fase final, quando até então, tudo transcorria bem.

Valor da condenação fixado em R$ 99.800,00 (noventa e nove mil e oitocentos reais), está de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação.

EMENTA – APELAÇÃO DOS AUTORES – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – MORTE DE FETO – PRELIMINAR DE JULGAMENTO CITRA PETITA – ACOLHIDA – RECONHECIMENTO – NULIDADE PARCIAL – JULGAMENTO DO PEDIDO NOS TERMOS DO ART. 1.013 DO CPC – UNIDADE DE ATENDIMENTO MÉDICO PÚBLICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – MÉDICO QUE PRESTOU ATENDIMENTO - AGENTE PÚBLICO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – MÉRITO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MANTIDO – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA DESDE O EVENTO DANOSO – ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A ausência de análise de todos os pedidos formulados na inicial configura sentença *citra petita*. No entanto, encontrando-se o feito pronto para julgamento, analisa-se imediatamente a matéria, tendo em vista a aplicação do art. 1.013, § 3º, III, do CPC, bem como dos princípios da primazia da decisão de mérito e da razoável duração do processo – art. 4º CPC.

Tratando-se de danos provocados por médicos servidores públicos em serviço, aplica-se a teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece a obrigação de o Estado indenizar os danos provocados por seus agentes, independentemente de culpa ou dolo. Nos termos da Constituição Federal e, consoante a teoria do risco administrativo adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, no caso de danos advindos da conduta do agente público, somente o Poder Público deverá ser acionado, reservado seu direito de regresso em caso de dolo ou culpa do agente. Assim, o médico é parte ilegítima para compor o polo passivo da presente relação processual.

Valor da condenação fixado em R$ 99.800,00 (noventa e nove mil e oitocentos reais), está de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação.

O termo inicial dos juros de mora é a data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

Os juros de mora incidem segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, conforme entendimento sufragado pelo STJ no Recurso Especial nº 1.492.221, representativo de controvérsia.

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, negaram provimento ao recurso do Município de Campo Grande e deram parcial provimento aos recursos da Associação de Amparo à Maternidade e à Infância e de E. S. M. M. e outro, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de novembro de 2019.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Associação de Amparo à Maternidade e à Infância - AAMI, qualificada nos autos, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais (Feito nº 0844053-69.2013.8.12.0001 da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS), ajuizada por E. S. M. M. e L. da R. S., também qualificados, interpôs o presente recurso de apelação cível (f. 586/595).

Em suas razões recursais, alegou em síntese que o magistrado de piso equivocou-se ao julgar procedente o pedido indenizatório formulado na peça inicial, condenando-a, juntamente com o Município de Campo Grande, ao pagamento da importância de R$ 99.800,00, a título de danos morais, no importe de 50% do referido valor para cada parte.

Aduziu que não se trata de um ente público, mas sim de uma instituição privada (Cartão CNPJ fl. 563), realizando atendimentos (consultas, exames e internações) a particulares e aos planos de saúde, em especial nas áreas de ginecologia/obstetrícia, além de ser credenciada pelo Ministério da Saúde para atender os usuários do SUS nas áreas acima citadas, mediante pagamento do Ministério da Saúde, pelos procedimentos realizados. Por conta disso, defendeu que sua responsabilidade não se confunde com a do Município de Campo Grande, devendo ser corrigido tal equívoco.

Argumentou que se o Município de Campo Grande, por conta de sua omissão, caracterizada pela ausência de ultrassom com doppler e cardiotocografia, disponíveis no sistema de saúde público, veio acarretar algum dano aos apelados, não pode ser responsabilizada por ato exclusivo daquele, devendo sua conduta (comissiva ou omissiva) ser analisada separadamente.

Narrou que o exame de ultrassom que, segundo o laudo pericial, mascarou o verdadeiro quadro gestacional e, portanto, induziu o médico (Dr. W. S.) a erro, ocorreu em uma das unidades de Saúde do Município de Campo Grande, mais especificamente na Unidade Básica de Saúde Nova Bahia, conforme se pode verificar pelo resultado do exame de ultrassom acostado à fl. 89 dos autos, realizado no dia 02.10.2012. Alegou que o único exame de ultrassom realizado na maternidade, a pedido da gestante, durante o período de pré-natal (03.09.2012), ocorreu de forma particular e, somente não foi realizado com Doppler porque não houve essa solicitação pela médica que o requereu.

Asseverou que se foi considerado que não houve a prática de qualquer ato ilícito pelo médico quando liberou a paciente para ir embora e retornar no outro dia para realizar o parto, consequentemente, também não houve prática de ato ilícito pela maternidade, ora apelante, o qual, em razão da responsabilidade objetiva, fica vinculada aos atos praticados pelos seus médicos. Requereu, assim, que seja o pedido indenizatório julgado improcedente. Subsidiariamente pediu a redução do *quantum* indenizatório para no máximo, R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Ao final pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

O Município de Campo Grande também se insurgiu em face da sentença (f. 619/633), alegando em resumo que no caso em tela inexiste nexo causal entre os danos que os autores alegam terem sofrido e o ato do Poder Público Municipal. Narrou que os fatos ocorreram na Maternidade Cândido Mariano e esse hospital não se trata de instituição municipal, já que sua relação se dá apenas mediante convênio, onde há repasse de verbas do SUS para realização de atendimentos. Expôs que qualquer ato de médico que trabalhe naquela instituição, seja por erro ou por omissão, não pode ser creditado à municipalidade. Dispôs que não se pode atribuir responsabilidade ao Poder Público se a ele cabe somente a fiscalização quanto à aplicação das verbas públicas.

Argumentou que os exames de ultrassom com doppler e cardiotocografia não foram solicitados pelo fato de não haver indicação médica para o caso, não podendo assim, ser esse fato, utilizado como embasamento legal para eventual julgamento desfavorável. Aduziu que no laudo pericial não restou caracterizada a causa de óbito do filho dos autores, ora apelados. Requereu, assim, que seja o pedido indenizatório julgado improcedente. Subsidiariamente pediu a redução do *quantum* indenizatório. Ao final pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo e prequestionou diversos normativos legais.

E. S. M. M. e L. da R. S. também apelaram (f.600/618), aduzindo em resumo, que a sentença é citra petita, já que não há condenação solidária da Médica S. S. L. G., nem o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva.

Narraram que a Dra. S. foi a médica responsável por todo o pré-natal da gestante, sendo dela a responsabilidade pela omissão em encaminhá-la para a realização do parto. Afirmaram que a médica também é culpada pelo fato de que, mesmo diante de exames que indicavam diabetes gestacional, não tomou nenhuma providência para o controle de glicemia, tampouco passou algum tipo de orientação para o cuidado da patologia.

Expuseram que a conduta negligente da médica em não informar a existência de um quadro de diabetes gestacional, impossibilitando o tratamento adequado, somado ao fato de ter negado por diversas vezes o encaminhamento para realização do parto e ter cobrado de forma ilícita por um serviço público gratuito, foi diretamente responsável pela morte do bebê. Requereram a majoração do valor da indenização por danos morais para R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais). Alegaram que os juros moratórios devem ser aplicados com base no índice de remuneração da caderneta de poupança, tendo como termo inicial, a data do evento danoso. Prequestionaram diversos normativos legais. Ao final, pugnaram pelo conhecimento e provimento do apelo.

Os apelados apresentaram contrarrazões recusais (f. 646-650, 652-666 e 667-676).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelas partes em face da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais (Feito nº 0844053-69.2013.8.12.0001 da 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros

Públicos da Comarca de Campo Grande-MS), ajuizada por E. S. M. M. e L. da R. S. em face de W. S. S. I., S. S. L. G., Associação de Amparo à Maternidade e à Infância – AAMI – Maternidade Cândido Mariano e Município de Campo Grande .

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Codex*.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos presentes recursos e passo à análise de suas razões.

Dos fatos

Adota-se o relatório da sentença para melhor compreensão da controvérsia, o qual transcreve-se:

> *"E. S. M. M. e L. da R. S. ajuíza ação de procedimento comum em face de* W. S. S. I., *S. S. L. G., Associação de Amparo à Maternidade e à Infância – AAMI – Maternidade Cândido Mariano e Município de Campo Grande, alegando em síntese que, a autora conviveu em união estável com o autor por aproximadamente 5 anos e deste relacionamento nasceu uma filha, bem como teve uma segunda gestação, que é o objeto da lide; que, a autora descobriu que estava grávida em meados de junho de 2012, com aproximadamente 23 semanas de gestação, iniciando o pré-natal no Posto de Saúde UBSF Nova Lima, com acompanhamento da médica S. S. L. G.; que, na primeira consulta realizada em 28/06/2012 foi feito o exame no qual se constatou que a gestante e o bebê estavam bem, tendo realizado todos os exames solicitados; que, continuou com o pré-natal e sempre era informada de que a gestação transcorria dentro da normalidade; que, a médica S. tinha conhecimento de que a autora teve diabetes gestacional na primeira gravidez, por isso solicitou exame de glicemia, constatado que estava tudo bem; que, passou por uma consulta em 11/09/2012, quando estava com 37 semanas, sendo-lhe informado que o parto seria realizado em aproximadamente 15 dias; que, lhe foi passado uma tabela de preços para que o parto fosse acompanhado pela médica na Maternidade Cândido Mariano, mas a autora informou que não tinha dinheiro e que gostaria de fazer o parto na rede pública, o que lhe foi negado; que, realizou novo ultrassom em 01/10/2012, onde a médica detectou que estava com aproximadamente 39 semanas de gravidez, porém não forneceu o encaminhamento para realização do parto, sob a alegação de que poderia aguardar por mais duas semanas; que, informou que em sua primeira gestação não sentiu dores ou contrações, tendo que realizar cesariana para a retirada do bebê, por isso insistiu no pedido de encaminhamento; que, diante da negativa da médica e em razão do desconforto que sentia, procurou em 05/10/2012 (sexta-feira) o Hospital Santa Casa, a fim de que o médico L. realizasse o parto, o qual realizou o exame de toque, informando que o bebê estava grande, na hora de nascer, determinando que retornasse na segunda-feira para a cirurgia; que, em 08/10/2012, o médico L., ao invés de realizar o parto, preferiu fazer um ultrassom, informando que "a placenta ainda não estava madura e o bebê era pequeno", solicitando que retornasse em 12/10/2012 para a realização do parto; que, em 09/10/2012 sentindo-se indisposta, retornou ao posto UBSF – Nova Lima e solicitou à médica S. que lhe desse o encaminhamento para o parto, a qual novamente não lhe forneceu, orientando-a a se encaminhar à Maternidade Cândido Mariano; que, sem o encaminhamento a maternidade não realiza o parto, somente em caso de emergência; que, em 10/10/2012 após sentir cólicas se dirigiu à maternidade, sendo atendida pelo médico W. S. I., que fez o exame de toque e escutou o coração do bebê, dispensando a paciente para que retornasse de manhã; que, na quinta-feira, dia 11/10/2012, retornou à maternidade, sendo atendida pelo plantonista que a examinou e não conseguiu escutar o coração do bebê; que, foi realizado um ultrassom onde foi detectada a morte do bebê; que, necessitou passar por uma cirurgia para a retirada*

da natimorta, assim como da placenta; que, a maternidade informou que deveriam pagar pela realização da necropsia, por isso registraram uma ocorrência, tendo sido determinado pelo delegado que o exame fosse procedido pelo Instituto de Medicina e Odontologia Legal – IMOL-MS, para onde o corpo foi encaminhado; que, apesar de sua insistência, nenhum médico quis realizar o seu parto, o que resultou na perda do bebê, bem como não lhe foi informado que tinha diabetes gestacional; que, o laudo necroscópico constatou que o feto não tinha alterações, sendo diagnosticado o sofrimento fetal, o que corrobora com os relatos dos médicos que realizaram a cesariana. Pedem que sejam os réus condenados a lhes indenizarem pelos danos morais suportados, no valor de R$ 80.000,00 para cada autor.

Citado, W. S. I. apresenta defesa alegando, preliminarmente, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, que o pedido seja julgado improcedente.

A Associação de Amparo à Maternidade e à Infância – AAMI – Maternidade Cândido Mariano apresenta contestação alegando, preliminarmente, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda. No mérito afirma que, diante dos fatos narrados e do conteúdo probatório, não cometeu nenhum ato culposo que fosse capaz de ensejar responsabilidade pelos fatos ocorridos; que, a autora não era paciente do médico que a atendeu na maternidade; que, durante o período gestacional, tanto o médico quanto a maternidade tiveram contato com a autora somente uma única vez; que, o médico atendeu normalmente a gestante, tendo diagnosticado que se encontrava em falso trabalho de parto; que, comprova os fatos através da declaração apresentada junto à Sindicância CRM/MS nº 1.596/2012, apurada no âmbito do Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul, o qual concluiu pela inexistência de conduta médica inadequada, isentando o médico de culpa; que, no momento em que seu médico atendeu a autora esta não apresentava contrações, o que o fez a orientar a retornar para casa; que, em declaração prestada na delegacia, a autora afirma que estava com leve cólica; que, de acordo com o laudo de exame de corpo de delito, a morte do bebê teve causa indeterminada, o que impossibilita atribuir culpa ao nosocômio; que, não deve ser responsabilizada por qualquer conduta omissiva ou comissiva que possa ter dado causa à morte do bebê. Requer seja o pedido julgado improcedente.

O Município de Campo Grande apresenta contestação alegando, preliminarmente, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, afirma que não há nexo causal entre os danos que as partes alegam ter sofrido e o ato do Poder Público; que, não há como concluir pela alegada negligência ou erro médico praticado por profissional da UBSF e dos hospitais réus; que, não há informações acerca da causa da morte, não podendo os autores afirmarem que foi em decorrência de qualquer ato de omissão praticada pela médica servidora municipal que atendeu a autora em 09/10/2012; que, não há que se falar em erro médico; que, não houve negligência, pois todas as vezes que procurou o serviço de saúde foi atendida, foram realizados exames, sendo disponibilizada a medicação adequada; que, a ultrassonografia realizada em 02/10/2012 apontou normalidade, inclusive nos batimentos cardíacos do bebê; que, o médico plantonista da maternidade a diagnosticou com falso trabalho de parto; que, no laudo necroscópico não informa a causa da morte, sendo esta indeterminada, bem como anota que o tempo de óbito intrauterino foi pequeno, não tendo constatado sinais de sofrimento fetal; que, a orientação da médica que atendeu a autora em 09/10/2012 para que procurasse a maternidade para realizar o parto se deu porque não constatou anormalidade com o feto; que, não há omissão ou culpa caracterizada; que, não praticou qualquer ação ou omissão que pudesse ensejar sua condenação em danos morais.

Citada, S. S. L. G. apresentou defesa alegando que, a autora procurou os serviços médicos da UBSF Nova Lima, tendo acompanhado seu pré-natal e solicitado todos os exames necessários para o adequado acompanhamento da gestação; que, durante o acompanhamento gestacional na UBS não houve alteração nos exames da autora; que, o teste considerado para diagnosticar diabetes gestacional é de 140 mg/dl, no entanto, a autora não apresentou alterações; que, realizou todos os exames nas fases certas, bem como todos os ultrassons necessários para definir a vitalidade do feto; que, a autora também fazia acompanhamento em outro local; que, houve um período no final da gestação em que a autora não teve atendimento médico prestado pela ré, devido às férias; que, retornou de férias e continuou a acompanhando

por poucos períodos, sendo que a paciente por volta da 38/39 semanas a avisou que sua cesária estava marcada na santa casa; que, passado mais ou menos 4 dias, a mãe da paciente encontrou a ré na UBSF e lhe avisou que não houve cesariana, questionando-lhe se não poderia atendê-la; que, neste dia a gestante chegou na UBSF pela tarde, com dilatação de 40 cm, sendo orientada a procurar a maternidade naquele momento; que, a assistência pré-natal foi realizada segundo o calendário e consultas mensais, tendo havido período de abstinência da própria paciente; que, tudo o que estava a seu alcance foi feito, isso porque em momento algum a paciente apresentou sinais de anormalidade ou trabalho de parto iminente; que, não praticou qualquer ato que pudesse ensejar sua condenação em danos morais. Requer seja o pedido julgado improcedente.

Intimados a especificarem as provas que pretendiam produzir, os réus pleitearam a produção de prova oral, bem como, os autores requereram a produção de prova oral e pericial.

Saneado o feito, as preliminares foram afastadas, sendo acolhida apenas a de ilegitimidade passiva suscitada por W. S. S. I., deferindo-se a produção de provas pericial.

Foi realizada prova pericial cujo laudo foi acostado às f. 495-507, sobre o qual as partes se manifestaram às f. 516-527."

O processo foi, então, foi julgado nos seguintes termos:

"Ante todo o exposto, julgo procedente o pedido para condenar, solidariamente, o Município de Campo Grande e a Associação de Amparo à Maternidade e à Infância – AAMI – Maternidade Cândido Mariano a pagarem aos autores a importância de R$ 99.800,00 (noventa e nove mil e oitocentos reais), a título de danos morais, no importe de 50% desse valor para cada um. O valor deverá ser corrigidos monetariamente pelo IPCA-E e acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, a contar da data do arbitramento. Sem custas ante a isenção legal, condeno-os também ao pagamento de honorários de advogado que arbitro em 10% do valor atualizado da condenação, nos termos dos parágrafos 2º e 3º art. 85 do Código de Processo Civil.

Transitada em julgado, arquivem-se, com as cautelas e anotações de estilo, uma vez que a condenação se enquadra nas exceções do parágrafo 3º do art. 496 do Código de Processo Civil."

Recursos dos réus - associação de amparo à maternidade e à infância - AAMI - maternidade cândido mariano e município de campo grande

Da responsabilidade solidária do Município de Campo Grande

Como relatado, o Município de Campo Grande narrou que os fatos ocorreram na Maternidade Cândido Mariano e que esse hospital não se trata de instituição municipal, já que sua relação se dá apenas mediante convênio, onde há repasse de verbas do SUS para realização de atendimentos. Expôs que qualquer ato de médico que trabalhe naquela instituição, seja por erro ou por omissão, não pode ser creditado à municipalidade. Dispôs que não se pode atribuir responsabilidade ao Poder Público se a ele cabe somente a fiscalização quanto à aplicação das verbas públicas.

Como se vê discussão gira em torno de suposto erro médico que teria sido cometido por prepostos de hospital privado, o qual também presta serviço público de saúde, via Sistema Único de Saúde (SUS), em razão de convenio firmado com o Município de Campo Grande.

Conforme prevê o art. 18, inc. X, da Lei nº 8.080, de 19/09/1990, à direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução.

À luz dessa competência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça extrai a legitimidade do município para responder ação indenizatória decorrente de ato ilícito imputado a hospital privado conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Neste sentido alguns julgados:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL PRIVADO CONVENIADO AO SUS – RESPONSABILIDADE MUNICIPAL – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. [...] 2. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que o município possui legitimidade passiva nas ações de indenização por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado ao SUS, sendo a responsabilidade, nesses casos, solidária. Precedentes: AgRg no AREsp 836.811/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2016, DJe Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 22/3/2016; REsp 1.388.822/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/6/2014, DJe 1º/7/2014. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."* (REsp 1.702.234/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017)

> *"PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO OCORRIDO EM HOSPITAL PRIVADO CREDENCIADO PELO SUS – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO – COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA AO MUNICÍPIO PARA CELEBRAR E CONTROLAR A EXECUÇÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS COM ENTIDADES PRIVADAS PRESTADORAS DO SERVIÇO DE SAÚDE. 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 n. 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. Precedentes: AgRg no CC 109.549/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 30/06/2010; REsp 992.265/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 05/08/2009; REsp 1.162.669/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/04/2010. 2. Não se deve confundir a obrigação solidária dos entes federativos em assegurar o direito à saúde e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, com a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros. Nessa última, o interessado busca uma reparação econômica pelos prejuízos sofridos, de modo que a obrigação de indenizar sujeita-se à comprovação da conduta, do dano e do respectivo nexo de causalidade entre eles. 3. No caso, não há qualquer elemento que autorize a responsabilização da União Federal, seja porque a conduta não foi por ela praticada, seja em razão da impossibilidade de aferir-se a existência de culpa in eligendo ou culpa in vigilando na espécie, porquanto cumpre à direção municipal realizar o credenciamento, controlar e fiscalizar as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde no âmbito do SUS. 4. Embargos de divergência a que se dá provimento."* (EREsp 1.388.822/RN, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 03/06/2015)

> *"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL PRIVADO – ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO – OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, A, E 18, I, X E XI, DA LEI 8.080/90 – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRECEDENTES – PROVIMENTO. [...] 5. Compete à União, na condição de gestora nacional do SUS: elaborar normas para regular as relações entre o sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (Lei 8.080/90, art. 16, XIV, XV e XVII). 6. Os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada*

e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI). 7. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da CF/88, obedecendo, entre outros, o princípio da descentralização político-administrativa, com "ênfase na descentralização dos serviços para os Municípios" (Lei 8.080/90, art. 7º, IX, a). 8. "Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei nº 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: 'Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população'" (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007). 9. Recurso especial provido, para se reconhecer a ilegitimidade passiva da União." (REsp 717.800/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 30/06/2008)

Portanto, neste ponto, está correta a sentença, não merecendo reforma.

Da responsabilidade solidária do hospital conveniado ao SUS

Por sua vez, a Associação de Amparo à Maternidade e à Infância - AAMI, aduziu que não se trata de um ente público, mas sim de uma instituição privada (Cartão CNPJ fl. 563), realizando atendimentos (consultas, exames e internações) a particulares e aos planos de saúde, em especial nas áreas de ginecologia/obstetrícia, além de ser credenciada pelo Ministério da Saúde para atender os usuários do SUS nas áreas acima citadas, mediante pagamento do Ministério da Saúde, pelos procedimentos realizados. Por conta disso, defendeu que sua responsabilidade não se confunde com a do Município de Campo Grande, devendo ser corrigido tal equívoco.

Sem razão a requerida, ora apelante.

Isso porque, o hospital, na qualidade de responsável pelo cumprimento dos protocolos médicos e entidade empregadora, responde pelos danos causados por seus agentes a terceiros, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

"APELAÇÃO CÍVEL – JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 942 DO NCPC – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR CONTRARRECURSAL AFASTADA – PROCESSUAL CIVIL – ATENDIMENTO PELO SUS – PESSOA JURÍDICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL – PROFISSIONAL MÉDICO QUE REALIZOU O ATENDIMENTO – ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EVIDENCIADO – ERRO MÉDICO – DESÍDIA – DANOS MORAIS OCORRENTES. 1. Preliminar contrarrecursal afastada. Não há que se falar em afronta ao princípio da dialeticidade na medida em que a demandante expõe as razões de fato e de direito pelas quais requer solução diversa daquela emanada na sentença, atendendo aos pressupostos do art. 514 do CPC/73 (vigente à época), para o que não se exigem argumentos inéditos. 2. Situação dos autos na qual a parte autora alegou ter sofrido prejuízos por ocasião do exercício da função médica de profissional que atende pelo SUS e por falha da própria instituição hospitalar, sendo de rigor reconhecer a legitimidade passiva do hospital demandado e, de ofício, a ilegitimidade passiva ad causam do agente público. Art. 37, § 6º, CF c/c o art. 267, VI, do CPC/1973. Precedentes do STF. 3. Contexto probatório que demonstra que houve defeito na prestação de serviço, porquanto o médico réu não analisou, ou o fez de forma deficiente, o exame de Raio-X que solicitou, no qual era possível identificar-se a existência de fratura, tendo liberado a autora sem o correto diagnóstico, entendendo que a paciente não tinha nada ou apenas meras contusões, e com tratamento apenas para dor. 4. Erro médico evidente e desídia inquestionável que acabaram infligindo à paciente não só dor física, mas também emocional. Autora que faz jus a uma indenização, a título de danos

morais, de R$ 8.000,00, valor que considera a capacidade financeira das partes e servirá para compensar o sofrimento e desgaste suportados, bem como para que a parte ré repense sua forma de atuação. Montante que deverá ser devidamente atualizado pela variação do IGP-M da data da publicação deste acórdão, acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a data do fato. Preliminar contrarrecursal afastada; exclusão do agente público da lide por ilegitimidade passiva de ofício, ressalvado o posicionamento pessoal do Des. Miguel Ângelo da Silva; Apelação Provida. Unânime". (Apelação Cível Nº 70067480582, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 14/12/2016)

Do erro médico

Segundo o laudo pericial (f. 495/507), a Sra. E. S. M. M. compareceu para consulta na data de 11/09/2012 e foi-lhe informado pela médica requerida que o parto poderia ser realizado, sendo indicada cesariana. Que em virtude de ter informado que teve diabetes gestacional em outra gravidez, a pedido da médica citada realizou exames para acompanhar a glicemia, sendo que não houve qualquer alteração e que demandasse outros cuidados. Que na data de 01/10/2012 compareceu para nova consulta, onde se constatou que estava com aproximadamente 39 (trinta e nove) semanas de gestação, e que a Dra. S. informou que poderia aguardar mais 02 (suas) semanas. Que procurou atendimento na Santa Casa de Campo Grande na data de 05/10/2012, e foi atendida pelo médico Dr. L., que fez o exame de toque e constatou que o bebê já estava quase na hora de nascer, orientando que retornasse no dia 08/10/2012 para realizar o parto.

Que na data marcada compareceu ao hospital e que o mesmo médico decidiu fazer um exame de ultrassom, e informou que não realizaria o parto naquele dia, e solicitou que retornasse no dia 12/10/2012. Que em 09/10/2012 retornou à UBSF Nova Lima, e solicitou encaminhamento para realizar o parto, e foi informada pela Dra. S. que ela deveria encaminhar-se à Maternidade Cândido Mariano para ser atendida. Que no dia 10/10/2012 sentiu cólica por volta das 18 horas e depois às 21 horas e 30 minutos, e com eliminação de líquido gelatinoso, sendo assim encaminhou-se à Maternidade Cândido Mariano. Foi examinada pelo Dr. W. S. I. que realizou toque e verificou os batimentos cardíacos do feto, mas por não estar ainda em trabalho de parto efetivo foi orientada a retornar na manhã seguinte para realização do parto cesariano.

Que retornou na data de 11/10/2012 e ao ser atendida pelo plantonista, este não conseguiu ouvir o coração do feto, realizou-se ultrassom onde se constatou a morte fetal. Assim, foi realizada cesariana para retirada do natimorto.

O natimorto foi encaminhado para exame necroscópico com resultado inconclusivo, constando na declaração de óbito, como causa da morte "morte a esclarecer" (f. 35).

Apesar de o exame necroscópico não ter sido conclusivo, há que se levar em consideração, aqui, as respostas do perito judicial aos quesitos elaborados pelas partes, no laudo de f. 495/507:

"1) A gestante E. S. M. M. estava com a glicemia acima do normal? Pode-se afirmar que a gestante apresentava diabetes gestacional?

Sim. O exame constatou quadro de diabetes gestacional.

2) Em caso de constatação de diabetes gestacional qual seria a conduta médica adequada?

Acompanhamento pré-natal, com exames complementares que não estão disponíveis na rede pública (ultrassom com doppler e cardiotocografia) e avaliação obstétrica periódica e, variando conforme evolução, determinar o tipo de parto a ser realizado.

3) A gestação era de alto risco?

Era.

4) O fato de a gestante ter sido diagnosticada com diabetes gestacional na gestação anterior implicaria acompanhamento glicêmico na gestação posterior?

Sim.

5) Quais as causas de sofrimento fetal? Quais são os sintomas que conduzem ao diagnóstico de sofrimento fetal? É possível afirmar que a natimorta teve sofrimento fetal?

O laudo necroscópico foi inconclusivo. Uma das hipóteses clínicas é variação de glicemia materna, não havendo outros dados significativos no prontuário médico ou no exame anátomo-patológico da placenta.

6) Qual o exame que constataria a possibilidade de sofrimento fetal? Tal exame foi realizado?

Ultrassom com doppler e cardiotocografia.

7) É possível relacionar a glicemia elevada como causadora de sofrimento fetal?

Sim.

10) Foi constatada durante a cesariana para retirada da natimorta, a presença de liquido meconial espesso, o que significa isso e qual a causa? Pode ter ocasionado sofrimento fetal?

Sim. Sofrimento fetal agudo.

12) Existe a possibilidade de causa natural para a morte do bebê?

Não foi diagnosticada a causa do óbito através de exame necroscópico. Clinicamente a hipótese mais provável é consequência à hiperglicemia materna gestacional."

E ao concluir o laudo da perícia realizada nestes autos (f. 495-507), o perito afirmou:

"Analisando os documentos apresentados no processo, constata-se que se trata de diabetes gestacional, já ocorrido em gestação anterior, que traz elevado risco para gestação, tanto para a mãe quanto para o desenvolvimento gestacional.

Na véspera do parto o feto encontrava-se vivo, com BCF presente em 140 bpm, contudo com sinais classificados como falso trabalho de parto, constando na ficha de atendimento "Paciente refere dor em BV tipo cólica de forte intensidade há 1 dia, relata perda de muco, BCF = 140, DU = 0, Colo fechado, feto alto, Diagnóstico Provável: Falso trabalho de parto, Procedimento: Consulta+Orientação".

Tal conduta, diante do exame realizado, associado às informações gestacionais prévias, inclusive ultrassonográficas, permitiu o plantonista liberar a gestante e recomendar parto cesariano no dia seguinte, como o quadro indicou.

Destaca-se que na rede pública não são disponibilizados rotineiramente exames específicos para o acompanhamento gestacional de casos como este, como por exemplo Ultrassom com doppler e cardiotocografia.

Mais grave que isto, há resultado de exame ultrassonográfico realizado no dia 02 de outubro de 2012, às 39 semanas de gestação, que cita como peso fetal 3.180 quilos, que não é compatível com o peso do natimorto descrito no parto, em 11 de outubro, 9 dias depois, 4.820 quilos, com uma diferença de 1 quilo 640 gramas em pouco mais de uma semana.

É de nosso entendimento que caso o ultrassom feito tivesse identificado sobrepeso fetal indicativo de diabetes gestacional na medida compatível com o achado de uma semana depois, certamente a conduta do plantonista seria outra, não indicando cesariana para o dia seguinte, mas sim para o mesmo momento de seu exame, pois o risco de óbito fetal súbito é muito grande, como se mostra ter ocorrido neste caso, por conta especificamente das variações glicêmicas impostas pelo quadro de diabetes gestacional.

Em conclusão, em relação à conduta da médica requerida, não há registros no prontuário resumido que indiquem falhas nos seus atendimentos prestados à gestante, constando poucas informações sobre conduta e condições clínicas da gestante, pelas características do tipo de documento que é um prontuário resumido de posto de saúde, que não permite detalhamento como deveria.

Não encontramos no processo o cartão de acompanhamento gestacional, onde maiores dados clínicos poderiam contribuir mais para nossa análise.

Quanto às condições gestacionais em que se apresentou na véspera do parto (dia 10 de outubro à noite), não há registro de qualquer sinal ou sintoma maternofetal que justifique conduta diferente da que foi orientada pelo médico que a atendeu neste momento, estando o feto com bcfs normais e as condições maternas para o parto ainda não definidas.

O que de fato se mostra destoante em toda a análise que fizemos é a diferença de pesos registradas em ultrassom de 39º semana e o encontrado no feto natimorto, às 40 semanas, após sua extração, que indica que uma das duas medidas está equivocada.

O exame necroscópico não conseguiu elucidar a causa especifica do óbito fetal, contudo, em casos como este, a causa mais provável é a variação de glicemia materna, que determina sofrimento fetal agudo, como mostrou a presença de mecônio em grande quantidade no líquido amniótico."

Como se vê, o perito, portanto, deixa claro que a autora foi atendida adequadamente na Unidade Básica de Saúde – UBSF Nova Lima e na Maternidade Cândido Mariano. Todavia, a falta de equipamentos para a realização de exames de cardiotocografia e ultrassom com doppler, fato imputável exclusivamente ao Poder Público, contribuiu para a morte do feto.

Ora, se no caso tivessem sido disponibilizados à autora os exames de ultrassom com doppler e de cardiotocografia, poderia se constatar o real estado do feto, inclusive sua macrossomia, dando azo a uma conduta médica totalmente diferente.

Nesse sentido, muito bem ressaltou a magistrada de piso em sua sentença:

"O laudo pericial observou que a autora apresentava diabetes gestacional e que sua gestação era de alto risco, mas que no momento dos atendimentos não estava em trabalho de parto, tendo sido optado pela não realização da cesariana para se evitar risco de complicações para o feto.

Evidenciou-se que o fato que se mostrou destoante foi a diferença de pesos registradas em ultrassom de 39º semana e o encontrado no feto natimorto, que contava com 40 semanas após sua extração, o que indicaria que uma das duas medidas está equivocada.

Demonstrou-se que a condição da autora, de portadora de diabetes gestacional, pode ter sido a causa do óbito do feto, bem como, que o fato danoso seria evitado se fossem disponibilizados na rede pública de saúde exames específicos para seu acompanhamento, como o ultrassom com doppler e a cardiotocografia.

Infere-se do exposto que, em que pese o corpo médico ter realizando todos os procedimentos ao alcance, a falha no serviço prestado à gestante e ao feto ocorreu pela falta de meios disponíveis na rede pública para que pudessem proceder da forma em que a situação exigia.

Embora o feto tenha falecido, este fato não foi decorrente de eventual imperícia, negligência ou imprudência dos médicos, mas em razão da falta de meios para se evitar a má qualidade do atendimento.

Não está se exigindo o fornecimento de exames de alta complexidade, mas de procedimentos básicos que fazem parte da própria estrutura da prestação do serviço de saúde.

No caso em tela, observa-se que o óbito se deu ante a inexistência de aparelhos de ultrassom com doppler e de cardiotocografia disponíveis no sistema de saúde público para que fosse possível se constatar o real estado do feto."

É de conhecimento notório que há necessidade, em nosso município, de melhores condições de atendimento nas Unidades Básicas de Saúde, com a disponibilização de infraestrutura, bem como equipamentos para realização de exames, permitindo um melhor tratamento aos pacientes de modo e em tempo adequados.

Dessa forma, está demonstrado que, embora não tenha havido erro médico e tenham os profissionais que atenderam a autora feito tudo ao seu alcance, a falta de disponibilização de exames básicos – ultrassom com doppler e cardiotocografia - deram causa à morte do feto.

Não se afirma que toda e qualquer unidade de atendimento do município deva estar equipada e preparada para toda e qualquer emergência. Mas o perito deixou claro que "*o sistema de saúde pública não conta rotineiramente com os exames complementares essenciais ao acompanhamento fetal adequado para este quadro",* ou seja, a deficiência é generalizada e notória, de modo que não se trata, de um evento isolado ou fortuito, mas de um problema estrutural.

Na hipótese de omissão do Poder Público, aplica-se a teoria subjetiva da responsabilidade estatal (falha do serviço), cabendo à parte comprovar conduta, dano, nexo de causalidade e culpa, ônus do qual a autora se desincumbiu, porque demonstrou conduta (omissão em disponibilizar exames essenciais), dano (morte do nascituro), nexo de causalidade (morte causada pela referida omissão) e culpa (negligência no oferecimento de um serviço de saúde adequado).

Além disso, não há dúvidas de que essas deficiências de infraestrutura no atendimento médico básico em postos de saúde e hospitais públicos sejam notórias, ou seja, não se trata de fato novo ou extraordinário, mas já conhecido do Poder Público, o que atrai sua responsabilidade.

Nesse contexto, a demanda é improcedente em face da ré Associação de Amparo à Maternidade e à Infância – AAMI – Maternidade Cândido Mariano, pois aplicou a melhor medicina possível, mas procedente contra o município, que se omitiu no seu dever constitucional de proteção à saúde.

Dos danos morais

In casu, incide o dever do município requerido de indenizar pelos danos morais pleiteados pelos genitores demandantes, que resultam evidentes a partir da gravidade da própria conjuntura fática, sobretudo do evento morte de um filho.

Para qualquer pessoa com um mínimo de sensibilidade, mesmo que nunca tenha sido pai ou mãe, afigura-se inegável o intenso sofrimento vivenciado pelos demandantes com a perda do nascituro, quando a autora contava 40 semanas de gestação, ou seja, no seu final, e quando até então, tudo transcorria bem.

Trata-se, portanto, de danos morais *in re ipsa*, cuja configuração, por ser presumida, não depende da produção de prova específica.

Nesse sentido, alguns julgados:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REMESSA NECESSÁRIA DISPENSADA EM RAZÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – EXCLUSÃO DE UM DOS RÉUS NA DECISÃO INICIAL PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/73 – AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO CABÍVEL – INSURGÊNCIA APENAS NA APELAÇÃO – PRECLUSÃO – GESTANTE INTERNADA EM HOSPITAL PÚBLICO – AUSÊNCIA DA DEVIDA DISPONIBILIZAÇÃO DE EXAMES E LEITO PARA REALIZAÇÃO DE CESARIANA DE URGÊNCIA – MORTE DO FETO – NEXO DE CAUSALIDADE – DANOS MORAIS E MATERIAIS COMPROVADOS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO – REQUISITOS PRESENTES– HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO

– ART.85 DO CPC. - Não tendo a parte recorrido a tempo e modo da decisão, proferida sob a égide do CPC/1973, que excluiu outro réu da lide, sua insurgência em relação ao tema na apelação é inoportuna, já tendo sido alcançada pela preclusão. - A Constituição da República dispõe em seu art. 37, § 6º sobre a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, sob a modalidade do risco administrativo. - Na hipótese específica de responsabilização por fato ocorrido em hospital público, o que se verifica é a ocorrência do erro nas condutas médico-hospitalares e se este tem nexo de causalidade com o evento danoso. - Comprovado nos autos que a gestante ficou internada nas dependências do hospital municipal durante aproximadamente uma semana, aguardando a realização de uma cesariana para resguardar sua saúde e a vida do filho, sem que lhe fossem providenciados os devidos exames, o leito na unidade intensiva ou transferência em tempo hábil para outro hospital, resta configurada a falha grave na prestação do serviço público de saúde que, tendo resultado na morte do feto, enseja indenização pelos danos morais e materiais dela decorrentes. - Nos termos do art.85, § 3º, I, do CPC, sendo parte no processo a Fazenda Pública, os honorár ios devem ser fixados entre o mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários mínimos." (TJMG- Ap Cível/Rem Necessária 1.0105.14.012941-9/001, Relator(a): Des.(a) Wagner Wilson, 19ª Câmara Cível, julgamento em 14/02/0019, publicação da súmula em 21/02/2019)

*"EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO - HOSPITAL MUNICIPAL – INEFICIÊNCIA NO ATENDIMENTO CARACTERIZADA – EVENTO MORTE – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – DEVER DE INDENIZAR – DANOS MORAIS – CRITÉRIO DE FIXAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – ÍNDICES – LEI Nº 11.960/09 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FAZENDA PÚBLICA VENCIDA – EQUIDADE. 1. Comprovada que a negligência no atendimento médico destinado à paciente grávida foi o motivo determinante para a ocorrência da morte do feto, situação que caracteriza o nexo causal entre a conduta da representante do município e o evento danoso, impõe-se a obrigação de indenizar. 2. Inexiste um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral. A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem justa causa do ofendido, devendo se levar em conta, ainda, as condições econômicas das partes. 3. O termo inicial dos juros de mora, na hipótese de indenização decorrente de responsabilidade extracontratual, é desde a data do evento danoso (Súmula nº 54/STJ). Já a atualização monetária incide desde a data do arbitramento (Súmula nº 362/STJ). 4. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, devem ser observados, a partir de 29.06.2009, os índices estabelecidos na Lei nº 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, sendo que depois do dia 25.03.2015, a correção monetária, será substituída pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). 5. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública o magistrado deve fixar os honorários advocatícios com eqüidade, obedecendo aos critérios do § 4º do artigo 20 do CPC. V.V.P.: Ação de Indenização - Danos Morais - Juros de Mora - Termo Inicial - Citação - ART. 219, Caput, do CPC. 1 - A condenação por dano moral, desafia a incidência de juros de mora desde a citação, na forma do art. 219, caput, do CPC, porquanto o dever reparatório e o correspondente montante somente passam a existir com a decisão judicial demandada no feito." (*TJMG- Ap Cível/Reex Necessário 1.0392.10.002580-9/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes , 6ª Câmara Cível, julgamento em 02/02/2016, publicação da súmula em 16/02/2016)

Do *quantum* indenizatório

Relativamente *quantum* indenizatório, à vista da inexistência de parâmetros legais para fixação do valor, o julgador deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade[1]. Igualmente, deve atentar para a natureza jurídica da indenização[2], que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico sem caracterizar enriquecimento ilícito.

1 REsp 797.836/MG, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 02.05.2006.

2 "A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. (...). Penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor. (...). Satisfatória ou compensatória, (...) a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*in* Responsabilidade Civil, 4. ed., 1993, p. 60), nos seguintes termos:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*

Sergio Cavalieri Filho (na obra Programa de Responsabilidade Civil, 8ª ed., Editora Atlas S/A, 2009, p. 93), ao tratar do arbitramento do dano moral, assim se manifestou:

> *"Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."*

Tendo em vista as aludidas finalidades, deverá ser sopesado, para a delimitação do montante reparatório, a situação econômica das partes litigantes, a gravidade da conduta e o quanto ela repercutiu na vida do lesado.

Os referidos critérios encontram-se, aliás, bem delimitados na jurisprudência. Isso porque não existe norma em sentido estrito que indique, de forma objetiva, como fixar a reparação por prejuízo imaterial, a qual ocorre pelo prudente e razoável arbítrio do magistrado.

E no caso, considerando a situação econômica das partes, a reprovabilidade da conduta dos demandados, o dano suportado pela parte autora, deve ser mantida a indenização fixada em R$ 99.800,00 (noventa e nove mil e oitocentos reais).

Do prequestionamento

Quanto ao pretendido prequestionamento de matérias tão só para viabilizar recurso às cortes superiores, registre-se que todas as questões suscitadas pelas partes foram consideradas para o julgamento, explícita ou implicitamente, devendo a decisão ser interpretada pela conjugação de todos os seus elementos, consoante esclarece o § 3º do art. 489 do CPC/2015: *"A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé"*.

Assim, restam superados os prequestionamentos em relação aos diplomas legais invocados, sobre os quais o *'decisum'* vergastado não tenha se manifestado.

Recurso dos autores

---

que atenue a ofensa causada." (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 94, v. 7) "Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas." (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1709.)

E. S. M. M. e L. da R. S. também apelaram (f. 600-618), aduzindo em resumo, que a sentença é citra petita, já que não há condenação solidária da médica S. S. L. G., nem o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva.

Narraram que a Dra. S. foi a médica responsável por todo o pré-natal da gestante, sendo dela a responsabilidade pela omissão em encaminhá-la para a realização do parto. Afirmaram que a médica também é culpada pelo fato de que, mesmo diante de exames que indicavam diabetes gestacional, não tomou nenhuma providência para o controle de glicemia, tampouco passou algum tipo de orientação para o cuidado da patologia.

Expuseram que a conduta negligente da médica em não informar a existência de um quadro de diabetes gestacional, impossibilitando o tratamento adequado, somado ao fato de ter negado por diversas vezes o encaminhamento para realização do parto e ter cobrado de forma ilícita por um serviço público gratuito, foi diretamente responsável pela morte do bebê. Requereram a majoração do valor da indenização por danos morais para R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais). Alegaram que os juros moratórios devem ser aplicados com base no índice de remuneração da caderneta de poupança, tendo como termo inicial, a data do evento danoso. Prequestionaram diversos normativos legais. Ao final, pugnaram pelo conhecimento e provimento do apelo.

Preliminar

Do julgamento *citra-petita*

Da análise dos autos, verifica-se que o juízo de origem deixou de analisar a integralidade dos pedidos da parte autora formulados na inicial, uma vez que nada foi referido na sentença acerca da eventual responsabilidade do co-demandada S. S. L. G., relativamente ao pedido posto na inicial.

Contudo, o processo encontra-se pronto para julgamento, diante da desnecessidade de providência de qualquer outro ato instrutório, o que torna este Colegiado apto a analisar o mérito do recurso imediatamente, nos termos do art. 1.013, § 3º, III, do CPC, em vista dos princípios da primazia da decisão de mérito e da razoável duração do processo – art. 4º CPC.

Da ilegitimidade passiva *ad causam* da requerida S. S. L. G.

A requerida S. S. L. G. é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide.

É que, não dispõe o agente público cuja responsabilidade é apurada com apoio no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - isto é, por danos que naquela qualidade de agente público tenha causado a terceiros-, legitimidade para ser diretamente acionado pelo sujeito passivo do dano, em litisconsórcio com a pessoa de direito público.

O agente público, nessa hipótese, responde regressivamente, e perante o órgão público ao qual se encontra vinculado.

Inobstante ser facultado à parte ajuizar ação contra quem lhe aprouver, em caso de responsabilidade civil do Estado, prevista no § 6º do artigo 37, da Constituição Federal, o Colendo Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de se incluir no polo passivo o agente público que tenha cometido o ato ou fato gerador do dever de indenizar. Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INCLUSÃO DO AGENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO DA PODER JUDICIARIO – TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – APELAÇÃO Nº 0000055-08.2013.8.26.0450 – PIRACAIA 6 DEMANDA – IMPOSSIBILIDADE – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de não reconhecer a legitimidade passiva do agente público em ações de responsabilidade civil fundadas no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, devendo o ente público demandado, em ação de regresso, ressarcir-se perante o*

servidor quando esse houver atuado com dolo ou culpa. 2. Agravo regimental não provido." (STF, ARE 908331 AgR-RS, 2ª Turma, Rel. o Min. Dias Toffoli, j. 15.03.2016).

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO) – PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO – DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (STF, RE 327904-SP, 1ª Turma, Rel. o Min. Carlos Britto, j. 15.08.2006).

Vale reproduzir, por esclarecedor, trecho de decisão monocrática da Ministra Carmen Lúcia, no R.E. 601.104-DF, j. 26.08.2009:

"11. Com efeito, se o eventual prejuízo ocorreu por força de um atuar tipicamente administrativo, como no caso presente, não vejo como extrair do § 6º do art. 37 da Lei das Leis a responsabilidade per saltum da pessoa natural do agente. Tal responsabilidade, se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao Erário (ação regressiva, portanto), depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público, ou de quem lhe faça as vezes. Vale dizer: ação regressiva é ação de "volta" ou de "retorno" contra aquele agente que praticou ato juridicamente imputável ao Estado, mas causador de dano a terceiro. Logo, trata-se de ação de ressarcimento, a pressupor, lógico, a recuperação de um desembolso. Donde a clara ilação de que não pode fazer uso de uma ação de regresso aquele que não fez a "viagem financeira de ida"; ou seja, em prol de quem não pagou a ninguém, mas, ao contrário, quer receber de alguém e pela vez primeira"

Esse também é o entendimento deste Tribunal:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS C/C PENSÃO VITALÍCIA – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO – VÍTIMA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO – ALEGADA NEGLIGÊNCIA DOS MÉDICOS QUE PRESTARAM ATENDIMENTO – POLO PASSIVO – EXCLUSÃO DOS MÉDICOS – POSSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA – ART 37, § 6° DA CF – RECURSO IMPROVIDO Considerando que a parte autora alega ter sofrido prejuízos, por ocasião do exercício da função médica de profissionais que atendem pelo SUS, de rigor reconhecer que não esta caracterizada a legitimidade passiva dos médicos para responderem pelos eventuais prejuízos suportados pela parte lesada em razão de ato médico praticado pelo profissionais do nosocômio prestador de serviço público. Verifica-se que art. 37, § 6º, da Constituição Federal, determina a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos que seus agentes eventualmente causarem a terceiros, restando afastada, assim, a possibilidade de o lesado se insurgir diretamente contra o possível causador do dano." (Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/07/2016; Data de registro: 13/07/2016)

Diante disso, acolho de ofício a preliminar de ilegitimidade passiva de S. S. L. G., para o fim de excluí-la do polo passivo desta ação, extinguindo o feito em relação a ela, sem exame de mérito, o que faço com fulcro no art. 485, VI do Código de Processo Civil.

Mérito

Do *quantum* indenizatório

Relativamente *quantum* indenizatório, à vista da inexistência de parâmetros legais para fixação do valor, o julgador deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade[3]. Igualmente, deve atentar para a natureza jurídica da indenização[4], que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico sem caracterizar enriquecimento ilícito.

Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*in* Responsabilidade Civil, 4. ed., 1993, p. 60), nos seguintes termos:

> *"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."*

Sergio Cavalieri Filho (na obra Programa de Responsabilidade Civil, 8. ed. Editora Atlas S/A, 2009, p. 93), ao tratar do arbitramento do dano moral, assim se manifestou:

> *"Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes."*

Tendo em vista as aludidas finalidades, deverá ser sopesado, para a delimitação do montante reparatório, a situação econômica das partes litigantes, a gravidade da conduta e o quanto ela repercutiu na vida do lesado.

Os referidos critérios encontram-se, aliás, bem delimitados na jurisprudência. Isso porque não existe norma em sentido estrito que indique, de forma objetiva, como fixar a reparação por prejuízo imaterial, a qual ocorre pelo prudente e razoável arbítrio do magistrado.

E no caso, considerando a situação econômica das partes, a reprovabilidade da conduta dos demandados e o dano suportado pela parte autora, entendo que o valor da indenização fixado em R$ 99.800,00 (noventa e nove mil e oitocentos reais), deve ser reputado como forma justa de compensar pelos prejuízos sofridos, nos termos do artigo 944 do Código Civil, satisfazendo-se, ainda, o caráter pedagógico da imposição.

Dos juros de mora

---

3 REsp 797.836/MG, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 02.05.2006.

4 "A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. (...). Penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor. (...). Satisfatória ou compensatória, (...) a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada." (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 94. v. 7)

"Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas." (STOCO, Rui. T**ratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1709.)

O valor deverá ser acrescido de juros de mora a contar da data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

Os juros de mora incidem segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, conforme entendimento sufragado pelo STJ no Recurso Especial nº 1.492.221, representativo de controvérsia.

Do prequestionamento

Quanto ao pretendido prequestionamento de matérias tão só para viabilizar recurso às cortes superiores, registre-se que todas as questões suscitadas pelas partes foram consideradas para o julgamento, explícita ou implicitamente, devendo a decisão ser interpretada pela conjugação de todos os seus elementos, consoante esclarece o § 3º do art. 489 do CPC/2015: "A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé".

Assim, restam superados os prequestionamentos em relação aos diplomas legais invocados, sobre os quais o *decisum* vergastado não tenha se manifestado.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Associação de Amparo à Maternidade e à Infância – AAMI – Maternidade Cândido Mariano e dou-lhe parcial provimento, afastando a alegação de inexistência de solidariedade para responder à presente lide e no mérito, julgando improcedente a demanda com relação à esta última.

Por consequência, inverto o ônus da sucumbência e condeno os autores**,** ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência de primeiro grau e recursal evidenciadas, que arbitro em 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC[5], por estes litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

Conheço do apelo interposto pelo Município de Campo Grande, mas nego-lhe provimento.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o Município de Campo Grande, ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 2% (dois por cento) do valor da condenação.

Conheço do recurso interposto por E. S. M. M. e L. da R. S. e dou-lhe parcial provimento para: a) declarar a parcial nulidade da sentença por julgamento citra petita e, nos termos do art. 1.013 do CPC, acolher de ofício a preliminar de ilegitimidade passiva de S. S. L. G., para o fim de excluí-la do polo passivo desta demanda e consequentemente, extinguir o feito em relação a ela, sem exame de mérito, com fulcro no art. 485, VI do Código de Processo Civil; b) determinar que o valor da indenização seja acrescido de juros de mora a contar da data do evento danoso, segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o Município de Campo Grande**,** ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 2% (dois por cento) do valor da condenação.

5 § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do município de campo grande e deram parcial provimento aos recursos da Associação de Amparo à Maternidade e à Infância e de E. S. M. M. e outro, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 12 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0001537-54.2019.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AÇÃO DE DIVÓRCIO – ACORDO EM AUDIÊNCIA PARA ALIENAÇÃO DO BEM IMÓVEL COMUM AO CASAL – RECURSO DO EXEQUENTE – ALEGAÇÃO DE QUE A EXECUTADA NÃO ESTÁ PERMITINDO A AVALIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO DO BEM – PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DE ALUGUEIS – CABIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A despeito de a executada ter contratado imobiliária para venda do bem comum do casal e fixado placas no imóvel indicando a venda, em vista do tempo transcorrido sem que houvesse a alienação do bem, aliado às necessidades do exequente, bem como ao fato de que a executada usufrui exclusivamente do bem, admite-se o restabelecimento dos aluguéis em favor do exequente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de setembro de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

O. B. da S., nos autos de Cumprimento de Sentença de nº 0001537-54.2019.8.12.0002 em que contende com R. L. da S., oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

Ao contrário do que restou entendido pelo magistrado singular, possui interesse processual no presente cumprimento, pois a executada não está cumprindo o acordo firmado em audiência (Autos nº 0805847-46.2014.8.12.0002), já que inviabiliza a comercialização do bem comum;

Conforme restou ajustado pelas partes, ambos poderiam colocar a placa de venda do imóvel e que a apelada, por nele residir, deveria franquear a visita de pessoas interessadas na aquisição, entretanto, ela não permite que o bem seja avaliado, como também inviabiliza a negociação, dificultando a venda do mesmo;

A obrigação da apelada não era apenas contratar uma imobiliária para venda do bem, mas possibilitar que ambos pudessem realizar tal encargo, o que não vem sendo cumprido pela executada;

Muito embora o juízo singular tenha alegado que a dissolução do condomínio deveria ser promovida em uma das varas cíveis, tem-se que o exequente já propôs ação de dissolução do condomínio – Autos nº 0809067-18.2015.8.12.0002, contudo, a juíza condutora daquele feio o extinguiu, sem resolução do mérito, por entender que, já tendo o autor um título judicial, seria passível o seu cumprimento;

Resta nítido que o apelante possui interesse de agir e ajuizou através de meio adequado o cumprimento de sentença, motivo pelo qual pugna pela reforma da sentença objurgada;

No segundo acordo firmado em audiência, abriu mão do recebimento dos alugueis, desde que a apelada cumprisse com o que restou ajustado, entretanto, como insiste em não permitir a alienação do bem, os alugueis anteriormente fixados devem ser restabelecidos, não sendo possível que a apelante, além de não cumprir com o acordo, também não pague os devidos encargos.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para, reformando a sentença, seja reconhecido o interesse processual do autor, bem como julgado procedente o pedido para restabelecer os alugueis, bem como determinar que a apelada cumpra com os acordos pactuados, permitindo-se a venda do bem.

Em contrarrazões, a recorrida manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

O. B. da S., nos autos de Cumprimento de Sentença de nº 0001537-54.2019.8.12.0002 em que contende com R. L. da S., oferece recurso de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo, conforme disposto no artigo 1.012, do CPC.

Conforme retratado, trata-se de recurso interposto contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões de Dourados que, no presente feito, acolheu a impugnação e reconheceu a falta de interesse de agir, razão pela qual ficou o processo extinto sem resolução do mérito, conforme disposto no artigo 925 e 485, VI, do CPC.

Neste recurso, o agravante busca a reforma da decisão objurgada, ao argumento de que possui interesse de agir, porquanto, diversamente do que restou entendido, a impugnada não estaria cumprindo com o que restou decidido no acordo firmado em audiência, já que não permite que o bem seja avaliado, como também inviabiliza a negociação, dificultando a venda do bem.

Ademais, aduz que, embora o juízo singular tenha alegado que a dissolução do condomínio deveria ser promovida em ação própria, o recorrente propôs referida ação – Autos nº 0809067-18.2015.8.12.0002, a qual foi extinta sem julgamento do mérito.

Insiste que, no segundo acordo firmado em audiência, abriu mão do recebimento dos alugueis, desde que a apelada cumprisse com o que restou ajustado, entretanto, como insiste em não permitir a alienação do bem, os alugueis anteriormente fixados devem ser restabelecidos, não sendo possível que a apelante, além de não cumprir com o acordo, também não pague os devidos encargos.

Pois bem.

Conforme se colhe dos autos, ao apelante ingressou com o cumprimento de sentença proferida nos autos da ação de divórcio referente ao acordo entabulado entre as partes, que expressamente definiu:

> *"(...) Com relação ao imóvel situado no lote de terreno determinado pelo nº 20 (vinte), da quadra nº 52 (cinquenta e dois), situado no loteamento denominado Jardim Novo Horizonte, zona urbana desta cidade, as partes, notadamente a requerida, acordam que será vendido, possibilitando que a imobiliária efetue a avaliação do bem, bem como coloque placas indicando a venda.*

Ademais a requerida se compromete em franquear o acesso de possíveis interessados na aquisição do bem para visita.

As partes estabelecem que a requerida arcará com o pagamento integral do IPTU até a venda do imóvel, contudo, efetivada a alienação, a proporção de 40% (quarenta por cento) que cabe ao requerente pagar, será descontado do valor da venda e repassado a requerida.

Neste ato o requerente abre mão do recebimento dos aluguéis fixados na decisão de f. 81, desde que haja o cumprimento do presente acordo por parte da requerida, pois, caso haja novo descumprimento, os aluguéis serão reestabelecidos".

Pois bem. Compulsando-se os autos, entendo que a sentença comporta modificação.

De início, cumpre destacar que este relator tem ciência de que o cumprimento de sentença deve-se atrelar ao que restou disposto no título executivo judicial.

Além disso, é de se observar que a requerida comprovou ter contratado uma imobiliária para alienação do imóvel, bem como ter nele fixado placa de venda (f. 20-21 e 23).

Contudo, a demanda em questão exige uma análise cautelosa da situação fática esboçada pelo apelante, visando especialmente proferir uma decisão que seja útil aos litigantes, até porque, no entendimento deste julgador, o objetivo maior do acordo não foi alcançado, qual seja, a alienação do bem.

Conforme se extrai dos autos, o apelante ajuizou ação de divórcio litigioso em desfavor da apelada (Autos nº 0805847-46.2014.8.12.0002), na qual foi homologado o acordo firmado entre as partes e definido, acerca do único bem imóvel do casal, que o mesmo seria avaliado e colocado à venda pelo valor da avaliação, cabendo a ambos o direito de providenciar a avaliação do bem imóvel pelo corretor e colocar placa para venda (f. 47-48). Momento seguinte, em julho de 2016, o autor formulou pedido de cumprimento de sentença, argumentando que a parte ré estaria inviabilizando a venda do bem, ocasião em que o magistrado singular fixou o prazo para cumprimento da obrigação, além de definir o valor referente aos alugueis acerca do quinhão de 40% do exequente, no valor médio mensal de R$ 400,00.

Após intimada a requerida, em audiência realizada no dia 16/11/2017, as partes firmaram o acordo no sentido que o bem seria vendido, possibilitando a sua avaliação, bem como permitindo a colocação de placas para indicar a venda, comprometendo-se, inclusive, a requerida a franquear o acesso de possíveis interessados na aquisição do bem para visita, ocasião em que o autor abriu mão dos alugueis enquanto cumprido o acordo (f. 49-50).

Entretanto, como já dito, a despeito de a requerida ter apresentado nos autos contratos com a imobiliária para venda do bem, datados de 05/02/2016 e 26/07/2017, alegando estar cumprindo com sua obrigação, entendo que a pretensão final do acordo não foi alcançada, pois, até a presente data, o bem não foi vendido.

Neste contexto, atrelado ainda ao fato que desde setembro de 2015 as partes buscam alienar o bem, sem sucesso, existindo ainda resquícios de que a requerida relutou em cumprir com o acordo firmado entre as partes, tanto que anterior cumprimento de sentença foi ajuizado para permitir a avaliação e negociações quanto à venda do bem, somado também ao fato de que o requerente afirma não possuir renda e necessita dos recursos financeiros que bem possa lhe proporcionar para sua sobrevivência, mostra-se prudente restabelecer o aluguel em favor do requerente.

Assim, enquanto o bem imóvel não é alienado, a requerida deverá pagar ao requerente o aluguel referente ao quinhão de 40% do bem em condomínio que, no caso, deverá corresponder ao valor definido pelo magistrado singular (R$ 400,00).

Ainda, em vista da fundamentação lançada, entendo descabido o pedido de condenação da executada no pagamento dos valores retroativos. Os aluguéis ora restabelecidos são devidos pela apelada a partir desta decisão.

Acrescento também que, negar ao autor o direito ao recebimento de alugueis, além de permitir que a parte requerida usufrua da totalidade do bem sem qualquer contraprestação, estar-se-ia inviabilizando o autor de usufruir de seu patrimônio por tempo indeterminado.

Nota-se que o juiz singular afirmou na sentença que o meio adequado para extinguir o condomínio sobre o bem imóvel seria numa vara cível. Acontece que o autor já propôs a ação de dissolução de condomínio e, mesmo sendo este o procedimento jurídico cabível – no entendimento deste relator, a considerar o disposto no artigo 1.322, do CC – o juízo extinguiu o feito, sem resolução do mérito, ao argumento de que ao autor carecia o interesse processual já que detentor de um título executivo.

Ora, se por um lado o autor possui um título judicial e não consegue obter a satisfação efetiva de seu direito e, por outro o Poder Judiciário o inviabiliza de obter a dissolução de seu condomínio, não há dúvidas de que, no mínimo, os alugueis devem ser restabelecidos.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento para restabelecer, em favor do apelante, o valor do alugueis referente ao quinhão de 40% do bem em condomínio, os quais correspondem a R$ 400,00 (quatrocentos reais), devidos a partir desta decisão.

Por consequência, redistribuo a sucumbência, condenando os litigantes no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais fixo em R$ 800,00, na proporção de 50% cada, sobrestada a cobrança por serem beneficiários da justiça gratuita.

Ainda, pelo que dispõe o artigo 85, § 11, do CPC, majoro os honorários sucumbenciais para R$ 1.000,00 (um mil reais), sobrestada a cobrança por serem beneficiários da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 24 de setembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Agravo de Instrumento nº 1409657-10.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – IMPRENSA – ADPF 130 – PRIMEIRO A TUTELA DA LIBERDADE DA INFORMAÇÃO PARA POSTERIOR RESPONSABILIZAÇÃO DE EVENTUAL DANO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Ainda que a composição da matéria jornalística se afaste do interesse primário da informação, não convém que sofra qualquer restrição ainda que ocorra posterior responsabilização nas esferas cível, penal e administrativa, tendo como precedente o ADPF 130 do STF.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de outubro de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

R. A. M., nos autos da Ação Cominatória de Obrigação de Fazer com Indenização por Danos Morais com Pedido de Tutela de Urgência de nº 0822362-86.2019.8.12.0001 em que contende com o Correio do Estado S.A, interpõe agravo de instrumento.

A recorrente, em síntese, aduz que:

O pedido de tutela de urgência nos autos de origem foi indeferido e precisa ser reformado ante a existência dos requisitos legais;

Existe risco de aumento dos danos à sua imagem e a matéria jornalística deve ser retirada do ar, bem como deve se obrigar a parte recorrida a realizar o direito de resposta sob pena de multa diária;

A matéria foi formatada com nítido intuito de abalar a sua imagem, relacionando a mesma com a questão do sumiço das drogas em Delegacias do interior;

A publicação da matéria gerou repúdio da população a sua imagem;

A matéria foi copiada por outros meio de comunicação e compartilhada nas redes sociais, aumentando a sua abrangência para um número indeterminado de pessoas;

É devido o direito de resposta.

Requer a concessão da tutela de urgência para determinar à parte adversa a retirada da matéria jornalística sob pena de multa diária, bem como, nota de esclarecimentos e pedido de desculpas nos mesmos veículos de comunicação.

Por derradeiro, requereu a antecipação de tutela e provimento do recurso.

Sobreveio decisão monocrática recebendo o recurso em seu efeito devolutivo e concedendo a tutela de urgência recursal (f. 21-30).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo improvimento do mesmo (f. 37-53).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

R. A. M., nos autos da Ação Cominatória de Obrigação de Fazer com Indenização por Danos Morais com Pedido de Tutela de Urgência de nº 1409657-10.2019.8.12.0000 em que contende com o Correio do Estado S.A, interpõe agravo de instrumento.

Conforme relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida pelo juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, no presente feito, indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado na inicial.

Eis os termos de parte da decisão atacada:

> *"(...) Cumpre anotar que a requerente é uma figura pública, ocupava cargo de destaque (Corregedora-Geral da Polícia Civil/MS), e portanto, estava mais suscetível a críticas e avaliação de seus atos, inerentes ao exercício do próprio cargo. No caso, a reportagem compartilhada pela requerente trata de notícias envolvendo a suposta prática de crimes por membros e servidores da Polícia Civil/MS, cuja apuração seria, a princípio, incumbência do ocupante do cargo de Corregedor-Geral da Polícia Civil/MS, não havendo ataque direito à imagem e honra da autora.*
>
> *(...)*
>
> *As alegações da autora de que as divulgações expostas na inicial são mentirosas, caluniosas, difamatórias e injuriosas, carecem de um acervo maior de fatos comprobatórios para embasar a concessão da tutela de urgência, uma vez que, neste momento processual, não restou evidenciado que as publicações descritas na exordial foram criadas ou manipuladas com o intuito de abalar a reputação da requerente na sociedade.*
>
> *A tutela de urgência será concedida mediante o preenchimento de seus pressupostos legais, fazendo-se necessária a existência da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, e conforme já mencionado, nesta fase de cognição sumária, tais requisitos não estão evidenciados.*
>
> *Ademais, a concessão 'inaudita altera pars' da tutela de urgência não é medida de regra, mas atinente a situações excepcionais, visto que a regra é o deslinde da questão posta em discussão por meio do contraditório.*
>
> *Além disso, a concessão da tutela de urgência de abstenção de divulgação e citação do nome da requerente através de qualquer meio, pode implicar em uma prévia censura do conteúdo de outras publicações, em nítido detrimento ao direito de manifestação e informação amplamente assegurado em um Estado Democrático de Direito.*
>
> *(...)*

II - Posto isso, indefiro o pedido de tutela de urgência de natureza antecipada, consistente na retirada das matéria jornalística publicada no dia 26/06/2.019, no sítio eletrônico do requerido, bem como de imediata divulgação de nota de esclarecimentos e pedidos de desculpas, em jornal eletrônico, impresso, e por meio de transmissão em TV aberta, sob pena de multa, pois neste estágio inicial do feito não vislumbro que os atos indicados na inicial estejam fora dos limites assegurados pela Constituição, de liberdade da manifestação do pensamento e da informação.

III - Encaminhem-se os autos ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Nupemec/TJMS) para agendamento da audiência de conciliação (art. 334 do CPC).

Com a informação da data, cite-se e intime-se o réu acerca da audiência designada, atentando-o para as disposições do artigo 334, § 4º, inciso I, e § 5º, e 335 do CPC. A autora deverá ser intimada por seus advogados acerca da audiência designada (art. 334, § 3º, CPC).

IV - Às providências. Campo Grande, 16 de julho 2.019. Sueli Garcia Saldanha - Juíza de Direito em substituição legal - assinado digitalmente (...)".

Pois bem, consabido é que a livre manifestação do pensamento é direito assegurado pela Constituição Federal (art. 220) e, por outro lado, se consideram invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inc. X), assegurando-se aos lesados, indenização pelos danos morais correspondentes (art. 5º, inc. V).

Ressalto os comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos[1]disponíveis no site do STF:

"11.1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Direito ao respeito à honra e à reputação 99. O art. 11 da Convenção estabelece, de fato, que toda pessoa tem o direito de proteção da sua honra e reconhecimento da sua dignidade. O Tribunal indicou que o direito à honra "reconhece que toda pessoa tem direito ao respeito desta, proíbe qualquer ataque ilegal contra a honra ou a reputação e impõe aos Estados o dever de fornecer a proteção da lei contra tais ataques. Em termos gerais, este Tribunal indicou que o direito à honra está relacionado à estima e ao valor, enquanto a reputação se refere à opinião de que outros têm de uma pessoa". [Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31-8-2017. Tradução livre.] [Resumo oficial.] "

Sobre o tema, oportuno lembrar a doutrina de L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho:

"É evidente que os direitos constitucionais são como que reflexos; refletem uns nos outros, limitando-se mutuamente. A liberdade de informação, por exemplo, há que encontrar um limite intrínseco no próprio princípio constitucional que a consagra, bem como nos demais direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade, e assim em diante. Basta compreender e harmonizar as normas constitucionais" (Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. 2. ed. Renovar. p. 48).

Convém destacar alguns parâmetros fornecidos em interessante julgado do STJ:

"RECURSO ESPECIAL – CIVIL – DANOS MORAIS – MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA – LEI DE IMPRENSA (LEI 5.250/67) – ADPF Nº 130/DF – EFEITO VINCULANTE – OBSERVÂNCIA – LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO (CF, ARTS. 5º, IV, IX E XIV, E 220, CAPUT, §§ 1º E 2º) – CRÍTICA JORNALÍSTICA – OFENSAS À IMAGEM E À HONRA DE MAGISTRADO (CF, ART. 5º, V E X) – ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. Na hipótese em exame, a Lei de Imprensa foi utilizada como fundamento do v. acórdão recorrido e o recurso especial discute sua interpretação e aplicação. Quando o v.

1 Em 01/10/2019 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/Artigo11.Pdf>.

acórdão recorrido foi proferido e o recurso especial foi interposto, a Lei 5.250/67 estava sendo normalmente aplicada às relações jurídicas a ela subjacentes, por ser existente e presumivelmente válida e, assim, eficaz.

2. Deve, pois, ser admitido o presente recurso para que seja aplicado o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, sendo possível a análise da controvérsia com base no art. 159 do Código Civil de 1916, citado nos acórdãos trazidos como paradigmas na petição do especial.

3. A admissão do presente recurso em nada ofende o efeito vinculante decorrente da ADPF 130/DF, pois apenas supera óbice formal levando em conta a época da formalização do especial, sendo o mérito do recurso apreciado conforme o direito, portanto, com base na interpretação atual, inclusive no resultado da mencionada arguição de descumprimento de preceito fundamental. Precedente: REsp 945.461/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe de 26/5/2010.

4. O direito à imagem, de consagração constitucional (art. 5º, X), é de uso restrito, somente sendo possível sua utilização por terceiro quando expressamente autorizado e nos limites da finalidade e das condições contratadas.

5. A princípio, a simples utilização de imagem da pessoa, sem seu consentimento, gera o direito ao ressarcimento das perdas e danos, independentemente de prova do prejuízo (Súmula 403/STJ), exceto quando necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (CC/2002, art. 20).

6. Tratando-se de imagem de multidão, de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, deve ser ponderado se, dadas as circunstâncias, a exposição da imagem é ofensiva à privacidade ou à intimidade do retratado, o que poderia ensejar algum dano patrimonial ou extrapatrimonial. Há, nessas hipóteses, em regra, presunção de consentimento do uso da imagem, desde que preservada a vida privada.

7. Em se tratando de pessoa ocupante de cargo público, de notória importância social, como o é o de magistrado, fica mais restrito o âmbito de reconhecimento do dano à imagem e sua extensão, mormente quando utilizada a fotografia para ilustrar matéria jornalística pertinente, sem invasão da vida privada do retratado.

8. Com base nessas considerações, conclui-se que a utilização de fotografia do magistrado adequadamente trajado, em seu ambiente de trabalho, dentro da Corte Estadual onde exerce a função judicante, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística, não constituindo, per se, violação ao direito de preservação de sua imagem ou de sua vida íntima e privada. Não há, portanto, causa para indenização por danos patrimoniais ou morais à imagem.

9. Por sua vez, a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi).

10. Assim, em princípio, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem. Nesse sentido, precedentes do egrégio Supremo Tribunal

Federal: ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro Carlos Britto; AgRg no AI 690.841/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

11. A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado Democrático.

12. Na espécie, embora não se possa duvidar do sofrimento experimentado pelo recorrido, a revelar a presença de dano moral, este não se mostra indenizável, por não estar caracterizado o abuso ofensivo na crítica exercida pela recorrente no exercício da liberdade de expressão jornalística, o que afasta o dever de indenização. Trata-se de dano moral não indenizável, dadas as circunstâncias do caso, por força daquela "imperiosa cláusula de modicidade" subjacente a que alude a eg. Suprema Corte no julgamento da ADPF 130/DF.

13. Recurso especial a que se dá provimento, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial." (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 12/03/2013). Com destaque.

Desta forma, o julgado referenciado forneceu os seguintes requisitos ou parâmetros que podem ser utilizadas na análise do caso:

"(...) (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi) (...)".

No caso em tela, a matéria jornalística sob exame (f. 216-219 de origem), traz a foto da delegada de polícia R. A. M. com a legenda "*Delegada estava em viagem ao Canadá – Divulgação/Facebook*" inserida na matéria com o título "*Delegada cai da Corregedoria em meio aos casos de sumiço de drogas*", datado de 26/06/2019, às 07h45min, sob o endereço eletrônico <https://www.correiodoestado.com.br/cidades/campo-grande/com-sumico-de-drogas-delegada-e-removida-da-corregedoria/355535/>.

Observa-se ainda que a mesma imagem sob a legenda: "*correiodoestado.com.br. – Com "sumiço" de drogas, Delegada é removida da Corregedoria*".

Não há como deixar de notar a relação que a matéria pretende estabelecer entre o sumiço de drogas e a saída da Delegada do Comando da Corregedoria da Polícia Civil.

Não se verifica o compromisso ético com a informação verossímil e a preservação do direito à honra, por outro lado, da forma como foi montada a matéria e a chamada, ou seja a escolha da foto, legenda e título, indica-se a vontade de relacionar eventual responsabilidade da agravante com o sumiço das drogas, atacando-lhe a honra sem qualquer lastro de fatos ou elementos que relacionem os acontecimentos apontados.

Certamente, o valor percebido do leitor será alguma ideia próxima de que a delegada corregedora estaria envolvida com o sumiço das drogas e passeando no exterior.

A questão é que o compromisso ético com a informação verossímil não pode ser observada. Não foi realizado o trabalho de apuração junto à polícia civil ou trazido qualquer elemento fático que relacione a mudança do cargo de Corregedor da Polícia com os fatos envolvendo o sumiço de drogas, todavia, apesar de estar no cargo de autoridade pública, com presumido grau de exposição, foi a figura da agravante que foi utilizada para fazer a relação com a matéria.

Observe-se que, em análise de cognição sumária, outros policiais já investigados, citados na matéria, não tiveram a exposição escolhida para a "Chefe das Investigações Internas", ou seja, um cenário de

decadência institucional, descrédito na instituição e desmerecimento público parece ter sido o objetivo da matéria jornalística.

Pode-se verificar que as opiniões lançadas no ambiente de *internet* sob a matéria conduzem para esse "efeito nos leitores" (f. 232-239, 245-242 de origem).

Oportuno citar outro julgado similar que analisou caso envolvendo autoridade pública:

> *"CIVIL – DANO MORAL – TELEVISÃO – FILMAGEM DE SESSÃO DE JULGAMENTO – IMAGEM DE DESEMBARGADOR EXIBIDA EM REPORTAGEM SOBRE NEPOTISMO – SUMULA 7.*
>
> *1. A simples visualização de magistrado, no contexto do cenário próprio do ambiente de julgamento, juntamente com outros magistrados integrantes do órgão, não seria, por si só, suficiente para vincular a sua imagem, individualmente considerada, à prática do nepotismo cruzado objeto da reportagem jornalística. Mas o acórdão recorrido, soberano na análise da prova, por maioria, confirmou a sentença na qual se destaca que a imagem do autor foi "cinematografada em close-up", ao mesmo tempo em que o locutor afirmava que "a troca de favores entre juízes, desembargadores e deputados foi constatada (...)".*
>
> *2. Esta apreciação da prova - notadamente a propósito do especial foco dado à imagem do autor, dentre os demais magistrados, e à facilidade de sua identificação pessoal - não é passível de revisão no âmbito do recurso especial, em face do óbice constante da Súmula 7.*
>
> ***3. Exposição da imagem dos magistrados presentes a sessão de julgamento, com a focalização do autor, juiz não relacionado aos fatos noticiados, no início da matéria, não era necessária para o esclarecimento do objeto da reportagem, consistindo, dada a interpretação da prova prevalente na instância ordinária, abuso do direito de noticiar. Dano moral configurado.***
>
> *4. Valor da indenização adequado, tendo em vista o grande alcance do meio de comunicação utilizado para veicular, em horário nobre, a imagem causadora do dano moral.*
>
> *5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido."* (REsp 1237401/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011). Com destaque.

A imprensa deve ser livre, nos termos do ADPF/130, sem qualquer tipo de limitação nas leis que a regulamentam, todavia, não é absoluto, devendo buscara harmonia com outros direitos de igual forma consagrados e protegidos no texto constitucional, obrigando o órgão de comunicação a agir com responsabilidade perante as instituições de Estado e os direitos e garantias individuais.

Há tempos que, devido à importância e os efeitos nocivos que o tráfico de drogas causa em nossa sociedade, a legislação penal classifica a atividade como crime hediondo, atribuindo a mais severidade à norma penal sancionatória.

Assim, o envolvimento de agente da segurança pública em cargo de chefia da corregedoria da polícia judiciária com tal atividade ilícita é acusação bastante grave e, ainda que não se afirme categoricamente, a composição da informação com foto, subtítulo, e manchete podem causar na população o sentimento de vergonha e repulsa à determinada autoridade conforme comprovado nos autos.

Neste sentido:

> *"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). Com destaque.

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS – NÃO CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA – INTIMAÇÃO NEGATIVA DE UM DOS AGRAVADOS – RELAÇÃO PROCESSUAL NÃO REGULARIZADA NO FEITO ORIGINAL – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO RECURSO – CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 526, DO CPC/73 – RECURSO CONHECIDO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PREVENÇÃO – INEXISTÊNCIA – MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA – SUPERAÇÃO DOS LIMITES DE CRÍTICA – DIREITO DE INFORMAÇÃO EXTRAPOLADO – OFENSA AOS DIREITOS INDIVIDUAIS – REQUISITOS DA TUTELA PROVISÓRIA PREENCHIDOS – LIMINAR CONCEDIDA EM SEGUNDO GRAU CONFIRMADA – RECURSO PROVIDO. O agravo de instrumento contra decisão inaudita altera pars pode ser julgado independentemente de intimação da parte contrária quando não regularizada a relação processual no feito original. Existindo informação do juízo singular acerca do cumprimento do disposto no art. 526, do CPC/73, não há que se falar em não conhecimento do recurso sob esse fundamento. Não tendo o juízo singular se manifestado sobre a questão relativa à ilegitimidade passiva de um dos agravados, tal pleito não pode ser analisado em grau recursal sob pena de supressão de instância. Tratando-se de matérias jornalísticas que, apesar de semelhantes, não se confundem, inexiste a prevenção do órgão julgador para o julgamento das causas diversas. Existência de limites à liberdade de imprensa. Afirmação que ultrapassa o direito de informar, constatando-se a existência de "animus injuriandi vel diffamandi". A liberdade de imprensa não se trata de direito absoluto, podendo sofrer limitação no caso concreto, essencialmente se ofender a dignidade da pessoa humana. Os termos empregados na veiculação afastam-se do mero registro factual. Assim, divergem da divulgação de fatos de interesse da comunidade, extrapolando o direito de informação. Cumpre obstar a divulgação de ofensa escudada, indevidamente, na liberdade de imprensa, quando esta visivelmente é utilizada como fachada para aqueles que, eventualmente, buscam denegrir a honra alheia e escusar-se da responsabilização devida." (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1404626-48.2015.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 20/02/2018, p: 21/02/2018)

Em que pesem os argumentos apresentados em sede de contrarrazões afirmarem que é incontroverso que a notícia é verídica, de caráter informativo e narrada de forma responsável (f. 51), penso que, conforme explicado, a composição da matéria.

É certo que o agravado não afirma que a agravante estaria envolvida com o sumiço de drogas, todavia, constrói o cenário para tal inferência.

Entretanto, não é possível afirmar que existiu a vontade deliberada e positiva de vulnerar a honra alheia, mas sim, a ausência de preocupação caso isso viesse a ocorrer desde que se fizesse uma "manchete" que pudesse atrair o leitor para a matéria, ou seja, o agravado demonstrou que não se importa com a honra da recorrente.

Certamente, o órgão de imprensa não faria uma matéria para informar que a Delegada estaria viajando para o Canadá, ou uma reportagem com intuito informativo a cada troca de comando de comando da Corregedoria da Polícia Civil, ou sequer intentou apresentar a matéria com a foto do delegado de polícia que estaria sendo investigado pois nestes casos veríamos sim o compromisso com a informação.

O que se percebe é a vontade de criar um fato, não de noticiar um que realmente tenha ocorrido, buscando extrair da reunião de eventos, concatenando informações para a produção do silogismo pretendido.

Ocorre que, no julgamento da ADPF 130 o Supremo Tribunal Federal foi enfático em determinar a liberdade da imprensa sendo que os atos ilícitos dele decorrentes serão posteriormente apurados e, se for o caso, responsabilizados, vejamos:

> *"O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. (...) O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma CF: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º).* ***Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos "sobredireitos" de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.*** *Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (...) Incompatibilidade material insuperável entre a Lei 5.250/1967 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País."* [ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30-4-2009, P, DJE de 6-11-2009.] Vide ADI 4.451, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 21-6-2018, P, DJE de 6-3-2019 Vide Rcl 22.238, rel. min. Roberto Barroso, j. 6-3-2018, 1ª T, DJE de 10-5-2018".

Por isso, em razão do disposto no julgamento do ADPF 130, embora entenda que não estão presentes no caso o compromisso com a informação e, considerando a possibilidade de eventual dano a ser analisado e tutelado de forma posterior, revogo a tutela de urgência anteriormente concedida.

Diante do exposto, revogo a tutela de urgência anteriormente concedida, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a decisão objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 8 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0806492-03.2016.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE INTERNO DA UNEI – PEDIDO DE AMBAS AS PARTES PARA PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVA, ALÉM DO LAUDO PERICIAL – VERIFICAÇÃO SE FATOS OCORRIDOS NO INTERIOR DA UNEI DERAM CAUSA À LESÃO QUE CAUSOU A MORTE DO INTERNO – CERCEAMENTO DE DEFESA ACOLHIDO – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

Assiste razão aos suplicantes quanto a necessidade de anulação da sentença, oportunizando-lhes a produção das provas que pretenderam para evidenciar a existência de nexo causal entre a omissão estatal e o resultado morte do familiar, o que se mostra mais robusto pela conclusão do julgamento de primeiro grau ao fundamentar que a prova colhida não revela caso de inobservância do dever estatal específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

Os fatos ocorridos no interior da UNEI onde o familiar dos autores estava como interno e sob a responsabilidade do Estado, não foram objeto da perícia médica - única prova considerada na sentença -, até porque não era essa a função estabelecida ao perito judicial dentro de sua competência.

Portanto, havendo pedidos oportunos de produção de outras provas, além da perícia e não tendo esta, obviamente, avaliado os fatos ocorridos no interior da UNEI para saber a origem da lesão que importou na morte, deve a sentença ser anulada com o retorno dos autos para que sejam oportunizadas as outras provas requeridas pelas partes.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, com o parecer.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

J. C. F. A., J. C. F. A., D. C. F. A., D. A. F. A., N. N. V. F. A. (representados), R. C. F. V. e A. C. A., nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais de nº 0806492-03.2016.8.12.0002 em que contendem com Estado de Mato Grosso do Sul, oferecem recurso de apelação.

Os recorrentes, em síntese, aduzem que:

Houve violação ao devido processo legal e cerceamento de defesa ao ser julgada antecipadamente a lide por entender desnecessária a produção de provas pelos apelantes, apesar da pretensão quanto às mesmas; e,

A oitiva de testemunhas é imprescindível para aferição de fatos relevantes dos fatos descritos na inicial.

A final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, acolhendo o pedido inicial ou determinando o retorno dos autos ao juízo singular para exaurimento da fase instrutória.

O reclamo foi respondido, batendo-se o recorrido pelo improvimento do mesmo.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, a fim de que seja anulada a sentença de primeiro grau, devolvendo-se aos autos à origem para que seja respeitado o contraditório e a ampla defesa. Caso não seja esse o entendimento, no mérito, opinou pelo conhecimento e desprovimento da súplica.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

J. C. F. A., J. C. F. A., D. C. F. A., D. A. F. A., N. N. V. F. A. (representados), R. C. F. V. e A. C. A., nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais de nº 0806492-03.2016.8.12.0002 em que contendem com Estado de Mato Grosso do Sul, oferecem 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.

Os recorrentes ajuizaram a presente demanda em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando, em síntese, a responsabilidade civil deste pela morte do infrator E. F. V., com 16 anos e 07 meses de idade, filho da autora R., enteado de A. C. e irmão dos demais requerentes, postulando indenização por danos morais e materiais, haja vista que E. havia cometido ato infracional no dia 17/03/2011, e, em consequência do evento, o mesmo sofreu a medida de internação, sendo encaminhado imediatamente para a unidade educacional Laranja Doce da cidade de Dourados/MS; a requerente R., ao saber que o filho se encontrava internado na UNEI, durante os domingos tinha o hábito de visitá-lo, sendo que, nas primeiras visitas realizadas notava que o filho estava em perfeitas condições de saúde, porém, por volta do mês de junho de 2011 passou a enfrentar dificuldades quanto à autorização para ver o filho, pois os responsáveis pela unidade a impedia alegando que a mesma se encontrava grávida; após insistências, ainda em junho de 2011, ao ver o filho E., o mesmo reclamava de fortes dores, justificando que estava constantemente sofrendo agressões dos agentes da UNEI, sendo que inclusive havia levado socos no estômago, tapas na cabeça e nas costas; em razão disso buscou esclarecimentos dos fatos, todavia não recebeu a atenção necessária por parte da direção da unidade; ao final do mês de julho de 2011, ao que se recorda, dia 28, a demandante soube que o filho estava hospitalizado no Hospital da Vida de Dourados/MS e ao visitá-lo naquele nosocômio, o mesmo não aguentava mexer o corpo em razão das dores como um todo, principalmente na região das costas, abdome e tórax; no hospital, E. disse para sua mãe que não poderia falar das agressões que havia sofrido na UNEI naquela semana, pois havia um agente próximo dele no corredor hospitalar onde se encontrava; tamanho era o sofrimento do ente dos requerentes, que é oportuno esclarecer que os mesmos souberam que o falecido E. era por vezes também surrado por meio de técnicas que sequer deixam hematomas pelo corpo; já no dia 30/07/2011, a genitora soube que o filho havia sido encaminhado para a UNEI, mas, na madrugada do dia 31/07/2011, o E. retornou para o Hospital da Vida, pois o quadro de saúde havia piorado. Quanto ao conhecimento de que o filho estava internado, a notícia lhe chegou por aviso de terceiros, já que sequer a unidade lhe comunicou do infortúnio; e, infelizmente, no dia 31/07/2011 chegou a notícia para a requerente de que seu filho havia falecido.

Através da sentença de páginas 799-802, o pedido inicial foi julgado improcedente com a seguinte conclusão:

> *"(...)*
>
> ***Conjugando-se então, tais dados, ao lume das premissas maiores dantes assentadas, ressumbra flagrante a inexistência de nexo causal entre a omissão estatal, e o resultado morte. A uma**, porque não falhou em seu dever de garantir a segurança dos detentos, porquanto o menor E. F. V. não apresentou nenhuma reclamação administrativa em face de*

outros menores apreendidos ou contra algum agente de segurança socioeducativa. ***A duas,*** *porque, à luz da teoria do risco administrativo, há responsabilidade estatal falhando o dever constitucional de proteção ao interno quando era possível atuar no sentido de garantir os seus direitos fundamentais. Assim, não houve relação de causalidade entre o dano reclamado e o comportamento do Estado, ensejadores da indenização pretendida.* ***Enfim, porque a prova colhida não revela caso de inobservância do dever estatal específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Logo, não é responsável pela morte do menor interno.***

Enfrentados todos os argumentos relevantes deduzidos no processo, com o condão de influenciar no julgamento, soçobram considerações sobre o mais fundamentado pelas partes, pois, em tese, não podem infirmar a conclusão acima exposta, não tendo, portanto, força de mutação no deslinde da vexata quaestio (CPC/15, art. 489, § 1°, IV).

Posto isso*, julgo improcedente o pedido. Em consequência, condeno solidariamente os vencidos no pagamento das custas e honorários advocatício fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante correspondente aos primeiros 200 (duzentos) salários mínimos e 8% (oito por cento) sobre os subsequentes, por mostrar suficiência para atender os requisitos indicados no art. 85, §§ 2º, 3º, I e II, c/c 86, caput, e 87 do Digesto de Formas Cíveis. Mormente considerando o grau leve de dificuldade da causa, bem como o local da prestação do trabalho em face do domicílio do causídico. Entretanto, fica sobrestada a execução destas verbas quanto aos benficiários da gratuidade (CPC, art. 98, §§ 2° e 3°).” (sic*, f. 802) Destaquei

Alegam os recorrentes que: 1 - houve violação ao devido processo legal e cerceamento de defesa ao ser julgada antecipadamente a lide por entender desnecessária a produção de provas pelos apelantes, apesar da pretensão quanto às mesmas; e, 2 - a oitiva de testemunhas é imprescindível para aferição de fatos relevantes dos fatos descritos na inicial.

Pois bem. Trata-se o feito da alegação de responsabilidade do Estado pela morte do menor infrator filho da autora R., enteado de A. C. e irmão dos demais requerentes, que teria morrido em decorrência da falta de tratamento adequado pelo Estado pelas agressões que na UNEI.

Verifico, no presente caso, que assiste razão aos suplicantes quanto a necessidade de anulação da sentença, oportunizando-lhes a produção das provas que pretendem para evidenciar a existência de nexo causal entre a omissão estatal e o resultado morte do familiar, sendo que a necessidade se mostra mais robusta pela conclusão do julgamento de primeiro grau ao fundamentar que:

*“Enfim****,*** *porque a prova colhida não revela caso de inobservância do dever estatal específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Logo, não é responsável pela morte do menor interno. Enfrentados todos os argumentos relevantes deduzidos no processo, com o condão de influenciar no julgamento, soçobram considerações sobre o mais fundamentado pelas partes, pois, em tese, não podem infirmar a conclusão acima exposta, não tendo, portanto, força de mutação no deslinde da vexata quaestio (CPC/15, art. 489, § 1°, IV).”* (sic, f. 802).

Através da decisão de f. 574, o juízo singular fixo como único ponto controvertido a causa eficiente da morte de E. e determinou a intimação das partes para especificarem motivadamente as provas que pretendem produzir, indicando a pertinência temática do meio com o tema probando, porém, mesmo tendo os demandantes assim se manifestado às f. 579-581, bem como o Estado (f. 583-584) e a prova pericial sido deferida para depois analisar o pedido de depoimentos (f. 585-586), após a conclusão do trabalho técnico quanto a morte (f. 740-754), a oitiva de testemunhas foi dispensada (f. 766).

Ora, os fatos ocorridos no interior da UNEI onde o familiar dos autores estava como interno e sob a responsabilidade do Estado, não foram objeto da perícia médica - única prova considerada na sentença -, até porque não era essa a função estabelecida ao perito judicial dentro de sua competência.

Portanto, havendo pedidos oportunos de produção de outras provas, além da perícia e não tendo esta, obviamente, avaliado os fatos ocorridos no interior da UNEI para saber a origem da lesão que importou na morte, deve a sentença ser anulada com o retorno dos autos para que sejam oportunizadas as outras provas requeridas pelas partes.

A este respeito, inclusive, o bem lançado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça acrescentou:

> *"(...)*
>
> *O julgamento de uma ação sem a necessária produção de provas representa cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.*
>
> *Segundo o art. 355 do Novo CPC, existem dois requisitos não concomitantes para que ocorra o julgamento antecipado da lide. O primeiro é a ausência da necessidade da produção de outras provas, além daquelas já apresentadas na fase postulatória. O segundo é a revelia (quando o réu não contesta a ação). Nesse caso, o juiz julgará a lide tomando como verdadeiras quaisquer alegações do autor (conforme art. 344).*
>
> *Consoante se infere dos autos, nenhum dos requisitos acima se fazem presentes a fim de ensejar o julgamento antecipado da lide, de modo que as partes manifestaram o desejo de produzir provas testemunhais e documentais, em especial a parte autora.*
>
> *Assim, entendemos que a preliminar de nulidade da sentença deve ser acolhida e que os autos sejam devolvidos à primeira instancia, a fim de que a apelante possa desfrutar de seu direito de defesa."* (sic, f. 848-849)

Neste sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR MORTE DE PRESO – NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – PRELIMINAR ACOLHIDA – RECURSO PREJUDICADO. Haverá cerceamento de defesa quando o magistrado não permitir maior dilação probatória e julgar improcedente o pedido por falta de provas. Nos termos do RE 841526 (submetido à repercussão geral), "A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso."* (TJMS. Apelação Cível nº 0837144-11.2013.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 26/09/2018, p: 28/09/2018)

Por fim, destaco que a melhor produção provas oportunizará ao Estado demonstrar que se responsabilizou pela integridade física do interno e que, na hipótese destes autos, não é caso de aplicação do teor da tese de observância obrigatória firmado no STF no julgamento do RE 580252:

> *"(...) Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento"*. (RE 580252, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-204 Divulg 08-09-2017 Public 11-09-2017).

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso de apelação interposto por J. C. F. A., J. C. F. A., D. C. F. A., D. A. F. A., N. N. V. F. A. (representados), R. C. F. V. e A. C. A. e torno insubsistente a sentença recorrida, para prosseguimento do feito e intimação de ambas as partes para especificarem quais as provas ainda pretendem produzir.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 5 de novembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Designado Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0800631-60.2018.8.12.0036 - Inocência

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – ISSQN NO MUNICÍPIO DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR – ONDE FOI CONCLUÍDO O SERVIÇO TRIBUTÁVEL – EXAÇÃO FISCAL CORRETA – RECOLHIDO NA SEDE APENAS QUANDO FOREM VÁRIOS LUGARES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO OU INCERTO ONDE FORAM PRESTADOS – 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 maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 1º de outubro de 2019.

Des. Nélio Stábile – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Inocência – MS contra sentença de f. 884-892 proferida em demanda declaratória de inexigibilidade de relação jurídico tributária ajuizada por SVN Engenharia de Levantamentos S.S - EPP. O pedido foi julgado procedente, consequentemente, foi declarada a inexistência da relação jurídico-tributária e decretada a nulidade absoluta do auto de infração.

A apelante sustenta que o ISSQN é devido no local onde o serviço foi prestado, independentemente de onde se encontra o estabelecimento prestador. Afirma que o fato gerador ocorreu no município de Inocência, razão pela qual seria devido o imposto cobrado.

Intimada, a apelada não apresentou contrarrazões.

VOTO (EM 24/09/2019)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Inocência – MS contra sentença de f. 884-892 proferida em demanda declaratória de inexigibilidade de relação jurídico tributária ajuizada por SVN Engenharia de Levantamentos S.S - EPP. O pedido foi julgado procedente, consequentemente, foi declarada a inexistência da relação jurídico-tributária e decretada a nulidade absoluta do auto de infração.

Fundamentação

Conforme previsto na Lei Complementar nº 116/2003, em relação ao sujeito ativo do ISSQN, a regra é de que o recolhimento do tributo será devido na localidade do estabelecimento do prestador de serviços:

> *"Art. 3o. O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local."*

Assim, o recolhimento do serviço no local em que houve a sua prestação é a exceção. São elas:

> *"I - do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1 o do art. 1 o desta Lei Complementar; II - da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa; III - da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa; IV- da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa; V - das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa; VI - da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa; VII - da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa; VIII - da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa; IX - do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa; X - (VETADO) XI - (VETADO) XII - do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.16 da lista anexa; XIII - da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa; XIV- da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa; XV - onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa; XVI - dos bens ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa; XVII - do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa; XVIII - da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa; XIX - do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa; XX - do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa; XXI - da feira, exposição, congresso ou congênere a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa; XXII - do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa."*

A parte autora foi contratada para a prestação de topografia em ambos os leitos do Rio Sucuriú, entre os municípios de Inocência e Três Lagoas. O serviço foi realizado em duas etapas, a primeira foi a realização de coleta de dados para prévio dimensionamento de campo do rio e a segunda foi a atividade de elaboração em escritório da empresa, na cidade de Curitiba-PR.

Neste sentido, conforme infere-se dos autos, a empresa autora não locou espaço, constitui unidade econômica ou montou sala de apoio estrutural no município de Inocência/MS. A coleta de dados inicial serviu de base para a prestação efetiva de serviços no escritório da parte apelada, o qual se localiza no Município de Curitiba/PR.

Uma vez que a conduta da apelada não se amolda a qualquer das hipóteses excepcionais previstas nos incisos I a XXII do art. 3º da Lei Complementar, bem como não foi fixada unidade econômica na localidade do estudo, deve ser se aplicada ao caso em tela a regra geral, qual seja, a do recolhimento do ISSQN aos cofres do Município do estabelecimento prestador de serviço, qual seja, Curitiba/PR, de forma que deve ser mantida a sentença que declarou a inexistência da relação jurídico-tributária e decretou a nulidade absoluta do auto de infração lavrado pelo Município de Inocência/MS.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, porém nego-lhe provimento. Com fundamento nos §§ 3 e 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pelo município réu ao autor para 15% sobre o valor atualizado da causa.

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

VOTO (EM 01/10/2019)

O Sr. Des. Nélio Stábile (1° vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão em julgamento e peço vênia ao eminente desembargador relator para discordar de seu entendimento e votar de forma divergente.

A apelante requer o provimento deste recurso para que seja reformada a Sentença que julgou a ação procedente, declarou inexistente a relação jurídico-tributária e decretou a nulidade absoluta do auto de infração, sustentando que o ISSQN é devido no local onde o serviço foi prestado, independente de onde se encontra o estabelecimento prestador; afirma que o fato gerador ocorreu no Município de Inocência dando razão para a cobrança do imposto.

O *caput* do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003 (dispõe sobre o ISS de competência dos municípios e DF) estabelece três regras para identificação do município competente: o local do estabelecimento prestador, o local do domicílio do prestador ou o local da prestação de serviços, para os serviços expressamente arrolados nos incisos I a XXII.

Assim, a regra geral é que o ISS seja cobrado no município em que se encontra o "estabelecimento prestador", seja ele sede ou filial, temporário ou permanente, formalmente constituído ou não, não bastando a forma, eis que o "estabelecimento prestador" deve configurar uma "unidade econômica ou profissional", na qual seja concluído o serviço tributável pelo município.

Desta forma, a regra esculpida no artigo 3º da LC 116/2003 confere prevalência para o exercício da competência do município de localização da prestação do serviço, que qualificará o fato jurídico tributário, desde que atendido o pressuposto fundamental: a prova da conexão com o "estabelecimento". Sem que este seja provado, a competência será do município da "filial" ou da "sede" à qual estejam vinculados.

Em assim sendo, presente a prestação de serviço, por unidade econômica ou profissional que caracterize o estabelecimento prestador, ainda que essa unidade seja temporária e não esteja constituída formalmente, tem-se um "estabelecimento prestador" com força de atração para autorizar a competência tributária municipal, pela interpretação conjunta dos artigo 114 do CTN e artigos 3º e 4º da LC 116/2003.

Sobre esse tema, segue importante julgado deste E. Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ISSQN – MUNICÍPIO COMPETENTE PARA A TRIBUTAÇÃO – CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.060.210/SC, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC – PREMISSAS DO ACÓRDÃO QUE SE APLICAM A TODAS AS HIPÓTESES QUE DISCUTEM A COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAÇÃO DO ISSQN QUANDO O SERVIÇO É PRESTADO FORA DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR OU FORA DE SEU DOMICÍLIO – CONTRATOS CELEBRADOS COM MUNICÍPIOS PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS NA SEDE DOS CONTRATANTES – ISSQN DEVIDO PARA REFERIDOS MUNICÍPIOS – INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO PELO MUNICÍPIO ONDE SE LOCALIZA A SEDE DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR – INCIDÊNCIA DA LC 116/03 – ANULAÇÃO DOS LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS PELA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU – SENTENÇA*

MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/2008, firmou a orientação de que: "[...] (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo". A premissas estabelecidas nesse precedente, embora oriundas de caso onde se examinou hipótese de leasing, aplicam-se a todos os casos que envolvam conflito de competência sobre a incidência do ISSQN em razão de o estabelecimento prestador se localizar em municipalidade diversa daquela em que realizado o serviço objeto de tributação. No caso dos autos, o pleito refere-se a fatos geradores do ISS ocorridos na vigência da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Serviços prestados na sede dos municípios contratantes, após procedimento licitatório, com os contratos prevendo expressamente que seriam ali efetivamente realizados (Bandeirantes, Miranda e Sidrolândia, MS), razão pela qual a competência tributária é desses municípios e o daquele em que a empresa tem seu estabelecimento ou sede, no caso em Campo Grande, MS. Dessa forma, aplicando-se a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior firmada nos autos do REsp 1.060.210/SC, tem-se que inexiste relação jurídico-tributária apta a legitimar a instituição e cobrança do ISS pelo Município de Campo Grande, MS, uma vez que, sob a vigência da LC nº 116/2003, o município competente corresponde àquele onde a hipótese incidência do ISSQN se materializou, qual seja o local da ocorrência do fato gerador, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes, para caracterizá-la, as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou similares. Recurso conhecido e improvido."

Nesses termos tenho que o ente competente para lançamento e cobrança da tributação ISS é o Município de Inocência.

A exação fiscal está perfeitamente correta. Somente vai se recolher o imposto no local da sede da empresa quando forem múltiplos os lugares da prestação dos serviços ou quando for incerto o local onde os serviços serão prestados.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou provimento.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (2° vogal)

Acompanho voto do 1° vogal.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (3° vogal)

Acompanho voto do 1° vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioira, deram 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. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 1º de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator designado Des. Nélio Stábile
Apelação nº 0801009-18.2019.8.12.0024 - Aparecida do Taboado

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE SAÍDA DE GADO BOVINO – MOVIMENTAÇÃO MESMO QUE PARA O MESMO PROPRIETÁRIO CONSTITUI FATO GERADOR DE ICMS – IMPLICARIA EM OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO – ATO DO APELADO NÃO É LESIVO NEM COAUTOR – APLICAÇÃO DA SÚMULA 166 CONTRÁRIA TEXTO DE LEI – IMPOSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO CONTRA LEI – *WRIT* SEQUER DEVERIA SER CONHECIDO – APELAÇÃO PROVIDA – SEGURANÇA DENEGADA.

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, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1° vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Nélio Stábile – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra sentença proferida às f. 204-213 no mandado de megurança impetrado por Paulo Stucchi. Foi concedida a segurança para afastar a cobrança do ICMS em relação ao transporte interestadual de animais bovinos entre as propriedades rurais de que o impetrante é usufrutuário, quais sejam: Fazenda Araras e Natal, nos municípios de Aparecida do Taboado e Paranaíba, estado de Mato Grosso do Sul e Fazenda Barro Preto, localizada no estado de São Paulo (Rodovia Feliciano Sales Cunha, sentido Pereira Barreto a Ilha Solteira, Km 05, SP).

Alega que, apesar de o impetrante alegar ser arrendatário das propriedades, não trouxe prova neste sentido. Afirma que o Recurso Especial Repetitivo nº 1.125.133 limita-se às transferências interestaduais de ativo fixo, não abrangendo as transferências interestaduais para fins de revenda, como na hipótese. Aduz, para que o fisco deixe de aplicar a regra da Lei Complementar 87/96, é necessária uma declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, com efeitos vinculantes para o Poder Executivo, seja pelo controle concentrado, seja pelo controle difuso, com a aplicação do art. 52, inc. X, Constituição Federal, ou por meio de súmula vinculante. Ou ainda, por iniciativa do próprio chefe do Poder Executivo, a quem, não obstante alguma divergência doutrinária, atribui-se competência para decidir pela inexecução de lei inconstitucional. Alega ser a transferência fato gerador do imposto, embora não haja mudança de titularidade, pois há operação de circulação de mercadoria no ciclo de circulação da riqueza entre contribuintes autônomos, embora do mesmo proprietário. Assevera, ainda que não se aceite a tese inicial de que a saída interestadual da mercadoria da apelada sofra tributação, esta é responsável pelo pagamento de todo o ICMS das etapas anteriores que foram objeto de diferimento do imposto, tudo nos termos do disposto no § 2º do art. 12 do CTE e § 2º, do art. 1º do Anexo II ao RICMS.

Parecer do representante do Ministério Público Estadual pelo provimento do recurso. Sustenta a aplicabilidade do art. 12, I, da Lei Complementar 87/1996 e art. 12, § 1º I, do Código Tributário Estadual, que dispõem ser devida cobrança de ICMS na saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular. Alega ser a Súmula 166 do STJ anterior às referidas normas (f. 296-307).

VOTO(22/10/2019)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação cível interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, contra sentença proferida às f. 204-213 no mandado de segurança impetrado por Paulo Stucchi. Foi concedida a segurança para afastar a cobrança do ICMS em relação ao transporte interestadual de animais bovinos entre as propriedades rurais de que o impetrante é usufrutuário, quais sejam: Fazenda Araras e Natal, nos municípios de Aparecida do Taboado e Paranaíba, estado de Mato Grosso do Sul e Fazenda Barro Preto, localizada no estado de São Paulo (Rodovia Feliciano Sales Cunha, sentido Pereira Barreto a Ilha Solteira, Km 05, SP).

Fundamentação

Existe previsão legal determinando o recolhimento de ICMS nas operações de transferência entre filiais de um mesmo titular. Todavia, esta regra (artigo 12, I, da Lei Complementar 87/96) não deve ser aplicada.

Isso porque se firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade do mencionado artigo 12, que acarretou na elaboração da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça: "*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*"

Ou seja, a mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente a efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação. Não há fato gerador do tributo, diante da ausência de circulação econômica com transferência de propriedade.

Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado e recente neste sentido, *in verbis:*

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – CLÁUSULA RESERVA DE PLENÁRIO – NÃO VIOLAÇÃO – INTERPRETAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL – ICMS – OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE BOVINOS PARA IMÓVEL RURAL DO MESMO PROPRIETÁRIO LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 166/STJ – ENTENDIMENTO FIRMADO SOB O REGIME DOS REPETITIVOS (RESP 1.125.133/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE. 10.09.2010). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, "no pertinente à alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, não há falar, na hipótese, em declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal tido por violado, tampouco afastamento deste, mas tão somente em interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte" (RCD na Rcl 8.733/SP, Min. Sérgio Kukina, Primeira SEção, DJe 24.2.2014). 2. A remoção de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume na hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível pertinente a esse tributo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria, ou seja, a transferência de sua propriedade, de um para outro titular. Entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10.09.2010, submetido ao rito dos Recursos*

Repetitivos. 3. Agravo interno não provido." (AgInt no Recurso Especial Nº 1.749.588 - MS (2018/0151472-1) Relator: Ministro Herman Benjamin, publicado em 06/02/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA – NÃO OCORRÊNCIA DO FATOGERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – MATÉRIA APRECIADASOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. 1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não incide ICMS na operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, por não constituir fato gerador do imposto. 2. Orientação firmada no julgamento do 1.125.133/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 3. Considerando que o Agravo Regimental impugnou decisão que adotou posição jurisprudencial amparada em recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC, cabe a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC. 4. Agravo Regimental não provido. Aplicação de multa de 10% do valor da causa, devidamente atualizado." (STJ - Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial AgRg no AREsp 43396 RS 2011/0127439-0 (STJ). 13/04/2012)

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TRIBUTÁRIO – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE BEM ENTRE ESTABELECIMENTOSDO MESMO CONTRIBUINTE – AGREGAÇÃO DE VALOR À MERCADORIA OU SUA TRANSFORMAÇÃO – AUSÊNCIA DE EFETIVA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE – INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DO TRIBUTO – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação. II – Agravo regimental a que se nega provimento." (STF - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário RE 765486 SC (STF). 03/06/2014)

"EMENTA – PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL – FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE – ÔNUS DO RECORRENTE – ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UM MESMO CONTRIBUINTE – FATO GERADOR – INOCORRÊNCIA – PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o mero deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, ainda que localizados em unidades distintas da Federação, não constitui fato gerador do ICMS. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." ARE 824167 BA. Min. Teori Zavascki. 26/08/2014

Sem razão o recorrente quanto à afirmação de que o Recurso Especial repetitivo nº 1.125.133 limita-se às transferências interestaduais de ativo fixo, pois o entendimento jurisprudencial também abrange as transferências interestaduais para fins de revenda, casos em que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação, conforme entendimento acima transcrito.

Importante destacar que não importa se a mercadoria, após a transferência, foi vendida, pois se isto ocorreu a operação foi tributada pelo ICMS (face à saída, para venda, do estabelecimento filial). O certo é que, na operação de transferência, em si, o ICMS não era devido.

Na hipótese, o impetrante comprova ser produtor de gado. Suas atividades ocorrem em fazendas em que é usufrutuário, conforme f. 15-89. Dessa forma, inexistem etapas anteriores da cadeia de circulação de mercadoria (gado bovino) ou substituição tributária para trás. Ou seja, não se trata de ICMS devido por substituição tributária, incidente sobre as compras de produtos primários ao abrigo do imposto deferido. Isso porque, como esclarecido, o bem é originário do próprio estabelecimento do impetrante.

Portanto, deve ser mantida a sentença que determinou o afastamento da incidência do imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS) nas transferências interestaduais de bovinos entre estabelecimentos do mesmo titular.

Dispositivo

Ante o exposto, contra o parecer, conheço o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul mas nego-lhe provimento. Quanto ao mais, mantenho a sentença em sede de reexame necessário.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º vogal)

ICMS sobre saída de gado bovino do estado para propriedade do mesmo produtor em outro estado

Peço vênia ao ilustre relator para dissentir do entendimento esposado por Vossa Excelência e votar pelo provimento do recurso.

O Estado de Mato Grosso do Sul ofertou o recurso de apelação contra a sentença que concedeu a segurança, para o fim de obstar a cobrança de ICMS tendo como fato gerador a transferência interestadual de bovinos entre fazendas das quais é usufrutuário, situadas em Mato Grosso do Sul, e a Fazenda Barro Preto, de sua propriedade, situada no Estado de São Paulo.

Data venia do entendimento manifestado neste Julgamento, a impetração é evidentemente descabida.

Por primeiro, a movimentação de gado bovino de um Estado para outro, ainda que permaneça com um mesmo proprietário, constitui fato gerador do ICMS, conforme previsto no Código Tributário Estadual, agasalhado pelas disposições do Decreto-Lei n° 406/68 (artigos 1°, I; 2°, § 1°), conforme o permissivo da Constituição da República (artigo 155, II, § 2° XII) e, em especial, no artigo 12 da Lei Complementar n° 87/96.

De efeito, a Constituição da República dispõe:

> *"Art. 155.* ***Compete aos Estados*** *e ao Distrito Federal* ***instituir impostos*** *sobre:*
>
> *I - (...)*
>
> *II -* ***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;*
>
> *III - (...)*
>
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte*
>
> *(...)*
>
> *XII - cabe à lei complementar:*
>
> *a) definir seus contribuintes;*
>
> *b) dispor sobre substituição tributária;*
>
> *c) disciplinar o regime de compensação do imposto;*
>
> *d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;*
>
> *e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a",*
>
> *f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;*
>
> *g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.*

h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço." (grifei)

A Lei Complementar então reguladora da matéria, Decreto Lei n° 406/68, que foi recepcionado pela Constituição com esse *status*, de Lei Complementar, e assim dispõe, com as alterações posteriores:

"Art 1º O impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias ***tem como fato gerador:***

I - ***a saída*** *de mercadorias* ***de estabelecimento*** *comercial, industrial ou* ***produtor;***

II - a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento;

III - o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

Art 2º A base de cálculo do imposto é:

I - O valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;

(...)" (grifei)

O Código Tributário de Mato Grosso do Sul, instituído pela Lei n° 2.731/66, com as alterações posteriores e em obediência à Constituição assim estabeleceu:

"Artigo 38. O imposto sobre a Circulação de Mercadorias tem como fato gerador a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

(...)

Artigo 39. ***Não se considera fato gerador a saída*** *do estabelecimento:*

I - de mercadoria remetida ***a outro estabelecimento do mesmo contribuinte*** *ou de terceiros,* ***dentro do Estado, para fins de industrialização****, inclusive conserto ou reparo,* ***desde que o produto final tenha de retornar ao estabelecimento de origem****;*

II - de mercadoria destinada a armazém-geral, dentro do Estado;

III - ***de produto agropecuário*** *ou proveniente da indústria extrativa, em bruto ou submetido a beneficiamento elementar quando:*

a) - ***transferido a outro estabelecimento do próprio contribuinte, localizado no mesmo município****;*

b) - ***remetido a outro estabelecimento do mesmo contribuinte*** *ou de terceiros,* ***localizado no Estado****, para tratamento, beneficiamento, cruzamento, acasalamento ou para qualquer outra finalidade com o objetivo de reprodução ou melhoria,* ***desde que o estabelecimento de origem tenha que retornar;***

c) - a devolução do produto de que trata o inciso anterior ao estabelecimento de origem.

(...)

Artigo 42. *O imposto Sobre a Circulação de Mercadorias será calculado pela aplicação da alíquota estabelecida de conformidade com que estatui o Decreto-Lei Federal*

nº 28, de 14 de novembro de 1966 e será aplicado sobre o valor tributável definido neste capítulo.

Parágrafo único. Na saída de mercadoria decorrente de operações que as destinem a outro Estado, a alíquota de que trata este artigo será igual ao limite fixado em resolução do Senado Federal.

Artigo 43 – A base de cálculo de imposto é

(...)

*V - **nas transferências de mercadorias para estabelecimento do próprio remetente** ou seu representante, **situado em outro Estado**, o preço de venda do estabelecimento destinatário, no momento da remessa, deduzida de 20% (vinte por cento) e ainda deduzidas as despesas de frete e seguro;*

(...)" (grifei)

Em resumo, não havia incidência do imposto quando a transferência se desse entre estabelecimentos ou propriedades do mesmo industrial, comerciante ou produtor localizados neste mesmo Estado. Mesmo então, não havia previsão de isenção de imposto quando a transferência se desse para outro Estado da Federação. E nem poderia, porque a isenção de imposto em transferências, sejam movimentações ditas "jurídicas", sejam transferências equivalentes a saída propriamente, implicaria em ofensa a Lei supraestadual (Convênio de ICMS) e ofensa ao próprio Princípio Federativo.

Realmente, se se concebesse que na transferência, a que título fosse e entre quaisquer pessoas (mesmo contribuinte ou diverso), pudesse excluir a imposição do tributo por um dos Estados, representaria ofensa à autonomia desse, por privilégio de outro Estado.

Atualmente, o artigo 12 da Lei Complementar n° 87/96, estabeleceu:

"Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

III - da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

(...)"

E o atual Código Tributário Estadual de Mato Grosso do Sul, igualmente em obediência à Constituição e à Lei Complementar já citadas, dispõe:

"Art. 12. O lançamento do ICMS pode ser diferido nas operações ou prestações com os produtos e serviços a que se refere o art. 47, I, na forma do Regulamento.

§ 1º Encerra-se o diferimento:

I - na saída para outro Estado, ou com destino a consumidor final ou contribuinte não-inscrito, de qualquer produto ou serviço, em qualquer hipótese;

II - no momento fixado no Regulamento, nos demais casos.

§ 2º Encerrado o diferimento, o ICMS deve ser recolhido no prazo e forma do Regulamento, mesmo que a saída ou a prestação, subsequentes, ocorram com isenção, imunidade ou não-incidência.

§ 3º O diferimento pode ser restrito a determinados contribuintes, destinatários de produtos agropecuários e extrativos minerais, pesqueiros e vegetais, inclusive e se necessário, com a exigência de Regime Especial para a sua aplicação.

§ 4º No caso em que não couber o diferimento, o ICMS deve ser recolhido pelo contribuinte remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço"

Art. 47. São sujeitos passivos por substituição, relativamente às operações ou às prestações antecedentes:

I - o estabelecimento destinatário, exceto o de produtor, nas aquisições não oneradas em decorrência de diferimento da cobrança do ICMS, nos termos da permissão contida no art. 12, e observada a restrição a que se refere o seu § 3º, dos seguintes produtos:

a) ...

c) gado bovino, bubalino, caprino, equino, ovino e suíno; ave viva e peixe;

(...)"

Como os dispositivos legais e regulamentadores devem ser objetivamente tidos por constitucionais, os atos administrativos deles decorrentes não podem ser taxados de ilegais, abusivos ou lesivos a alegado direito do contribuinte. Por essa razão, o ato do apelado, de lançamento de ICMS sobre as remessas de gado dos Impetrantes não é lesivo e nem coator.

Exatamente em razão da Lei Complementar n° 87/96, a exação de ICMS na hipótese dos autos não pode ser tida por inconstitucional, nem por ilegal, já que expressa a previsão para regulamentação por Lei Estadual e esta efetivamente prevê a hipótese. A pretendida aplicação da Súmula 166 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *data venia*, se afiguraria contrária a texto expresso de lei no caso presente, não sendo portanto de se aplicá-la.

Resta anotar, ainda que sob o risco de repetição, que no caso dos autos trata-se de transferência de bovinos de um para outro Estado, e não de transferência entre estabelecimentos de um mesmo proprietário dentro do mesmo Estado. Alijar a exação fiscal implicaria em ofensa não só a texto expresso de Lei como ao próprio Princípio Federativo.

O ICMS é tributo que incide de forma que da operação atual seja descontado ou creditado o valor recolhido nas operações anteriores. No caso de operação interestadual, o contribuinte recolhe ao Estado de origem o imposto pela alíquota interna e, ao Estado de destino, a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Exatamente aqui está a pedra de toque para a incidência do imposto na transferência de um Estado para outro, mesmo que para estabelecimentos de um mesmo contribuinte: o inominável prejuízo e falta de tratamento isonômico se ao Estado de origem não for dado tributar. Na hipótese dos autos, apesar de nada ser produzido no Estado de destino, a esse caberia o recebimento de imposto sobre o total do valor da mercadoria ou produto, segundo a alíquota interestadual.

A medida judicial intentada, reitere-se, dirige-se contra expresso dispositivo legal, cuja constitucionalidade não foi sequer objeto de insurgência pela via própria.

É certo não ser possível a impetração do mandado contra lei em tese, seja porque não existe ato coator, seja porque a lei expressamente prevê a incidência do ICMS na transferência de bovino deste para outro Estado.

Em verdade, e por essas razões legais e constitucional, o *writ* sequer deveria ser conhecido; ou, se conhecido, deveria mesmo ter sido denegado.

Ante o exposto, rogo licença ao eminente relator para dar provimento ao presente recurso de apelação, para o fim de denegar a segurança.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator negar provimento aos recursos e o 1º vogal dar provimento.

VOTO(05/11/2019)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º vogal)

Pedi vista para analisar melhor a questão debatida nestes autos.

A despeito de anteriormente ter firmado o posicionamento de que quando inexistente a prova da comercialização da mercadoria seria incabível a cobrança do ICMS na transferência física de bovinos entre propriedades rurais do mesmo titular em estados diversos, recentemente modifiquei meu entendimento por entender que tal medida afronta à norma tributária e ao texto constitucional.

O artigo 155, II, da Constituição Federal dispõe que:

> *"(...) compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos 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", o que foi feito pelo Código Tributário Estadual."*

O Código Tributário Estadual de Mato Grosso do Sul (Lei nº 1.810/1997) estabelece que as operações envolvendo gado bovino estão sujeitas ao regime de substituição tributária, mas prevê o encerramento do diferimento na saída do produto ou serviço para outro Estado.

Vejamos:

> *"Art. 47. São sujeitos passivos por substituição, relativamente às operações ou às prestações antecedentes:*
>
> *I - o estabelecimento destinatário, exceto o de produtor, nas aquisições não oneradas em decorrência de diferimento da cobrança do ICMS, nos termos da permissão contida no art. 12, e observada a restrição a que se refere o seu § 3º, dos seguintes produtos*
>
> *(...)*
>
> *c) gado bovino, bubalino, caprino, equino, ovino e suíno; ave viva e peixe;*
>
> *Art. 12. O lançamento do ICMS pode ser diferido nas operações ou prestações com os produtos e serviços a que se refere o art. 47, I, na forma do Regulamento.*
>
> *§ 1º Encerra-se o diferimento:*
>
> *I - na saída para outro Estado, ou com destino a consumidor final ou contribuinte não-inscrito, de qualquer produto ou serviço, em qualquer hipótese;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Encerrado o diferimento, o ICMS deve ser recolhido no prazo e forma do regulamento, mesmo que a saída ou a prestação, subsequentes, ocorram com isenção, imunidade ou não-incidência.*

§ 3º O diferimento pode ser restrito a determinados contribuintes, destinatários de produtos agropecuários e extrativos minerais, pesqueiros e vegetais, inclusive e se necessário, com a exigência de Regime Especial para a sua aplicação.

§ 4º No caso em que não couber o diferimento, o ICMS deve ser recolhido pelo contribuinte remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviço."

O intuito de referida norma é evitar que o produtor rural se beneficie da regra do diferimento do imposto neste Estado e, no momento anterior à venda, transfira o rebanho à outra propriedade situada em Estado diverso, comercializando os bovinos em frigorífico localizado em outra unidade da federação, deixando o Estado de Mato Grosso do Sul de receber o imposto das etapas anteriores que haviam sido postergadas pelo diferimento.

A legislação supracitada visa evitar que o produtor rural se beneficie da regra do diferimento do ICMS neste Estado, e no momento anterior à venda resolva transferir o rebanho para sua outra propriedade situada em outro Estado da Federação, comercializando o gado com frigorífico localizado naquela unidade federativa, deixando o Estado de Mato Grosso do Sul de receber o imposto das etapas anteriores que haviam sido postergadas.

Há de se evidenciar, com efeito, que o conteúdo da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça limitava-se a tratar de transferência de mercadorias localizadas em um mesmo ente federado, não podendo se olvidar que a consolidação do enunciado se deu anteriormente à Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que, em seus arts. 12 e 13, consignou que há incidência do imposto nas operações interestaduais, como se observa:

"Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente."

Plenamente cabível, portanto, a incidência do ICMS sobre a transferência de bovinos de um Estado para outro, ainda que em área de propriedade do mesmo titular, conforme previsto no Código Tributário Estadual e na Constituição Federal (art. 155, II, § 2º, XII), bem como art. 12 da LC 87/96.

Entendimento diverso importaria em concessão de isenção não prevista em lei sobre as etapas anteriores de circulação das mercadorias, o que deve ser rechaçado.

Assim já decidiu este Colegiado:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – INSURGÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA CONTRA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS (GADO BOVINO) DE UMA PROPRIEDADE RURAL PARA OUTRA, DO MESMO PROPRIETÁRIO – DISTINÇÃO ENTRE OS PRECEDENTES DO STJ COM RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONTROVÉRSIA

> *– EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL NA LEI KANDIR E, AINDA, NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – INCENTIVO E RISCO À SONEGAÇÃO E GUERRA FISCAL – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO – RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS, CONTRA O PARECER DA PGJ. I - Há diferença entre os referidos paradigmas do STJ e a hipótese examinada nos autos, considerando as peculiaridades fáticas dos casos analisados pela Corte Superior e a presente controvérsia. II - Em que pese a Súmula 166 do STJ não ter mencionado qualquer restrição à amplitude territorial das operações a que se refere, denota-se que o enunciado sumular limitou-se a tratar de transferências de mercadorias localizadas em um mesmo ente federado, o que inocorre na hipótese. III - A consolidação deste enunciado sumular deu-se em momento anterior à Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que, em seus arts. 12 e 13, expressamente consignou que há a incidência de ICMS nas transferências interestaduais, regulamentando, de forma pormenorizada, o aspecto temporal, bem como o aspecto material da hipótese de incidência do imposto nesta circunstância. IV - Não fosse a inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ ao caso dos autos, que trata de atividade pecuária com a transferência de mercadoria entre entes federados, levando-se em conta a especificidade do caso, percebe-se, ainda, a existência de distinguishing entre o paradigma julgado sob o rito dos recursos repetitivos pelo STJ no REsp nº 1.125.133/SP com relação ao caso sub judice. A hipótese que fora objeto do referido julgamento no STJ tratou da incidência ou não de ICMS em operações interestaduais de transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, cujo transporte destina-se à futura comercialização. V - Diante do ordenamento jurídico vigente, em especial a Lei Federal nº 87/96 e, ainda, o Código Tributário Estadual (Lei nº 1.810/97), imperiosa a incidência do ICMS no transporte interestadual de gado entre os estabelecimentos do impetrante, ainda que a mercadoria não tenha sua titularidade transferida. VI - O impetrante tem o ônus de comprovar mínimos pressupostos que evidenciem que o ato de transferência do gado interestadual não devia ser caracterizado como um ato de mercancia e, por isso, não seria passível de ensejar o fato gerador do ICMS. VII - Diante das particularidades que o caso apresenta, denota-se que o alegado direito líquido e certo não restou demonstrado. VIII - O Poder Judiciário não pode chancelar eventual sonegação fiscal em hipóteses que o contribuinte, a despeito de possuir imóvel rural em outro ente federado, sob o manto do que dispõe a Súmula 166 do STJ, busca isentar-se da obrigação tributária, mesmo que a transferência de gado tenha o verdadeiro intuito de mercancia, ou seja, alienação dos semoventes para abate."* (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0802571-88.2016.8.12.0017, Nova Andradina, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 08/03/2019, p: 12/03/2019)

Não fosse a inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ ao caso dos autos, que trata de atividade pecuária com a transferência de mercadoria entre entes federados, levando-se em conta a especificidade do caso, percebe-se, ainda, a existência de *distinguishing* entre o paradigma julgado sob o rito dos recursos repetitivos pelo STJ no REsp nº 1.125.133/SP com relação ao caso *sub judice*.

O referido recurso especial consagrou o entendimento no sentido de que o:

> *"(...) deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponível é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade"* (STJ, REsp 1.125.133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 10/09/2010).

Assim se observa que a hipótese que fora objeto do referido julgamento no STJ tratou da incidência ou não de ICMS em operações interestaduais de transferência de bens do ativo imobilizado entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, cujo transporte destina-se à futura comercialização, situação diversa da hipótese examinada nestes autos.

Pondera-se, ainda, que nos autos do REsp 1.109.298/RS, julgado em 26/04/2011, ou seja, após aquele representativo acima indicado, discutiu-se sobre a base de cálculo do ICMS em operações efetuadas por sociedade empresarial entre a fábrica, o centro de distribuição e a filial, localizados em diferentes Estados da Federação, tendo a Corte Superior, decidido que a base do ICMS, no caso concreto, deveria ser a prevista

no inc. II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/1996, consignando que: a) referida norma federal previu uma base de cálculo específica para a situação de saída de mercadoria pertencente ao mesmo titular para estabelecimento em outro Estado; b) os incisos do § 4º remetem-se à atividade desenvolvida pelo sujeito passivo: no inciso I, mercantil, no II, a industrial e, no III, a relativa a produtos primários. No caso, a atividade realizada pelo sujeito passivo é a industrial, aplicando-se o inciso II; c) um dos objetivos da norma é evitar o conflito entre os entes da federação em decorrência da arrecadação do imposto. Como a transferência é interestadual, o enrijecimento da base de cálculo nessas operações acaba por fixar o montante de imposto a ser recolhido para cada sujeito ativo, evitando que se estabeleça litígio; d) não há alteração na titularidade dos produtos na relação entre a fábrica e o centro de distribuição; e e) nas operações realizadas com depósito fechado, situação semelhante, deve haver a emissão de nota fiscal que contenha todos os requisitos exigidos e mencione que o valor da operação (saída do depósito) deve ser idêntico ao de entrada (Convênio SINIEF S/N, de 15/12/1970).

Portanto, verifica-se que o próprio STJ entendeu que, nas situações de transferências interestaduais entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, haverá, sim, a incidência do ICMS, aplicando, inclusive, o tratamento diferenciado da base de cálculo do imposto concedido pela Lei Kandir no § 4º de seu art. 13.

Nesse contexto, tem-se que raciocínio diverso implicaria, não só o fomento à prejudicial guerra fiscal entre os entes federados, mas, ainda, o estímulo à sonegação fiscal, evidenciando que o afastamento da incidência de ICMS no caso de transferência interestadual de gado de um ente federado para outro, independentemente de tratar-se de estabelecimento de um mesmo proprietário, no caso, implica em verdadeira ofensa à lei e, sobretudo, ao próprio pacto federativo.

Isto porque, a concessão de isenção de ICMS pelos Estados e/ou o Distrito Federal necessita de prévio convênio, a ser firmado perante o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, por expressa disposição constitucional.

Assim, sem mais delongas, com a vênia do insigne relator, acompanho o voto do 1º vogal, para dar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioira, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1° vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator designado Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0800416-69.2014.8.12.0054 – Nova Alvorada do Sul

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – APLICAÇÃO DO CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO E DA APLICAÇÃO DA TABELA SUSEP ESTÁ CORRETA – NÃO HAVERIA COMO SE EQUIPARAR A LESÃO SOFRIDA PELO APELANTE – NÃO HÁ IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO PARCIAL PELA AUSÊNCIA DA PARTÍCULA "ATÉ" NA APÓLICE – PRINCÍPIO DOS CONTRATOS DE RISCO – SEGURO SEMPRE É FEITO NOS TERMOS E CONDIÇÕES PEDIDAS OU CONTRATADAS PELA EMPRESA INSTITUIDORA – NÃO HÁ RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SEGURADORA QUANTO AOS TERMOS, CLÁUSULAS E CONDIÇÕES DO SEGURO – RECURSO CONHECIDO E 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, não conheceram da prejudicial de prescrição. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator. Julgamento em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2019.

Des. Nélio Stábile – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Adão Andreas de Brito Sampaio, qualificado nos autos da ação de cobrança de indenização securitária (Feito nº 0800416-69.2014.8.12.0054, da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada do Sul/MS) que promove em desfavor de Unibanco AIG Seguros S/A, também qualificado, inconformado com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível.

Afirmou, em síntese, que o juízo singular incorreu em equívoco no tocante ao valor do salário utilizado para cálculo da indenização, eis que se utilizou do valor percebido a título de auxílio doença (R$ 1.938,49), quando é certo que o último salário recebido pelo apelante, em 2012, perfaz a quantia de R$ 2.691,37, sendo esta a base de deve ser aplicada para o cálculo da indenização.

Argumenta, ainda, que a cobertura de invalidez permanente por acidente é de 200% o valor da cobertura por morte. Assim, o valor da indenização deveria ser de 48 (quarenta e oito) vezes o valor do salário base, e não 24, como aplicado na sentença.

Assevera que, ainda que sejam considerados apenas os valores trazidos pela apelada, esta informou a existência de um capital segurado de R$ 75.207,36, que deve ser utilizado subsidiariamente, caso não aplicado o valor de quarenta e oito vezes o salário do demandante.

Aduz que está incapacitado definitivamente para o ofício de eletricista, não havendo que se acolher a alegação do laudo pericial de que a limitação é apenas parcial, já que deve ser considerada a necessidade de

empregar esforços físicos para o desempenho daquela atividade, não havendo que se falar em indenização proporcional de acordo com a tabela SUSEP, com pagamento do valor integral da indenização, consignando que não tomou conhecimento acerca da cláusula restritiva.

Pugnou, assim, pela reforma da sentença, para que a condenação se dê no valor de quarenta e oito vezes o salário informado, ou, subsidiariamente, no valor de R$ 75.207,36, correspondente à integralidade da cobertura por invalidez permanente por acidente.

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões recursais, defendendo a prescrição do direito do autor e pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO (EM 26/11/2019)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de ação de indenização securitária ajuizada por Adão Andreas de Brito Sampaio em desfavor de Itaú Seguros S.A, onde o requerente busca o recebimento de indenização fixada em seguro coletivo, em decorrência do acidente de trabalho que ocasionou lesão incapacitante de natureza permanente.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a existência de invalidez parcial e permanente, mas com aplicação do percentual limitador de 18,75% para cálculo da indenização devida, com aplicação das disposições da Tabela SUSEP.

Contra a decisão recorre o autor, nos termos do relatório.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da decisão quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar contrarrecursal – Prescrição

Em suas contrarrazões (f. 364-370), a Itaú Seguros S.A. defende a ocorrência da prescrição, vez que a ação foi ajuizada em 21/05/2014 e o sinistro ocorreu em maio de 2012.

Não obstante, verifica-se que a questão já foi apreciada pelo juízo *a quo,* não tendo sido manejado o recurso oportuno, pelo que se encontra preclusa. De outro vértice, havendo prolação de sentença que acolheu parcialmente os pedidos iniciais, eventual reconhecimento da prescrição do direito do autor dependeria da interposição de recurso de apelação pelo requerido, sendo inviável, em hipótese distinta, a *reformatio in pejus.*

Assim, não conheço da prejudicial de prescrição ventilada pelo requerido em contrarrazões.

Mérito

De início cumpre ressaltar que nos contratos de seguro são aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor. É o que se depreende da análise dos artigos 2° e 3°, § 2°, *in verbis*:

> *"Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*
>
> *Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."*

Portanto, a atividade securitária está incluída nas atividades abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, e por este será analisado.

Cumpre, portanto, a análise da subsunção ou não da invalidez parcial e permanente demonstrada pelo segurado ao risco expressamente acobertado no contrato de seguro *sub judice*.

III- a) Da cobertura contratual

A pretensão autoral é fulcrada no certificado individual de seguro de vida em grupo, emitido por Itaú Seguros, como seguradora e tendo como estipulante a empresa Agro Energia Santa Luzia S/A, estabelecendo as seguintes coberturas e capitais:

"Morte Acidental:	*R$ 37.603,68*
Invalidez Permanente por Acidente:	*R$ 75.207,36*
Morte:	*R$ 37.603,68*
Invalidez Funcional Permanente Doença:	*R$ 43.097,10"*

O autor, funcionário da empresa estipulante desde 2010, persegue nesta demanda o pagamento da indenização integral para a cobertura invalidez permanente por acidente, prevista em contrato de seguro em grupo firmado com a ré e do qual é beneficiário, por alegar estar incapacitado em decorrência de lesões decorrentes de acidente de trabalho.

A lesão incapacitante, decorrente de acidente sofrido na atividade laboral, restou comprovada pelos documentos e prova pericial constante dos autos, tendo o perito responsável pela confecção desta última consignado:

> *"O requerente sofreu acidente de trabalho, em maio de 2012, com graves lesões no joelho esquerdo, entre as quais ruptura do ligamento cruzado anterior, estiramento do ligamento cruzado posterior lesões de amos os meniscos, hemorragias e edemas articulares. Tais lesões provocam dor e instabilidade a uma articulação que suporta o peso do corpo e, portanto, é fundamental para deambulação e posturas necessárias à execução de seu trabalho de eletricista, como abaixar-se, subir escadas, acessar postes e outras fontes de energia.*
>
> *Recebeu adequado tratamento médico e cirúrgico, mas contraiu uma infecção no pós operatório, que agravou, ainda mais, o seu estado, pois ampliou as lesões traumáticas, além de produzir retrações cicatriciais."*

Deve-se afastar, inicialmente, a pretensão do recorrente de que o cálculo da indenização seja realizado com base no valor integral do salário por ele percebido na data do sinistro (R$ 2.691,37), vez que o contrato

de seguro estabelece o cálculo do capital segurado no momento da contratação, com aplicação de um fator redutor (f. 135), que resultam nos valores individuais já transcritos para o segurado (f. 133).

Nada obstante, tenho que lhe cabe razão quanto à impossibilidade de aplicação da tabela SUSEP ao caso em análise.

Com efeito, o seguro em questão trata-se de contrato de adesão, firmado entre a empresa empregadora e a seguradora, de modo que o segurado não teve sequer oportunidade de discutir o teor das cláusulas contratuais.

De se notar que a declaração de seguro de vida em grupo expedida em favor do autor se limita a informar a existência de cobertura, no valor de R$ 75.207,36, para a hipótese de invalidez permanente por acidente, não fazendo qualquer menção ao grau de invalidez ou incidência de fator de limitação da indenização.

Ademais não prospera a insurgência recursal da seguradora quanto à suposta ciência inequívoca do segurado acerca das condições contratuais do seguro firmado.

Isto porque, restou demonstrado que a invalidez permanente do autor, decorre de lesões agravadas ante a atividade laborativa por este exercida, apresentando-se, portanto, devida a indenização pleiteada.

Do valor da indenização securitária

Como já relatado, o autor interpôs recurso de apelação em que objetiva a reforma parcial da sentença, argumentando que faz jus à integralidade da indenização securitária, porquanto a lesão que o acomete o incapacita para a profissão que exerce, de eletricista.

Referiu que não tinha ciência acerca da quantificação dos valores objeto do contrato de seguro firmado entre as partes, eis que não teve acesso às limitações no ato da contratação.

A ré defende a manutenção da sentença, que determinou a aplicação da tabela SUSEP, que referencia o grau da lesão suportada pelo segurado.

Tenho que, no particular, cabe razão ao recorrente.

Conquanto conste das condições gerais do contrato tabela inserida para apurar o percentual do valor do seguro conforme o grau da invalidez, inexiste nos autos a efetiva comprovação de entrega das referidas condições gerais ao segurado, o que importará na não aplicação da referida tabela ao caso.

Ressalta-se que não obstante tenha sido concluído que as lesões de que o autor é portador são parciais, não há qualquer prova nos autos de que a aludida tabela inserida nas condições gerais da apólice para apurar o percentual do valor segurado, de acordo com o grau da invalidez, tenha sido informada ao segurado no momento da contratação.

Nesta toada, ao contrário do que concluiu o juízo sentenciante, o fato de as lesões serem parciais por si só, não induz à aplicação proporcional acerca da lesão suportada, muito menos, como já dito, da tabela da SUSEP, para apuração do valor da indenização securitária.

Nem é o caso de acolher a argumentação das seguradoras acerca da ciência do segurado com base nas disposições da apólice, porque sequer é razoável exigir do consumidor que buscasse em um sítio eletrônico as informações sobre o contrato de seguro, cujo dever de informação incumbe à seguradora, diante do ônus/dever de informação que a esta recai.

Diante disso, merece reforma a sentença recorrida, a fim de que seja a ré condenadas ao pagamento da indenização correspondente ao valor do capital segurado estipulado no Certificado de Seguro, referente à f. 133 (R$ 75.207,36).

Ora, é cediço que o contrato de seguro privado é regulado pelas normas gerais do Código Civil, acrescidas daquelas referentes à defesa do consumidor, sendo certo que a boa-fé objetiva (art. 422 do CC/2002) e o direito à informação (6º, III, e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor) sempre devem permear a avença. Confira-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DAS SEGURADORA RÉS – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRELIMINARES – REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO – DESNECESSIDADE – PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – TEORIA DA ASSERÇÃO – PREJUDICIAL DE MÉRITO – DECADÊNCIA DO DIREITO AUTORAL – AFASTADA – MÉRITO – INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL – INCAPACITAÇÃO LABORAL CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO SOBRE A TABELA DE VALORES – INDENIZAÇÃO INTEGRAL DEVIDA – COSSEGURO – RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA LÍDER – FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - Exigir a comprovação de prévio requerimento na via administrativa para, só então, receber a ação de cobrança de seguro é medida que afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição. II - Se a legitimidade passiva ad causam restar abstratamente demonstrada na inicial e havendo pertinência subjetiva em razão dos fatos alegados, impõe-se rejeitar a tese de falta de legitimidade para responder a ação, relegando para a análise do mérito a discussão acerca da existência ou não de cobertura quando da ocorrência do acidente. II- É de ser afastada a alegação de decadência do direito da parte autora, pois não é caso de aplicação do art. 178, do Código Civil, visto que não se trata de ação de anulação de contrato por vício de consentimento, sendo aplicável, à espécie, o prazo prescricional previsto no art. 206, § 1º, II, do Código Civil, o qual não se esgotou ao tempo da propositura da ação. III - O contrato de seguro deve ser interpretado de forma favorável ao consumidor-segurado se as cláusulas limitativas não forem claras e precisas ou não houver prova da ciência prévia do segurado quanto à respectiva limitação, cabendo o pagamento integral do capital ao segurado, quando comprovada a lesão ensejadora da Cobertura. IV- Não comprovando a seguradora ré que entregou ao segurado as condições gerais do seguro, onde estabelecida a responsabilidade das demais seguradoras em cosseguro, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, a seguradora líder resta obrigada a arcar com eventual indenização, mormente porque não é proporcional impor à parte mais fraca na relação o ônus pela informação deficitária. 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. APELAÇÃO CÍVEL DO AUTOR – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL – INCAPACITAÇÃO LABORAL CONFIGURADA – INDENIZAÇÃO INTEGRAL DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO A QUO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - Considerando que houve perda total da capacidade laborativa, por invalidez permanente, não há outra alternativa, senão, conferir a cobertura integral do valor consubstanciado na apólice, isto é, 100% sobre o capital segurado. Sentença reformada nesta parte. II - A correção monetária trata-se de recomposição do quantum devido em face das perdas inflacionárias, de modo a preservar o valor monetário e seu poder aquisitivo. Nos termos da Súmula 43 do STJ, o termo inicial da correção monetária é a data do evento danoso."* (TJMS. Apelação nº 0802527-85.2014.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 31/01/2017, p: 22/02/2017)

> *"APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO EM GRUPO (...) CLÁUSULAS CONTRATUAIS RESTRITIVAS – PREVISÃO DE UTILIZAÇÃO DA TABELA SUSEP – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO SEGURADO NÃO COMPROVADA – PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DO VALOR SEGURADO PARA FINS DE INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE (...) 2. Não tendo a seguradora demonstrado ter dado ciência ao segurado/apelante sobre a Tabela de graduação das lesões (art. 333, II, do CPC), deve prevalecer o valor integral da indenização prevista para*

a invalidez parcial permanente (...)". (TJMS Apelação Cível nº 0815287-06.2013.8.12.0001. Rel.: Sideni Soncini Pimentel. Quinta Câmara Cível. Julg.: 19/04/2016)

"AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO (...) REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NA APÓLICE, COM APLICAÇÃO DA TABELA EDITADA PELA SUSEP IMPOSSIBILIDADE, POR AUSÊNCIA DE PROVA DE PRÉVIA CIÊNCIA DO SEGURADO DAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO (...) III- Não se há falar em pagamento do seguro de forma proporcional ao grau de invalidez em razão de a seguradora não ter comprovado que informou o segurado previamente sobre a existência de eventual tabela, inclusive com sua assinatura no instrumento contratual, na exegese do art. 6º, inciso III, e art. 54 § 4º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, deixando, ainda, a seguradora, de anexar aos autos cópia da própria apólice de seguro (...)". (TJMS. Apelação Cível nº 0034999-49.2012.8.12.0001. Rel.: Luiz Tadeu Barbosa Silva. Quinta Câmara Cível. J. 17/11/2015)

Acresça-se, ainda, que, em não havendo previsão expressa na apólice informando o contratante sobre o enquadramento da invalidez permanente parcial, o seguro deve ser pago no valor integral previsto na apólice.

Neste sentido, confira-se precedentes desta 3ª Câmara Cível:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – LAUDO PERICIAL – INVALIDEZ PERMANENTE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO SOBRE A TABELA DE VALORES – RECURSO DESPROVIDO.

O contrato de seguro deve ser interpretado de forma favorável ao consumidor-segurado se as cláusulas limitativas não forem claras e precisas ou não houver prova da ciência prévia do segurado quanto à respectiva limitação, cabendo o pagamento integral do capital ao segurado, quando comprovada a lesão ensejadora da Cobertura." (Apelação nº 0047133-16.2009.8.12.0001 - Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/08/2016; Data de registro: 12/09/2016)

*"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO (...) CLÁUSULA CONTRATUAL QUE NÃO SE MOSTRA CLARA E PRECISA – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE FORMA FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE – FIXAÇÃO EM GRAU MÁXIMO – RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE (...) O contrato de seguro deve ser interpretado de forma favorável ao consumidor-segurado se as cláusulas limitativas não forem claras e precisas ou não houver prova da ciência prévia do segurado quanto à respectiva limitação, cabendo o pagamento integral do capital ao segurado, quando comprovada a lesão ensejadora da cobertura". (*TJMS – Apelação Cível nº 0016603-63.2008.8.12.0001. Rel.: Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Câmara Cível. Julg. 26.02.2013)

"AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO EM GRUPO – CONTRATO DE SEGURO COLETIVO – PESSOA EMPREGADORA – PESSOAS EMPREGADAS – ACIDENTE DE TRABALHO – COMPROVAÇÃO – INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL – COMPROVAÇÃO – COBERTURA CONTRATUAL – TABELA DA SUSEP – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO INICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRETENSÃO DE REDUÇÃO – NEGADA – APELAÇÕES CÍVEIS DE AMBAS AS PARTES – RECURSOS NÃO PROVIDOS."

"O contrato de seguro privado é um acordo de vontades por meio do qual o segurador deve cobrir riscos previstos mediante recebimento de uma prestação (prêmio). O pagamento do seguro de forma proporcional ao grau de invalidez – em percentuais –, somente tem cabimento quando a seguradora comprovar que informou o segurado previamente sobre a existência de eventual tabela (seja da Susep), inclusive com sua assinatura no instrumento contratual, nos termos do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio de Informação inseridos no artigo 6º., inciso III, e no artigo 54, § 4º., do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à relação jurídica material consumerista. Quando o agente segurador não demonstra a prévia

> *ciência do segurado quanto à existência de eventual tabela, o seguro em caso de invalidez permanente deve ser pago com base no valor da apólice. As omissões e as dúvidas relativas ao instrumento contratual de natureza de consumo devem ser interpretadas de maneira favorável ao consumidor – Princípio da Interpretação Favorável ao Consumidor. Ademais, é razoável que o pagamento do seguro deva ser integral quando a incapacidade permanente é total, comprovadamente por perícia judicial, para o exercício das atividades ou ocupações físicas dantes exercidas pelo segurado' (Tribunal de Justiça de MS. Quarta Turma Cível. Apelação Cível de nº 2008.036155-5. Desembargador Relator Elpídio Helvécio Chaves Martins. Julgamento data de 20-1-2009). O valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser consentâneo com o postulado da razoabilidade e subserviente à inteligência da norma contida no artigo 20 do Código de Processo Civil."* (TJMS-3ªTC., Proc. 2011.010946-7, Rel. Marco André Nogueira Hanson, Jul. 10.5.2011)

Na mesma direção, há tempos já pacificou o C. Superior Tribunal de Justiça que:

> *"(...)Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, § 4º do CODECON e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior"* (STJ. REsp 1219406/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 15.02.2011).

É dever do fornecedor prestar informações adequadas, claras e precisas ao consumidor sobre os produtos e suas restrições, conforme dicção do art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, cuja obrigação, com a devida vênia, não é cumprida quando, de forma ardilosa, em vez de esclarecer as limitações sobre o produto de forma direta na apólice, remete a parte consumidora a outros canais (site) para, quem sabe, tomar ciência de cláusulas que restringem o direito.

O documento hospedado em um site pode ser alterado livremente, inclusive unilateralmente pelo fornecedor do produto, não trazendo qualquer segurança ao consumidor e, menos ainda, certeza de que as informações sempre constaram do referido site, com conteúdo não alterado.

Diante dessas premissas, nessa parte, é de ser reformado o julgado recorrido, dando-se provimento ao apelo do autor, para que a indenização corresponda ao valor integral da indenização prevista para o caso de invalidez permanente por acidente previsto na apólice, porquanto encontra-se incapaz para sua profissão habitual e não há informação adequada, clara e precisa ao segurado sobre suas restrições.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Adão Andreas de Brito Sampaio e dou-lhes parcial provimento para o fim de, reformando em parte a sentença, condenar a ré no pagamento da cobertura integral do valor consubstanciado na apólice para a cobertura de invalidez permanente por acidente, no valor de r$ 75.207,36 (setenta e cinco mil duzentos e sete reais e trinta e seis centavos), sobre o qual incidirá os juros e correção monetária estabelecidos na sentença.

Por consequência, diante da sucumbência mínima do requerente, condeno a ré ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 12% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão em julgamento e peço vênia ao eminente desembargador relator para discordar de seu entendimento e votar de forma divergente.

O apelante requer o provimento deste recurso para que seja reformada sentença proferida nestes autos que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar Itaú Seguros S/A ao pagamento de indenização securitária por invalidez funcional parcial e permanente em razão de acidente no valor de R$ 8.723,20 (oito mil setecentos e vinte e três reais e vinte centavos); visto que ela incorreu em equívoco ao valor

do salário utilizado para cálculo da indenização onde deveria ser utilizado o último salário recebido na quantia de R$ 2.691,37 e, não o valor percebido de auxílio-doença (R$ 1.938,49).

Alega, também, que está incapacitado definitivamente para o ofício de eletricista, diferentemente do que afirma o laudo pericial, visto que é necessário empregar esforços físicos, devendo ser afastada a aplicação da indenização proporcional conforme tabela SUSEP.

Afirma, ainda, que a cobertura de invalidez permanente por acidente é de 200% o valor da cobertura por morte, sendo assim 48 (quarenta e oito) vezes o valor do salário base e, que devem ser considerados apenas os valores trazidos pela Apelada, onde existe um capital segurado de R$ 75.207,36 servindo como subsidiário ao valor de quarenta e oito vezes o salário do demandante.

Inicialmente, tenho que seja de suma importância ressaltar que no caso dos autos tanto o cálculo da indenização, quanto a aplicação da tabela SUSEP estão corretos. A tabela é extremamente necessária para indenizar adequadamente conforme o grau da lesão.

Não haveria como se equiparar a lesão sofrida pelo apelante, no joelho esquerdo, de estiramento de tendão, com uma lesão severíssima como, por exemplo, quando o segurado fica paraplégico. Exatamente nesse ponto, de ser possível e inafastável a gradação da lesão, é que, por lógica insuperável, não há se falar em impossibilidade de indenização parcial pela ausência da partícula "até" na apólice.

Em verdade, havendo ou não a disposição de que a indenização será paga "até" determinado valor, a indenização deve ser adequada e correspondente à lesão; se esta é parcial, igualmente será parcial o valor da indenização. Isso decorre não só da lógica como do próprio princípio dos contratos de risco, do qual o seguro é modalidade.

Igualmente, não é de se perquirir se o segurado tinha ou não conhecimento dos termos e cláusulas da apólice, já que tal discussão pode, eventualmente, ser travada entre o segurado e a estipulante do contrato.

O seguro sempre é feito nos termos e condições pedidas ou contratadas pela empresa instituidora. Cessa aí, com a instituidora, qualquer responsabilidade da empresa seguradora quanto aos termos, cláusulas e condições do seguro. À empresa instituidora é que cabe, não só orientar e informar o segurado, como responder, eventualmente, quanto a cláusula ou condição que o segurado pretenda ou pretendesse.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento para que seja mantida a sentença incólume.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Eduardo), após o relator e o 2º vogal não conhecerem da prejudicial de prescrição. O relator dava parcial provimento ao recurso e, o 2º vogal, negava-lhe provimento. (sust oral: dra. Ivone Conceição Silva).

VOTO (EM 03/12/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Adão Andreas de Brito Sampaio em face da sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Nova Alvorada do Sul que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados "*na ação de cobrança de indenização securitária"* ajuizada em desfavor de Itaú Seguros S.A.

Meu pedido de vista deve-se apenas e tão-somente por divergir do relator quanto ao valor da indenização do seguro de vida.

É incontestável que a relação jurídica discutida na inicial configura típica relação de consumo, na medida em que o beneficiário do seguro figura como consumidor e a requerida, como fornecedora dos serviços securitários, a teor do que dispõe o § 2º do artigo 3º do CDC:

> *"Art. 3.º*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

Também não há dúvida de que nas relações de natureza consumerista as partes devem ser previamente informadas, de forma clara e adequada, acerca dos produtos e serviços que lhe são ofertados. Essa informação é necessária para possibilitar ao consumidor a aquisição de produto de maneira consciente, evitando-se com isso obrigações que o coloquem em situação de extrema desvantagem, prática considerada abusiva e vedada pelo artigo 51, inciso IV, do CDC:

> *"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(...)*
>
> *IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".*

Pois bem.

Dos documentos coligados aos autos é possível se concluir que em razão do noticiado acidente de trabalho ocorrido em maio de 2012, o autor/apelante foi acometido por lesões em seu joelho esquerdo, o que resultou na incapacidade funcional deste.

Quando da propositura da demanda, o autor exibiu o termo de adesão do seguro de vida em grupo cujo titular é Pedro M. Santos, pessoa estranha a esta lide (f. 18), não servindo à apreciação das cláusulas contratuais.

Em contrapartida, a relação securitária não foi negada pela parte requerida, tanto que ela trouxe aos autos a declaração de seguro de vida em grupo cujo titular é o autor/apelante (f. 134), bem como juntou a apólice securitária e as condições gerais e especiais que regem a relação *sub judice* (f. 135-172).

Assim, é incontroverso que o autor/apelante aderiu ao seguro de vida em grupo estipulada pela empresa.

Da apreciação das provas documentais apresentadas pela requerida/apelada, infere-se que a apólice do seguro estabelece que o capital segurado será de 24 vezes a remuneração do empregado (f. 135). E dispõe ainda que em caso de invalidez permanente por acidente o beneficiário fará *jus* a 200% do capital segurado calculados de acordo com *"as condições gerais, especiais e/ou particulares convencionadas, as consequências dos eventos discriminados no contrato"* (f. 136).

Sendo certo que o capital segurado adota por base de cálculo o valor da remuneração do segurado, e constando da declaração de seguro de vida em grupo que o capital segurado alcança R$ 75.207,36 (f. 133), embora inexista nos autos informações acerca da atual remuneração do autor/apelante, por uma simples conta aritmética[1], é possível concluir que sua remuneração correspondia a R$ 1.566,82, à época do acidente e vigência contratual.

Por sua vez, as condições gerais do seguro estipulam graduações da indenização conforme o membro acometido, estabelecendo que para *"anquilose total de um dos joelhos"* a indenização será na proporção de 20% sobre a importância segurada (f. 146).

Já a perícia concluiu pelo acometimento em 18,75% da funcionalidade do membro (f. 280).

1 Capital segurado simples dividido por 24 (37.603,68/24/2-1.566,82).

Em situações semelhantes, em que há previsão expressa da aplicação da tabela de gradação, tenho me posicionado no sentido de que a indenização deverá ser calculada na seguinte forma: capital segurado x gradação prevista na tabela conforme debilidade apresentada x grau de invalidez do membro verificada em perícia.

Seguindo essa sistemática, a indenização deveria corresponder a R$75.207,36 (capital segurado) x 20% (tabela) x 18,75% (grau de invalidez aferida em perícia), o que resultaria em R$2.820,27.

No entanto, a sentença, realizou a operação considerando o grau de invalidez sobre o montante segurando, alcançando o valor de R$ 8.723,20.

Embora não adote os cálculos como realizados em sentença, em atenção à vedação do *reformatio in pejus*, tendo em vista que tão somente a parte autora apresenta recurso, entendo que, na específica situação dos autos, devem ser mantidos por ser o que melhor se assemelha ao entendimento esposado acima.

Conclusão

Pelo exposto, peço vênia ao e. relator para divergir em parte do entendimento por ele externado, apenas para manter o valor indenizatório fixado na sentença em R$ 8.723,20.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (3º vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram da prejudicial de prescrição. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º 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. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Designado Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0803136-63.2017.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – RECURSO DA AUTORA I. M. DA S. – APELAÇÃO CÍVEL – TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO NCPC – MULTA PELO NÃO COMPARECIMENTO INJUSTIFICADO NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO REGRA DO ART. 334 § 8º DO CPC/2015 – APLICAÇÃO DESARRAZOADA – ATRASO PARA O ATO JUSTIFICADO PELA AUTORA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA DA DEMANDADA – INDEFERIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O § 8º do art. 334 é regra inaugurada pelo CPC/15 segundo a qual "*O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado*.".

Não é razoável a imposição da multa pelo não comparecimento à audiência de conciliação quando a requerente se atrasa para o ato, mas justifica o atraso.

Não tendo a autora comprovado a alegada condição financeira da requerida, não há falar em revogação do pedido de justiça gratuita.

EMENTA – RECURSO DA REQUERIDA I. B. G. D. – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PUBLICAÇÃO EM PERFIL PESSOAL DE REDE SOCIAL – *FACEBOOK* – PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – ATOS PUBLICADOS OFENSIVOS À HONRA DA AUTORA – DEVER DE INDENIZAR PRESENTE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se as requeridas, no uso de página pessoal do *Facebook*, fazem publicação ofensiva à honra e ao decoro da autora, diretora de escola municipal, devem responder pela indenização por danos morais que tais publicações ocasionaram à esfera anímica da autora, havendo o juízo de primeiro grau bem valorado as provas dos autos, fixando indenização de forma proporcional, razoável e adequada.

Sentença mantida *in totum*.

Recursos improvidos.

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 de I. B. G. D., nos termos do voto do relator. Por maioria, deram parcial provimento ao recurso de I. M. da S., nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator. O 3º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), convocado nos termos do art. 942, do CPC, acompanhou o 2º vogal.

Campo Grande, 10 de julho de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de duas apelações, uma interposta às f. 282-288 por I. M. da S. e outra às f. 290-301 por I. B. G., insurgindo-se contra a sentença de f. 257-277, proferida pela juíza da 2ª vara cível de Dourados, Dra. Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, que julgou parcialmente procedente a pretensão da ação indenizatória que a primeira move em face da segunda.

A primeira apelante (autora) pede em seu recurso o afastamento da multa que lhe foi imputada pelo não comparecimento na audiência de conciliação do dia 03/10/2017 ou, então, a minoração do respectivo importe, bem como seja revogado o benefício da justiça gratuita concedido à requerida I.

A segunda apelante (ré), por sua vez, discorre sobre a inexistência de ofensa à honra da autora, pelo prevalecimento da liberdade de expressão; que o seu texto na rede social foi só um desabafo sobre a situação que acontecia na escola; que, como cidadã, pode livremente criticar o exercício da função pelo agente público; que houve uma supervalorização por parte da juíza ao concluir a postagem como desabonadora à honra da autora.

Requer, nesses termos, a improcedência do pedido inicial ou, então, a redução do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões às f. 313-316.

VOTO (03/07/2019)

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

Trata-se de duas apelações, uma interposta às f. 282-288 por I. M. da S. e outra às f. 290-301 por I. B. G., insurgindo-se contra a sentença de f. 257-277, proferida pela juíza da 2ª vara cível de Dourados, Dra. Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, que julgou parcialmente procedente a pretensão da ação indenizatória que a primeira move em face da segunda.

Os recursos são tempestivos e as recorrentes são beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo as apelações nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à análise.

Infere-se dos autos que autora I. M. da S., diretora da Escola Municipal Geraldino Correa Neves, no distrito de Picadinha, Comarca de Dourados, MS, ajuizou a presente demanda amparada na alegação de que sofreu danos morais em decorrência de postagem no *facebook* da ré I. B. G. D. (com comentários da corré J. P. C. de A.), em que sua reputação (honra e imagem) teria sido abalada.

Após o trâmite processual, sobreveio a r. sentença às f. 257-277, na qual cada ré foi condenada ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, com correção monetária pelo IGPM/FGV a partir da prolação da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, até o efetivo adimplemento.

Ambas partes recorreram; a autora pelo afastamento da multa imputada pelo seu atraso na audiência de conciliação, ou redução de seu valor, e pela cassação do benefício da justiça gratuita em prol da ré I.; a ré I., em seu recurso, pede a improcedência do pedido inicial ou redução do valor indenizatório.

Feito esse contorno, passo ao exame dos recursos.

Da apelação de I. M. da S.

Conforme dito acima, a requerente recorre pelo afastamento da multa imputada pelo atraso na audiência de conciliação, ou redução de seu valor, e pela cassação do benefício da justiça gratuita em prol da ré I.

Passo à análise dos pontos devolvidos no recurso da autora.

Da multa do § 8º do art. 334 do CPC:

Infere-se dos autos que, designada audiência para o dia 03/10/2017, restou registrada a ausência da requerente (f. 129), o que, por conseguinte, gerou, na decisão de f. 238-241, a aplicação da multa do § 8º do art. 334 do CPC, em 2% do valor atribuído à causa.

Com efeito, registrado o não comparecimento na audiência de conciliação, aplica-se automaticamente a multa legal, nos termos do artigo 334, § 8º, do CPC, *verbis*:

> *"Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.*
>
> *(...)*
>
> *§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.*
>
> *(...)"*

Note-se que o *códex* cuidou de enquadrar a conduta como "ato atentatório à dignidade da justiça", o que já demonstra o grau de relevância dessa nova regra, bem como a busca pela resolução de conflitos de modo consensual; e tendo tipificado tal conduta, a ela cominou uma sanção pecuniária (multa de até 2% da vantagem econômica pretendida pelo autor ou do valor da causa).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], com a percuciência que lhes é peculiar, tecem os seguintes comentários acerca desse comando legal:

> *"No modelo de conciliação do procedimento ordinário do CPC/1973, as partes, em muitos casos, sequer compareciam às audiências; os advogados compareciam apenas para acompanhar o despacho de saneamento do processo. (...)*
>
> *Outro sinal da sua relevância é a* ***imposição de multa à parte que não comparecer à audiência de conciliação de forma justificada, por considerar-se a ausência ato atentatório à dignidade da justiça.****"* (grifei)

Visto isso, diante da relevância da nova regra e, por isso, da cominação legal de multa pelo não comparecimento injustificado, sem exceção, cabia à autora, ora apelante, ter primado pelo comparecimento pontual na audiência.

No ponto, frisa-se que a justificativa da autora – de que não chegou pontualmente na sala por estar fazendo uso de medicação que causa desorientação e sonolência (f. 131) – não é aceitável, pois, além de tardia, juntada aos autos depois de já realizada a audiência, não traz fato relevante o bastante que explique a impossibilidade do comparecimento pontual.

Logo, se a autora foi devidamente cientificada e não compareceu no horário marcado, é evidente a prática da conduta descrita no § 8º do art. 334 do CPC, para a qual é prevista a aplicação da multa.

---

1 Comentários ao Código de Processo Civil. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015. P 919-920.

À vista disso, não há de se falar em afastamento da multa aplicada.

Em relação ao pedido de redução do valor, tenho que não lhe assiste razão, eis que a aplicação de 2% sobre o valor da causa (R$ 100.000,00) resulta no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais), o qual considero razoável para a hipótese.

Conforme se lê da redação do dispositivo legal, este é claro no sentido de que a multa será de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, de tal sorte que se o juiz fixou dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento processual, e sendo módico o valor em face do conteúdo econômico objetivado na demanda, nada há para ser alterado ou modificado.

Posto isso, mantenho a condenação de pagamento da multa do § 8º do art. 334 do CPC, no percentual fixado pelo douto magistrado da causa.

Da justiça gratuita deferida em prol da ré I.:

Com relação ao pedido de revogação do benefício da justiça gratuita à ré I., razão não assiste à autora/apelante.

Isso porque, dos autos, consta que a ré I. é professora na escola em que a autora é diretora, pressupondo-se que aufere rendimento menor, de modo que se para esta última foi deferido o beneplácito, nos termos da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1406199-53.2017.8.12.0000 (f. 109-123), por coerência, deve ser concedida à outra também.

No tocante à alegação de que a ré I. é fazendeira e que tem confortável condição financeira, foi deduzida sem o mínimo lastro probatório, devendo ser rejeitada.

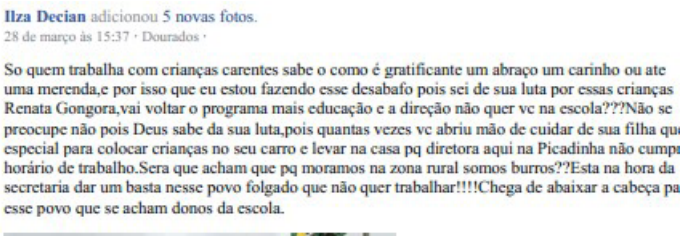
Posto isso, nego provimento ao apelo da autora.

Da apelação de I. B. G.

Em sua apelação, a ré I. defende a improcedência do pleito indenizatório ou, então, a redução do *quantum* arbitrado na sentença.

Conforme visto, a autora, diretora da Escola Municipal Geraldino Correa Neves, no distrito de Picadinha, ajuizou a presente demanda amparada na alegação de que sofreu danos morais por força de postagem no *facebook* da ré I. (com comentários da ré J.), em que a sua reputação (honra e imagem) teria sido abalada.

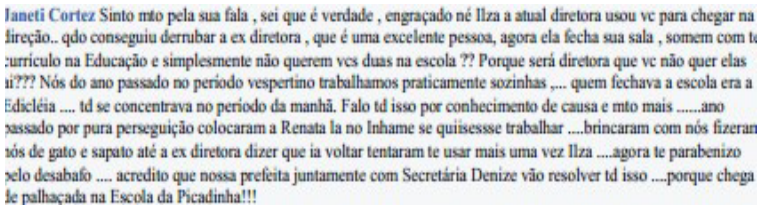
Eis o teor do texto publicado no *facebook* da ré I. (f. 16):



Ilza Decian adicionou 5 novas fotos.
28 de março às 15:37 · Dourados ·

So quem trabalha com crianças carentes sabe o como é gratificante um abraço um carinho ou ate uma merenda,e por isso que eu estou fazendo esse desabafo pois sei de sua luta por essas crianças Renata Gongora,vai voltar o programa mais educação e a direção não quer vc na escola???Não se preocupe não pois Deus sabe da sua luta,pois quantas vezes vc abriu mão de cuidar de sua filha qu especial para colocar crianças no seu carro e levar na casa pq diretora aqui na Picadinha não cumpr horário de trabalho.Sera que acham que pq moramos na zona rural somos burros??Esta na hora da secretaria dar um basta nesse povo folgado que não quer trabalhar!!!!Chega de abaixar a cabeça pa esse povo que se acham donos da escola.

Entre os comentários vinculados no post de I., infere-se o publicado por J. (f. 18):


Janeti Cortez Sinto mto pela sua fala , sei que é verdade , engraçado né Ilza a atual diretora usou vc para chegar na direção.. qdo conseguiu derrubar a ex diretora , que é uma excelente pessoa, agora ela fecha sua sala , somem com t currículo na Educação e simplesmente não querem vcs duas na escola ?? Porque será diretora que vc não quer elas ai??? Nós do ano passado no período vespertino trabalhamos praticamente sozinhas ,... quem fechava a escola era a Edicléia .... td se concentrava no período da manhã. Falo td isso por conhecimento de causa e mto mais .....ano passado por pura perseguição colocaram a Renata la no Inhame se quisesse trabalhar ....brincaram com nós fizeran nós de gato e sapato até a ex diretora dizer que ia voltar tentaram te usar mais uma vez Ilza ....agora te parabenizo pelo desabafo .... acredito que nossa prefeita juntamente com Secretária Denize vão resolver td isso ....porque chega de palhaçada na Escola da Picadinha!!!

Diante dos conteúdos acima, a juíza sentenciante concluiu que as rés extrapolaram os limites do direito de liberdade de expressão, eis que, com uso de tom "*pejorativo, ameaçador e agressivo",* atribuíram à autora, "*ainda que nas entrelinhas, a responsabilidade e/ou culpa exclusiva pelo encerramento do contrato de trabalho da irmã da primeira (R. G.), então coordenadora do Projeto Mais Educação*", bem como a "conduta nada ética" de se aproveitar de I. para conseguir sua nomeação para o cargo de diretora.

Na espécie dos autos, tem-se, de um lado, a liberdade de pensamento e, de outro, o direito à honra e à imagem – ou seja, dois direitos constitucionalmente protegidos estão em aparente conflito no caso sob exame, pois, se de uma parte, a autora quer obter indenização, porque alega ter sido violada em sua honra e em sua imagem, por outro, as rés pretendem que o direito à liberdade de manifestação de pensamento seja resguardado.

Em casos análogos, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem anotado com muita propriedade que nessas hipóteses, de colisão de direitos fundamentais, o juiz deve proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto para, após um juízo pautado na razoabilidade e proporcionalidade, ser possível chegar a uma conclusão a respeito do prevalecimento de um direito sobre o outro.

Trata-se, pois, do denominado juízo de ponderação, cujo propósito é a flexibilização de interesses jurídicos que entram em conflito no caso concreto, e que, muito embora sejam todos válidos, um deverá preponderar sobre o outro, mediante técnica em que a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ganha fundamental importância.

Portanto, a questão que se coloca é saber se as requeridas, no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, violaram ou não o direito à honra e à imagem da autora, causando-lhe prejuízo passível de ser reparado.

Pois bem.

Dos conteúdos acima transcritos, verifica-se que as requeridas emitiram crítica em face da atuação da requerente enquanto diretora da escola municipal Geraldino Correa Neves e, assim como entendeu a douta juíza, entendo ter a ré praticado ato que atentou contra a moral da autora.

À f. 266 da sentença é possível observar os trechos considerados ofensivos pela juíza, sendo aqueles em destaque, conforme segue:

> *"Nesta linha de raciocínio, analisando a documentação colacionada aos autos (f. 3-4 e 16-18) e o teor dos depoimentos colhidos em audiência, na esteira dos ensinamentos doutrinários supra transcritos, entendo terem as Rés extrapolado sim os limites de seu direito e liberdade de expressão.*
>
> *Isto porque atribuíram à autora, ainda que nas entrelinhas, a responsabilidade e/ou culpa exclusiva pelo encerramento do contrato de trabalho da irmã da primeira (R. G.), então coordenadora do Projeto Mais Educação, no distrito da Picadinha, neste município, e daqueles que elas próprias mantinham com a rede municipal de ensino.*
>
> *Atribuíram-lhe, ainda, conduta nada ética, consistente em se utilizar demodo maléfico da primeira ré para conseguir sua nomeação para o cargo de diretora (f. 18); e tecerem comentários, em tom pejorativo, ameaçador e agressivo tais como: "**pq a diretora aqui na Picadinha não cumpre horário de trabalho**. Será que acham que pq moramos na zona rural somos burros?? **Esta na hora da secretaria dar um basta nesse povo folgado que não quer trabalhar**!! **Chega de baixar a cabeça para esse povo se acham donos da escola**" (sic – f. 16)*

> **(...) engraçado né I. a atual diretora usou vc para chegar na direção.. Quando conseguiu derrubar a ex diretora [...] brincaram com nós fizeram nós de gato e sapato até a ex diretora dizer que ia voltar tentaram te usar mais uma vez I.** *(...) acredito que nossa prefeita juntamente com Secretária Denize vão resolver td isso (...)* **Porque chega de palhaçada na Escola da Picadinha***!!!" (sic – f. 18).* (G.n.)

Ora, a ré atribuiu à autora condutas havidas por ímprobas no âmbito do direito administrativo, que atentam contra sua honra, induvidosamente, taxando-a de desidiosa no cumprimento do seu horário de trabalho, bem assim como se tratasse de déspota que, quando foi do seu interesse, obteve apoio para derrubar a ex-diretora, como se tivesse praticado, nessa condição, influência para obter satisfação de seus interesses pessoais.

Mesmo tendo sido a ofensa praticada dentro de uma página pessoal, o que difere dos casos jornalísticos em que o comunicador tem o dever de informar fatos de forma objetiva, sem descambar para juízos subjetivos e com intuito meramente depreciativo, é de se ver que o conteúdo foi inserido em rede de comunicação social, com possibilidade de amplo acesso público, denegrindo a honra e a imagem da autora, induvidosamente.

O douto juízo bem analisou a questão, fazendo considerações sobre a ponderação de valores constitucionais que em casos tais emergem do escrito postado em rede mundial de computadores (como do jornalismo em geral), como se vê desta bem lançada fundamentação, *verbis* (f. 265-267):

> *"(...) Note-se então que a atividade de opinião de qualquer pessoa, quando exercida licitamente, de forma responsável, com rigor e objetividade, se traduz sim, tal qual alega a segunda Ré, no exercício regular do direito à liberdade de expressão e informação, e legitima-lhe a prevalência, numa situação concreta, sobre os direitos fundamentais, dentre os quais a honra, sem que se possa falar em abuso.*
>
> *Atrelado, portanto, ao inegável compromisso de se manifestar e/ou informar com obediência aos limites do exercício regular destes direitos, tratando-se de informação e/ou opinião acerca da conduta de funcionário(s) públicos, in casu, uma professora no cargo de Diretora de Escola Municipal da Rede Pública de Ensino, evidente que aquelas veiculada e externada através de publicação no facebook, pelas RR., não poderiam exceder os limites da crítica objetiva, alheia à própria pessoa à qual se referem, independentemente do grau de relevância pública de sua atividade, e não deveria estar acompanhada de opinião pessoal e/ou de comentários jocosos, pejorativos, insinuativos e/ou agressivas e/ou ameaçadores.*
>
> *É absolutamente inadmissível, num estado democrático de direito, a veiculação de críticas e opiniões exorbitantes e desproporcionais a quem quer que seja, servidor público, agente político ou não, sobretudo com o emprego de expressões agressivas, injuriosas e/ou jocosas que não externam e/ou guardam relação ou pertinência com as ideias e/ou opiniões, mas são destinadas à formação equivocada e/ou viciada da opinião Nesta linha de raciocínio, analisando a documentação colacionada aos autos (f. 3-4 e 16-18) e o teor dos depoimentos colhidos em audiência, na esteira dos ensinamentos doutrinários supra transcritos, entendo terem as Rés extrapolado sim os limites de seu direito e liberdade de expressão.*
>
> ***Isto porque atribuíram à Autora, ainda que nas entrelinhas, a responsabilidade e/ou culpa exclusiva pelo encerramento do contrato de trabalho da irmã da primeira** (R. G.), então coordenadora do Projeto Mais Educação, no distrito da Picadinha, neste município, **e daqueles que elas próprias mantinham com a rede municipal de ensino.***
>
> *Atribuíram-lhe, ainda, **conduta nada ética, consistente em se utilizar de modo maléfico da primeira Ré para conseguir sua nomeação para o cargo de diretora** (f. 18); e teceram **comentários, em tom pejorativo, ameaçador e agressivo** tais como: "pq a diretora aqui na Picadinha não cumpre horário de trabalho. Será que acham que pq moramos na zona rural somos burros?? Está na hora da secretaria dar um basta nesse povo folgado que não quer trabalhar!!! Chega de baixar a cabeça para esse povo se acham donos da escola' (sic f. 16); (...) engraçado né I. a atual diretora usou vc para chegar na direção. Qdo conseguiu derrubar a ex diretora [...] brincaram com nós fizeram nós de gato e sapato até a ex diretora dizer que ia voltar tentaram te usar mais uma vez I. (...)acredito que nossa prefeita juntamente*

com Secretária Denize vão resolver td isso (...) Porque chega de palhaçada na Escola da Picadinha!!! (sic f. 18).

Legítimo é utilizar-se de uma página em rede social para defesa dos interesses da comunidade, sem ofender ou difamar, como o fizeram as RR.

A despeito das testemunhas Maria Lúcia da Silva Giacometti5, Lazinha Soares Ponce Carbonari6, Hedickleya de Oliveira Almeida Silva7 e Joice Belisário8 terem afirmado em que as publicações reportadas na exordial não teriam refletido de modo negativo na imagem da Autora perante a comunidade da Picadinha, ***o teor dos documentos de f. 17-18, indicam exatamente o contrário.***

Note-se que, além da segunda ré, outras treze (13) pessoas comentaram e/ou tomaram conhecimento da postagem feita pela ré I. e associaram a autora aos relatos e/ou aos comentários pejorativos, tomando a versão delas sobre os fatos como verdadeira, terminando por acreditar que o trabalho feito pela irmã da primeira, de interesse daquela comunidade, fora "sabotado" maliciosamente pela demandante.

Confira-se:-

"O problema tia é que no Brasil quem quer trabalhar quem quer fazer a diferença nunca é reconhecido e muitas vezes é até sabotado/impedido! Triste isso! [...]" (G. D.)

"R. G. conhecemos seu trabalho e conte conosco pro q precisar! [...]" (K. L. A. - f. 17)

"Deus é maior nós sabemos o esforço de vcs e oq vcs já fizeram e enfrentarão na escola por uma escola melhor [...]" (A. O. - f. 17)

"Justiça Divina tarda mas não falha! Nada como um dia após o outro [...]" (I. F. - f. 17)

"[...] É muito triste tudo isso." (N. S. - f. 18)

Só não acho que devemos pagar cada vez mais difícil acesso. Qdo se tem pessoas qualificadas no próprio distrito. Nem sempre a melhor nota numa ou noutra prova mostra realmente o potencial de um profissional. Pois conhecimentos a realidade do nosso país e vemos milhares que tornam-se concurseiros. Quando milhões de brasileiros trabalham e sem tempo para gravar tantos macetes aplicados nas provas de concursos" (R. M. - f. 18).

"A questão nem é de nota Rosineide Moura já sabíamos que estávamos fora mesmo antes do concurso. Que não voltaríamos em 2017 na Picadinha" (E. A. - f. 18)

"Neste mundo R. ñ vivemos sem provações essa só e pra te fortalecer escreve coisas Boa ta vindo porque vc merece" (L. M. - f. 18)"

De fato, com seu post e comentários, ***as RR. incutiram na comunidade a falsa premissa de que a autora, na condição de Diretora da Escola Municipal daquele distrito, não só impediu a renovação das contratações das professoras pelo Poder Público Municipal*** *no ano de 2017, dentre as quais, a de sua irmã R. G., como colocou fim num projeto do Governo Federal, prejudicando a comunidade.*

Ressalte-se que as reclamações sobre as ausências da autora e/ou eventual insatisfação daquela comunidade com seu trabalho, como relatado pelas testemunhas H. de O. A. da S., M. L. da S. G., L. S. P. C. e J. B., por si só, não justificam a postagem e o comentário ofensivos, que superam os limites da crítica e/ou da informação.

As RR., portanto, excederam, às escâncaras, os limites de seu direito à livre manifestação do pensamento, terminando por macular indevida e visivelmente a honra subjetiva da Autora, fato este suficiente para ensejar-lhe a reparação pretendida.

Note-se, in casu, não se está diante de postagem com caráter meramente informativo e/ou de mera crítica contundente à atuação da Diretora de uma Escola Pública, veiculada com o escopo de informar e/ou defender/atender os interesses da população local, mas sim de um ato grosseiro, insinuativo, desrespeitoso e acintoso à dignidade da autora.

Com efeito, a liberdade de expressão e informação não pode ser confundida com ofensas pessoais, opiniões e/ou afirmações depreciativas aos direitos individuais constitucionalmente tutelados pela Carta da República de 1988, sob pena de abuso de direito, pois não constitui, à evidência, um direito absoluto, como as RR creem.

In casu, repita-se, as mensagens postadas na rede social pelas RR, não o foram apenas com o intento de levar ao conhecimento da população um fato ocorrido. As publicações vieram permeadas de acentuado intento ofensivo, agressivo, pejorativo e danoso à honra da Autora. As mensagens contêm a opinião pessoal das RR que, embora tenham constitucionalmente assegurado o direito de externa-la, respondem pelos excessos e afrontas daí advindos".(g.n.)

A r. sentença, assim, bem analisou os fatos e lhe deu a devida valoração jurídica e adequada fundamentação, levando-o à conclusão da existência de dano moral passível de indenização, conclusão a que também chego ao exame do caderno processual.

Deve ser assim, mantida em sua integralidade.

Quanto ao valor dos danos morais

Os danos morais foram fixados pelo douto juízo de forma muito prudente e equilibrada, em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a cada uma das rés, o qual se mostra razoável e moderado em face do ato praticado e sem que se constitua esse valor em enriquecimento sem causa da autora.

Nada há para ser alterado aqui também, ante a prudência e moderação com que se houve o insigne magistrado prolator da r. sentença profligada, mantida em todos os seus termos, judiciosamente bem lançada.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos, negando-lhes provimento para manter tanto a multa fixada pelo douto magistrado de primeiro grau com fundamento no artigo 334, § 8º, do CPC, em face da autora, bem assim como a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais à autora, no mesmo valor fixado na inicial, de R$ 5.000,00, que reputo adequado e razoável na espécie.

Majoro os honorários advocatícios recursais à ré apelante I. B. G. D., em 2% (dois por cento), acrescidos aos já fixados na r. sentença (10% sobre o valor da condenação), por ela respondendo exclusivamente por tal percentual acrescido, eis que a outra corré não apelou.

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

VOTO (10/07/2019)

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

Pedi vista para analisar com mais cuidado os autos e divirjo, em parte, do nobre relator.

Inicialmente, no que se refere à ausência da parte na audiência de conciliação, o Diploma Processual Civil considera como atentado à dignidade da Justiça, impondo multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida.

Confira:

"Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte." (g.n.)

Nessa perspectiva são as lições de Araken de Assis[2]:

"Para chegar a qualquer resultado, a conciliação e a mediação exigem a participação pessoal dos desavindos e do terceiro encarregado de auscultá-los, aproximá-los e, genericamente, promover o diálogo e a concórdia. Por esse motivo o art. 334 do NCPC obriga o comparecimento das partes, acompanhadas de representantes técnicos (art.334, § 9º), sancionando a falta sem justificativa (art.334, § 8º). Todavia, o art. 334, § 10 faculta a constituição de representante, procurador ou preposto, munidos de poderes especiais para negociar e transigir. A faculdade só tem sentido na tentativa de conciliação quanto aos

2 **Processo civil brasileiro, volume I**: parte geral - fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 99.

direitos patrimoniais. Fora dessa órbita restrita, na mediação impõe-se a participação dos litigantes, sob pena de frustrarem-se os objetivos da justiça restauradora, finalidade essencial da mediação."

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves[3]:

> *"Caso a parte não deseje comparecer pessoalmente à audiência, o § 10 do dispositivo para analisado permite a constituição de um representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. Pode ser seu advogado ou um terceiro, e como na audiência não haverá outra atividade além da tentativa de solução consensual, não há qualquer impedimento para outorga de poderes da parte para terceiro."*

No caso dos autos, a audiência de conciliação foi designada para o dia 03.10.2017, às 8:15 (f. 95).

Consta no termo de assentada que, na data e horário marcados, compareceram apenas as requeridas, acompanhadas de seus advogados, ausente a requerente.

Veja-se (f. 129):

> *"(...)TERMO DE ASSENTADA*
>
> *Aos 03 de outubro de 2017, às 08:15h, nesta cidade e comarca de Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul, na sala de audiências deste juízo, sita à Avenida Presidente Vargas, 210, no edifício do Fórum, onde presente se encontrava Josuel Ramalho Freire – mediador/conciliador (prov. Nº 359/2016) foi feito o pregão das partes nos Autos 0803136-63.2017.8.12.0002 de Ação de Procedimento Comum/PROC, que I. M. S. move(m) contra I. B.G. D. e outro. Certificou-se estarem presentes: a ré I. B.G. D., acompanhada de seu advogado Dr. R. A. R. L., e, a ré J. P. C. A., desacompanhada de advogado. Ausente a autora e sua advogada Drª. C. A. S. M. Aberta a audiência a tentativa de conciliação restou prejudicada. O advogado da primeira ré protestou pela juntada de procuração no prazo da resposta. Os autos aguardarão a apresentação da contestação ou, o decurso do respectivo prazo, após, serão encaminhados conclusos a MMª. Juíza para deliberação. Saem os presentes intimados. Devidamente certificada a presença e/ou ausência das partes acima nominadas, foi dispensada a assinatura delas no presente termo (que foi lido em voz alta), com fulcro no artigo 9º, parágrafo único, do Provimento nº 148 de 16 de abril de 2008, acrescentado pelo artigo 1º do Provimento nº 192, de 25/11/2009 – DJMS de 27/11/2009. Nada mais. Eu, Josuel Ramalho Freire, Analista Judiciário, o digitei e subscrevi."*

Embora, no termo de assentada, conste que a requerente não compareceu à audiência de conciliação, a certidão de f. 130 prova que a autora, na verdade, compareceu ao ato com atraso de quinze minutos.

Confira-se:

> *"(...) CERTIDÃO*
>
> *Autos n. 0803136-63.2017.8.12.0002*
>
> *Ação: Procedimento Comum*
>
> *Certifico para os devidos fins que às 08h30 compareceu a autora i. M. S. sua advogada Dra. C. A. S. M.*

3 **Novo código de processo civil comentado**. Salvador:Jusposdvm, 2016. p. 578.

Dourados (MS), 03 de outubro de 2017

Josuel Ramalho Freire

Analista Judiciário

Assinatura digital"

Após a realização do ato, a requerente compareceu aos autos, apresentando atestado médico e justificando que o atraso decorreu "do abismo emocional em que foi lançada pelos fatos discutidos nestes autos, esta fazendo uso da medicação mirtazapina, cujo efeito colateral é também a desorientação e sonolência" (f. 131).

Apresentou atestado médico à f. 132, de que iniciou tratamento médico em 13.09.2017.

Considerando tais elementos, concluo que, nesta hipótese específica, não é razoável a imposição da multa pelo não comparecimento à audiência de conciliação, porque, além de a requerente ter se atrasado para o ato, justificou o atraso.

A respeito, confira-se o julgado de minha relatoria:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – AUSÊNCIA À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – MULTA DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Sendo o cheque dotado de autonomia e abstração, uma vez colocado em circulação e adquirido por meio de endosso, não é possível opor ao adquirente exceções pessoais, pois não estava ele obrigado a buscar a causa subjacente da emissão da cártula (art. 13 e 25 da Lei nº 7.357/85). Incorre em ato atentatório à dignidade da justiça a parte que não comparece à audiência de conciliação, nem justifica sua ausência."* (TJMS. Apelação Cível nº 0803308-91.2016.8.12.0017, Nova Andradina, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 22/11/2017, p: 27/11/2017)

Posto isso, divirjo do nobre relator para dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto por I. M. da S. e afastar a multa em razão do não comparecimento da requerente à audiência de conciliação.

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

Acompanho o voto do 2° vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3° vogal)

Peço venia para divergir em parte do nobre relator, Des. Dorival Renato Pavan, para dar parcial provimento ao recurso interposto por I. M. da S.

Isso porque, no caso da multa prevista no art. 334, § 8º, do CPC, somente é possível a imposição da penalidade se o não comparecimento à audiência não for justificado.

Entretanto, verificou-se que a apelante compareceu ao local da audiência com 15 minutos de atraso, e, além disso, justificou esse lapso por meio de documentos referentes ao tratamento médico que ela estava fazendo, no qual há uso de medicamentos fortes.

Diante do exposto, divirjo em parte do e. relator, apenas para dar parcial provimento ao recurso interposto por I. M. da S., afastando-se a multa aplicada pelo juízo singular.

Por outro lado, quanto ao apelo de I. B. G. D., acompanho o relator, para negar-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de I. B. G. D., nos termos do voto do relator. Por maioria, deram parcial provimento ao recurso de I. M. da S., nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator. O 3º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), convocado nos termos do art. 942, do CPC, acompanhou o 2º vogal.

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

Campo Grande, 10 de julho de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0832556-87.2015.8.12.0001 – Bandeirantes

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO – VENDA DE IMÓVEIS OBJETO DE PARTILHA ENTRE EX-CONVIVENTES – PRAZO DECADENCIAL – 2 ANOS – TERMO INICIAL – DATA DA CIÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO – RECURSO DESPROVIDO.

Nos termos do art. 179, do Código Civil, "quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Considerando o ajuizamento da ação após decorrido o prazo de 2 (dois) anos da data da ciência da celebração do negócio jurídico, a qual coincide com o registro da venda dos imóveis descritos nos autos, o reconhecimento da decadência é medida que se impõe.

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, 9 de outubro de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

C. D. interpôs apelação cível em face da sentença proferida em 03.10.2018, por juiz Daniel Foletto Geller, da Vara Única da Comarca de Bandeirantes que, na ação anulatória de negócio jurídico c/c indenização proposta por C. D. e em desfavor de espólio de R. A. C., S. M. B. F. e W. P., julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 1869-1880), pugna a concessão da justiça gratuita.

Ressalta que foi vítima de verdadeiro golpe praticado pelos requeridos, pois "em fevereiro de 2012, o primeiro apelado, Sr. W. P., ignorando o contrato de locação, o termo de acordo de partilha de bens firmado e o próprio regime de união estável, alienou todos os imóveis referidos (item 1 - 1.A 1.M f. 02-05), que compõem o empreendimento A. P. Z., para o segundo requerido, sr. R. A. C., sem a anuência e sequer ciência da apelante, que teve seu direito de propriedade totalmente violado."

Aduz que "esses bens que compõem o acervo patrimonial do casal, estão elencados nos Autos nº 0809687-38.2012.8.12.0001, da ação de dissolução de união estável c/c partilha de bens e indenização por danos morais, proposta pela apelante contra o primeiro apelado, em trâmite perante a 1ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande-MS."

Enfatiza que o término da sociedade conjugal ainda não ocorreu formalmente, razão pela qual não teve início o prazo decadencial de dois anos previsto no art. 1649, do Código Civil.

Aponta que não há como subsistir o entendimento de que o marco inicial do prazo de decadência começou com a celebração do negócio jurídico.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença.

Os apelados apresentaram contrarrazões (f. 1883-1891 e 1893-1906), pugnando o desprovimento do recurso. Não apresentaram pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[1].

Foram deferidos os benefícios da justiça gratuita à recorrente (f. 1928-1934).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por C. D., objetivando a reforma da sentença proferida em 03.10.2018, pelo juiz(a) da Vara Única de Bandeirantes que, na ação anulatória de negócio jurídico c/c indenização proposta por C. D. e em desfavor de espólio de R. A. C., S. M. B. F. e W. P., julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 1853-1856:

> *"(...) Por todo o exposto, julgo improcedente os pedidos contidos na exordial, em razão do reconhecimento do transcurso do prazo decadencial. Em consequência, julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do Código de Processo Civil.*
>
> *Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa, conforme art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada patrono dos requeridos (espólio de R. A. C. e S. M. B. F.).*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se, via Diário da Justiça"*

Em razões recursais (f. 1869-1880), pugna a concessão da justiça gratuita.

Ressalta que foi vítima de verdadeiro golpe praticado pelos requeridos, pois "em fevereiro de 2012, o primeiro apelado, Sr. W. P., ignorando o contrato de locação, o termo de acordo de partilha de bens firmado e o próprio regime de união estável, alienou todos os imóveis referidos (item 1 - 1.A 1.M f. 02-05), que compõem o empreendimento A. P. Z., para o segundo requerido, sr. R. A. C., sem a anuência e sequer ciência da apelante, que teve seu direito de propriedade totalmente violado."

Aduz que "*esses bens que compõem o acervo patrimonial do casal, estão elencados nos Autos nº 0809687-38.2012.8.12.0001, da ação de dissolução de união estável c/c partilha de bens e indenização por danos morais, proposta pela apelante contra o primeiro apelado, em trâmite perante a 1ª Vara de Família Digital da Comarca de Campo Grande-MS.*"

Enfatiza que o término da sociedade conjugal ainda não ocorreu formalmente, razão pela qual não teve início o prazo decadencial de dois anos previsto no art. 1649, do Código Civil.

Aponta que não há como subsistir o entendimento de que o marco inicial do prazo de decadência começou com a celebração do negócio jurídico.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença.

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.

Os apelados apresentaram contrarrazões (f. 1883-1891 e 1893-1906), pugnando o desprovimento do recurso. Não apresentaram pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[2].

Foram deferidos os benefícios da justiça gratuita à recorrente (f. 1928-1934).

As partes foram intimadas para manifestarem-se acerca da ocorrência de litispendência (f. 1940-1945), razão pela qual peticionaram à f. 1948-1951 e 1979-1983.

Relato dos fatos.

Trata-se de ação anulatória de negócio jurídico c/c indenização ajuizada por C. D. em desfavor de W. P., espólio de R. A. C., representado pelo inventariante R. P. C., e S. M. B. F., ao argumento de que conviveu em união estável com o primeiro requerido (W.) durante os anos de 1987 até 2005 e que nesse período adquiriram diversos imóveis, dentre eles o denominado "A. P. Z." (em lotes localizados no Município de Jaraguari). Mencionou que em 2009, firmou acordo de partilha com o ex-companheiro no qual constou que referido empreendimento seria dividido entre o casal, na proporção de 50% (cinquenta por cento), para cada um. Sustentou que em fevereiro de 2012, W. P. ignorou o termo de acordo de partilha de bens e alienou todos os imóveis que compunham o empreendimento A. P. Z., para os também requeridos, R. A. C. e S. M. B., sem a sua anuência. Em razão disso, pugnou:

> *"a) O recebimento da presente ação e, nos termos das alegações expendidas, seja concedida, inaudita altera pars, a antecipação parcial dos efeitos da tutela pretendida para seja determinado o depósito e bloqueio judicial dos valores que vem sendo recebidos pelo segundo requerido, decorrentes dos Autos nº 0800275-74.2013.8.12.0025, cuja liberação deverá ocorrer apenas após solução deste litígio, oficiando-se ao juízo de Bandeirantes a fim de dar cumprimento à ordem emanada deste juízo, resguardando-se a quota-parte (50%) da requerente dos rendimentos auferidos pelo segundo requerido, com os imóveis adquiridos do primeiro requerido, W. P.;*
>
> *a.1) ainda em sede de tutela antecipada, seja determinada a averbação desta ação a margem das matrículas dos imóveis objetos do litígio, bem como seja oficiado à Vara de Sucessões nos autos do Inventário nº 0806491-55.2015.8.12.0001, informando acerca da existência desta ação, tudo visando preservar o patrimônio da requerente, objeto da lide;*
>
> *b) Seja determinada e procedida a citação dos requeridos, nos endereços indicados, para responder aos termos da presente ação, constando do mandado as advertências legais;*
>
> *c) No mérito, seja a presente ação julgada inteiramente procedente para o fim de converter em definitivo os efeitos da tutela antecipada eventualmente concedida, anulando-se ou declarando-se nulas, as alienações dos imóveis feitas pelo primeiro requerido (W. P.) aos outros dois requeridos (R. A. C. e S. M. B. F.), pelos inúmeros fundamentos articulados no decorrer deste petitório;*
>
> *d) Sucessivamente, seja reconhecido o direito à indenização à requerente sobre todos os alugueres recebidos pelos requeridos relativamente aos imóveis em questão, desde as alienações (fev/2012) até a presente data, considerando-se a quota-parte de 50%, devendo, se for o caso, ou na impossibilidade, ser arbitrada indenização substitutiva em valor equivalente, conforme detalhado em tópico específico deste petitório;*
>
> *e) Pede os benefícios da justiça gratuita, conforme declaração anexa.*
>
> *f) Seja priorizado o trâmite processual em virtude do mandamento contido no Estatuto do Idoso (art. 71) a que a requerente faz jus por, atualmente, possuir 61 anos de idade.* (ver - doc. 01).

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.

h) Finalmente, sejam os requeridos condenados ao pagamento de honorários advocatícios, os quais deverão ser arbitrados com base no art. 20, e respectivos incisos, do CPC e demais consectários advindos da sucumbência."

Na decisão de f. 1088-1090, foi indeferido o pedido de justiça gratuita, razão pela qual a requerente providenciou o recolhimento das custas (f. 1265-1272).

O juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande determinou a remessa dos autos para a Comarca de Bandeirantes, em razão da competência absoluta (f. 1273-1277).

O pedido de tutela de urgência restou indeferido (f. 1290-1292), oportunidade na qual foi determinada a intimação da autora para se manifestar sobre eventual decadência do direito pleiteado.

A autora manifestou-se à f. 1294-1303.

Sobreveio decisão interlocutória de f. 1307, com a ratificação do indeferimento da tutela de urgência, bem como restou consignado que o deferimento do processamento do pedido não prejudica futura análise sobre a decadência, analisada em momento oportuno.

Espólio de R. A. C. e de S. M. B. F. apresentaram contestação (f. 1567-1585 e 1631-1642).

Impugnação à contestação (f. 1690-1703).

Foi juntado laudo pericial à f. 1705-1834.

Determinou-se à f. 1835, a intimação das partes para esclarecerem as alegações, indicarem provas e formularem questões de direito que entenderem relevantes, tendo as partes apresentado manifestação à f. 1838-1839, 1840-1846 e 1847-1851.

Sobreveio a sentença recorrida, na qual o magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos e determinou a extinção do feito em razão da decadência.

- Da decadência.

Na sentença, o magistrado *a quo* reconheceu o decurso do prazo decadencial de 2 (dois) anos em relação ao direito pleiteado na inicial.

Confira-se:

"Lado outro, também faz-se oportuno registrar que o Código Civil, em seu art. 1.649, estabelece o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contado do término da sociedade conjugal, para o cônjuge ou companheiro pleitear a anulação do ato praticado sem a sua autorização. Leia-se:

"Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear- he a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal."

Ao ser instada a se manifestar sobre a decadência do direito pleiteado na exordial, a parte autora argumentou, em manifestação de f. 1294-1303, que o termo inicial da contagem do prazo ainda não ocorreu, sob o argumento de que não houve o término da sociedade conjugal, uma vez que a Ação de Reconhecimento e de Dissolução de União Estável (Autos nº 0809687-38.2012.8.12.0001) encontra-se em andamento (pendente de sentença).

Sucede que, ao examinar o andamento dos Autos nº 0809687-38.2012.8.12.0001, verifica-se que o termo final da união estável existente entre a parte autora e o Sr. W.P. é matéria incontroversa, tendo inclusive manifestação judicial neste sentido, como facilmente se percebe do exame do seguinte trecho de decisão judicial:

(...)"

Como visto, a questão comporta a análise do artigo 179, do Código Civil.

Confira-se:

> *"Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato".*

Silvio de Salvo Venosa[3], ao comentar o art. 179 do Código Civil, discorre que:

> *"Há outras situações de anulabilidade além daquelas expressas neste capítulo, nas quais a lei não explicita prazo decadencial. Nesse caso, o prazo será de dois anos. Veja a situação do art. 496, por exemplo, que trata da anulabilidade da venda de ascendente a descendente. O prazo decadencial nessa situação será de dois anos a contar da conclusão do negócio"*

Portanto, é de dois anos o prazo decadencial para a anulação da venda de imóvel em condomínio entre ex-companheiros.

Estabelecido o prazo, necessário avaliar o seu termo inicial. Para tanto, fazem-se necessários alguns esclarecimentos.

No caso, a requerente demonstrou o "termo de acordo" (f. 43-44) firmado com W. P. em 03.11.2009, no qual *"resolveram manter todos os bens em condomínio cabendo a cada parte 50C% do bem."*

Confira-se:

> *"(...) Cláusula Primeira:*
>
> *Que as partes supracitadas são legítimos proprietários dos seguintes bens:*
>
> *1. (01) Um imóvel localizado na Rua Sete de Setembro nº xxx, apto xxx, Bairro J. dos E., Campo Grande-MS. Que o referido imóvel teve 50% (cinquenta por cento) de seu valor financiado pela Caixa Econômica Federal e os 50% (cinquenta por cento) restante foram pagos à vista pelo Sr. W.P. No ato da assinatura do contrato de compra e venda junto a CEF.*
>
> *2. 50% de um imóvel comercial, (A. P. Z.), locado ao Sr. R. R., localizado no Município de Bandeirantes, no km xxx da rodovia 163, que liga Campo Grande a Cuiabá.*
>
> *Cláusula Segunda:*
>
> *Que as partes resolvem manter todos os bens em condomínio cabendo a cada parte 50% do bem."*

Não há provas de que referido termo de acordo, restou averbado na matrícula dos imóveis (f. 1182-1252), em desconformidade com o art. 10[4], do Código Civil, o que afasta a aplicação do art. 504[5], do Código Civil, que prevê o prazo decadencial quando instituído condomínio de coisa indivisível.

A requerente também demonstrou que o imóvel onde está localizado o P. Z. (lotes de 1 a 20, da quadra 13, do loteamento Bairro P. - Jaraguari), foi alienado em 27.02.2012, conforme escritura pública de compra e venda (f. 28-32).

---

3 VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.417.

4 Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:
I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;
II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;

5 Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Confira-se trecho:

> *"(...) Saibam quantos a presente escritura pública de compra e venda bastante virem, que aos vinte e sete (27) dias do mês de fevereiro do ano dois mil e doze (27.02.2012), nesta cidade de Campo Grande, Capital do Estado de Mato Grosso do Sul, neste Oitavo Serviço Notarial, sito à rua Cândido Mariano, nº 1.797, perante mim 8º tabelião, compareceram partes entre si, justas e contratadas a saber: de um lado, como outorgante vendedor: W. P., brasileiro, separado judicialmente, pecuarista, portador da CI, RG nº xx.xxx.xxx-SP e inscrito no CPF nº xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliado na Avenida I. B., nº xxxx, J. M., xxxxxxxxx-SP; e,de outro lado, como outorgado comprador: R. A. C., brasileiro, divorciado, pecuarista, portador da CI. RG. nº xxx.xxx-MS e inscrito no CPF. nº xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliado nesta Capital, na rua U. nº xxx, A da A. P.: os presentes reconhecidos como sendo os próprios de que trato, de cuja identidade e capacidade jurídica dou fé. Então, pelo outorgante referido, me foi dito que a justo título, é senhor e legítimo possuidor dos lotes de terrenos determinados sob os nºs. 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 da quadra nº 13 situados no loteamento denominado B. P., no Município de Jaraguari – MS, assim descritos e caracterizados: Lote de terreno urbano determinado nº 01, da quadra nº 13, situado no loteamento B. P., no Município de Jaraguari – MS, com a área de 600 m² (seiscentos metros quadrados), medindo 15m de frente por 40m da frente aos fundos. Limitando-se: norte, com a rua 15 de novembro, ao sul com o lote 11, ao Nascente, com o lote 02 e ao Poente, com a rua 13 de (...)"*

Em razão disso, a autora-apelante C.D. sustenta a inaplicabilidade do prazo decadencial de dois anos à hipótese dos autos, por estar pendente ação de Dissolução de União Estável (nº 0809687-38.2012.8.12.0001) com o requerido W. P.

Ocorre que, como bem observado na sentença, a dissolução da união estável ocorreu em junho de 2005, o que é incontroverso entre as partes (f. 1855).

Na inicial daquele Feito (nº 0809687-38.2012.8.12.0001), a autora afirma que *"o fim da convivência more uxório ocorreu no ano de 2005 (junho)"* (f. 04), e, na contestação, o requerido apontou que *"não pairando dúvidas de que o período da união estável foi de janeiro/1990 até junho/2005"* (f. 431).

Desse modo, não procede o argumento da recorrente de que não teve início o prazo decadencial.

Contudo, não obstante considerado na sentença como termo inicial do prazo decadencial a data da celebração do contrato de compra e venda (fevereiro/2012), com fulcro no art. 179, do Código Civil, verifica-se que a requerente teve ciência do negócio em março de 2012, conforme afirmação constante da inicial do pedido de dissolução de união estável (f. 58-59).

Confira-se (f. 6-7 da Ação nº 0809687-38.2012.8.12.0001):

> *"(...) Porém, agora, no corrente, precisamente no mês de março de 2012 a requerente não recebeu os R$ 3.000,00 (três mil reais) do Sr. R. S. R., como era de costume conforme já esclarecido, e o procurou para saber o que estava ocorrendo. Foi quando descobriu que o requerido alienou tudo, os terrenos e as construções do Posto/Churrascaria para o Sr. R. A. C. Verificou os documentos de registro dos imóveis nos respectivos Cartórios e constatou que, efetivamente, tudo foi alienado a terceiro. Somente o fundo de comércio não foi alienado, porque já havia sido alienado, mas a construção dos estabelecimentos comerciais foi alienada juntamente com os terrenos."*

Tanto é assim que, na referida demanda, ajuizada em junho de 2012, a requerente formulou o mesmo pedido pretendido no presente feito, qual seja, *"anulação do negócio jurídico de compra e venda celebrado entre o requerido e o terceiro, eis que o patrimônio alienado é de propriedade da requerente e a transação foi realizada sem seu consentimento/ciência;"* (f. 71).

Referido feito foi sentenciado em 23.08.2019 (f. 1955-1978), com relação aos lotes de terreno objeto da presente demanda, nos seguintes termos:

> *"(...) No tocante aos lotes de terreno adquiridos no entorno do Posto/Churrascaria "Z.", a autora arrolou na petição inicial 62 lotes de terreno adquiridos pelas partes durante a união estável, localizados no entorno do imóvel comercial de matricula nº 6.123, localizado em Jaraguari/MS, onde foram construídos o Posto/Churrascaria "Z." (f.10-12). Afirmou, ainda, em impugnação à contestação que os imóveis possuíam baixo valor por encontrarem-se fora da área urbana e que possuía economias para adquirir tais bens com o requerido.*
>
> *O requerido, por sua vez valeu-se da alegação de sub-rogação do produto da venda das fazendas na aquisição destes imóveis.*
>
> *Conforme disposto na fundamentação acima, não se mostra razoável que a aquisição de todo o patrimônio em nome do requerido, no decorrer de vários anos, embora plausível tocante ao bem inicial, tenha ocorrido sempre com a alegada sub-rogação. Pois ante à presunção de esforço comum na aquisição onerosa de bens durante a união estável, a comprovação da sub-rogação restou limitada ao imóvel comercial de matrícula nº 6.123, localizado em Jaraguari/MS, face à compatibilidade da utilização dos valores auferidos na venda das fazendas do requerido, tendo em vista o elevado preço do imóvel comercial.*
>
> *Por outro lado, também destacou-se que a partir do momento em que o empreendimento Posto/Churrascaria "Z." foi inaugurado, as partes experimentaram um intenso aumento na fortuna conjugal, decorrente do sucesso das empresas, passando a ocorrer um acréscimo patrimonial tornando dificultoso separar qual valor eventualmente remanescia nas contas bancárias do requerido fruto da alegada sub-rogação dos seus bens anteriores, e qual valor se referia ao acréscimo patrimonial que estava experimentando em conjunto com sua companheira, lembrando que inegável que ambos trabalhavam no posto. Mais dificultoso ainda, ressalte-se, porque as partes optaram pela costumeira informalidade, não registrando a alegada sub-rogação por ocasião da compra dos imóveis.*
>
> *Assim, comunica-se entre os companheiros o patrimônio adquirido posteriormente ao início da atividade empresária, nos termos já explicitados anteriormente.*
>
> *Nessa senda, quanto aos 62 lotes de terreno, observa-se que as partes encontravam-se vivendo em união estável desde outubro/1987 e não há dentre estes lotes, qualquer imóvel que tenha sido comprado antes do início da união, pois em detalhada análise dos documentos, observa-se que os bens foram adquiridos de 1990 até 1997 (matrículas de f. 185-314).*
>
> *Nesse contexto, a autora afirmou que possuía economias e auxiliou o requerido na aquisição destes imóveis, pois eram desvalorizados por localizarem-se fora da cidade de Jaraguari/MS (f. 527). Destaca-se, ainda, que o requerido em seu depoimento pessoal não menciona a aquisição dos terrenos com a utilização do dinheiro da venda das fazendas, afirmando apenas que montou o posto com tais valores frutos da alegada sub-rogação.*
>
> *Inclusive, mesmo a alienação de semoventes demonstrada pelo requerido, ocorreu entre os anos de 1988 a 1990 (f. 505-518), durante a união estável e tendo sido o produto da alienação incorporado à economia do casal, nos termos do art.1.660, V, do Código Civil, não há que se falar em sub-rogação.*
>
> *Portanto, os lotes de terreno adquiridos no entorno do Posto/Churrascaria "Z." devem ser partilhados.*
>
> *(...)*
>
> *Diante do exposto, com resolução do mérito (art. 487, I do CPC/2015), julgo parcialmente procedente o pedido da presente ação, para declarar a união estável entre a autora C.D. e o requerido V.P. no período compreendido entre outubro/1987 e junho/2005, partilhando bens adquiridos na constância da união da seguinte forma:*

a) o apartamento matriculado sob o nº 147.252 do 1º CRI de Campo Grande/MS, ficará para a autora;

b) o requerido deverá pagar à autora o valor de R$ 252.979,00, referente à meação da autora dos demais imóveis adquiridos em nome do requerido durante a união e alienados unilateralmente em 2012, nos termos da fundamentação acima.

Outrossim, julgo improcedentes os pedidos de alimentos e indenização por danos morais. Reconheço, ainda, a sub-rogação de bens particulares do requerido na aquisição do imóvel comercial matriculado sob o nº 6.123 do Registro de Imóveis da Comarca de Bandeirantes/MS."

Em relação aquele julgado, as partes interpuseram recursos de apelação objetivando a reforma da sentença, estando, atualmente, no aguardo do prazo para apresentação de contrarrazões (f. 964 dos Autos nº 0809687-38.2012.8.12.0001).

Apenas a título de esclarecimento, constata-se que a venda dos imóveis objeto de anulação foi registrada nas matrículas imobiliárias colacionadas à f. 1182-1252, em março de 2012, em observância art. 1.227[6], do Código Civil, conforme: R. 04/9.978 (f. 1205); R. 04/9.980 (f. 1221); R. 04/9.981 (f. 1223); R. 04/9.982 (f. 1225); R. 04/9.983 (f. 1227); R. 04/9.984 (f. 1229); R. 04/985 (f. 1231); R. 04/9.986 (f. 1233); R. 04/9.987 (f. 1235); R. 04/9.988 (f. 1237); R. 04/9.989 (f. 1239); R. 04/9.990 (f. 1241); R. 04/9.991 (f. 1243); R. 04/9.992 (f. 1245); R. 04/9.993 (f. 1247); R. 04/9.994 (f. 1249); R. 4/9.995 (f. 1251); R. 04/9.996 (f. 1253); e R. 04/9.997 (f. 1182), tornando-se oponível a terceiros (art. 1.245[7], do CC).

Sobre o termo inicial da data do conhecimento do dano, assim já se decidiu no STJ:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO PAULIANA – ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO – CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – DECADÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR – EFETIVA CIÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO QUE PRETENDE ANULAR – ART. 489, § 1º, III, DO CPC/2015 – FUNDAMENTAÇÃO ROBUSTA – MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 7 DO STJ – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não há que se falar em violação ao art. 489, § 1º, III, do CPC/2015, haja vista que a decisão deste relator ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. 2. ***O termo inicial do prazo decadencial para terceiro/credor ajuizar ação objetivando a anulação de cessão de direitos hereditários deve coincidir com o momento em que este teve ou podia ter ciência inequívoca da existência de contrato a ser invalidado.*** *Precedentes. 3. O acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno não provido."* (AgInt nos EDcl no AREsp 1190491/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018) *destaquei

Importante destacar que, diferentemente dos prazos prescricionais, os decadenciais não estão sujeitos à suspensão ou interrupção[8].

Desse modo, considerando o ajuizamento desta ação em 16.09.2015, ou seja, após decorrido o prazo de 2 (dois) anos da data da ciência da autora da celebração do negócio jurídico (março/2012), a qual coincide com o registro da venda dos imóveis descritos nos autos, o reconhecimento da decadência é medida que se impõe.

6 Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

7 Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
§ 1 o Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
§ 2 o Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

8 Código Civil: Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Logo, não comporta reforma a sentença recorrida.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por C.D.

Em razão da necessidade de atuação na esfera recursal, majoro os honorários advocatícios fixados em favor do advogado dos requeridos para 11% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no § 11 do art. 85, do CPC[9], restando suspensa a exigibilidade em face de o requerido ser beneficiário da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição) e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 9 de outubro de 2019.

***

9 "§ 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".

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação nº 0819538-28.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN – SOCIEDADE SIMPLES DE MÉDICOS CONSTITUÍDA SOB A FORMA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – PRETENSÃO AO BENEFÍCIO DA TRIBUTAÇÃO FIXA, NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 9º DO DECRETO-LEI Nº 406/1968 – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS – NÃO PREENCHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS AUTORIZADORES DO GOZO DA TRIBUTAÇÃO FIXA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA EM REMESSA NECESSÁRIA.

A 1ª Seção Cível do STJ já firmou entendimento no sentido de que o benefício da alíquota diferenciada do ISSQN somente pode ser concedido às sociedades simples com responsabilidade pessoal do sócio, hipótese diversa dos autos, em que os sócios da requerente não respondem subsidiariamente pelas obrigações sociais, conforme § 1º da cláusula 5ª do contrato social, razão pela qual não faz jus à tributação fixa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso e reformaram a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Campo Grande e remessa necessária da sentença proferida pelo Juiz Marcelo Andrade Campos Silva da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, no mandado de segurança impetrado por Centro da Visão de MS S/S - Epp, concedeu a ordem e confirmou a antecipação de tutela.

Em razões recursais (f. 157-159), alega que "*o simples fato de ser a sociedade formada apenas por profissionais que tenham idêntica habilitação técnica, não significa que dita sociedade seja de natureza simples, podendo muito bem ser de caráter empresarial*".

Afirma que:

> *"(...) o caráter empresarial, é visto no próprio objeto da empresa e demais elementos de empresa numa análise do contrato social anexo as f. 13-23" (...) "E mais ainda, nas Cláusula 10ª e 11ª, se vê claramente que há a distribuição de lucros entre seus sócios".*

Requer:

"(...) seja o presente recurso recebido e dado provimento à apelação interposta pelo Município de Campo Grande/MS, para reformar a decisão combatida nos capítulos impugnados:

a) para reformar a sentença a fim de constar que seja recolhido o ISSQN na forma trazida pelo fisco municipal (pelo faturamento), vez que, não há permissivo na lei e jurisprudência pátria que dê a apelada com caráter empresarial e característica de limitada, o tratamento diferenciado disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, sendo assim, não há falar em cobrança indevida, restituição de indébito, dando provimento ao recurso interposto.

b) caso não seja o entendimento supra deste Tribunal, dê provimento ao recurso e, aprecie o mérito quanto ao pedido de deduzir do montante a ser restituído, o valor devido ao fisco por alíquota fixa, cuja correção e juros moratórios deverão obedecer ao marco previsto na decisão do STF, por ocasião do julgamento da ADI 4357;

c) a conversão do ônus de sucumbência.

d) os honorários de sucumbência recursal (§ 11 do art. 85, CPC)."

Intimada, a apelada não apresentou contrarrazões (f. 172).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 183-193).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Campo Grande e remessa necessária da sentença proferida em 29/1/2018 pelo Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, no mandado de segurança impetrado por Centro da Visão de MS S/S - Epp, concedeu a ordem e confirmou a antecipação de tutela.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 95-102):

"(...) Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem confirmar a tutela de urgência, resolvendo o feito no mérito para julgar procedente o pedido contido na inicial, para os fins de conceder a segurança pleiteada, determinando que o Município de Campo Grande efetue o recolhimento do ISSQN, devido pela impetrante, mediante alíquota fixa, calculada em relação a cada profissional médico habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, na forma do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68.

Sem custas processuais, por serem isentos os impetrados.

Sem condenação em honorários advocatícios, conforme Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

Encaminhe-se cópia, por ofício e sob registro postal, à autoridade coatora (art. 13, da lei 12.016/2009).

Certificado o decurso de prazo para apelação, remetam-se os autos ao E. TJ-MS para o reexame da sentença (artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09).

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se."

Em razões recursais (f. 157-159), alega que "*o simples fato de ser a sociedade formada apenas por profissionais que tenham idêntica habilitação técnica, não significa que dita sociedade seja de natureza simples, podendo muito bem ser de caráter empresarial*".

Afirma que:

> *"(...) o caráter empresarial, é visto no próprio objeto da empresa e demais elementos de empresa numa análise do contrato social anexo as f. 13-23" (...) "E mais ainda, nas Cláusula 10ª e 11ª, se vê claramente que há a distribuição de lucros entre seus sócios".*

Requer:

> *"(...) seja o presente recurso recebido e dado provimento à Apelação interposta pelo Município de Campo Grande/MS, para reformar a decisão combatida nos capítulos impugnados:*
>
> *a) para reformar a sentença a fim de constar que seja recolhido o ISSQN na forma trazida pelo fisco municipal (pelo faturamento), vez que, não há permissivo na lei e jurisprudência pátria que dê a apelada com caráter empresarial e característica de limitada, o tratamento diferenciado disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, sendo assim, não há falar em cobrança indevida, restituição de indébito, dando provimento ao recurso interposto.*
>
> *b) caso não seja o entendimento supra deste Tribunal, dê provimento ao recurso e, aprecie o mérito quanto ao pedido de deduzir do montante a ser restituído, o valor devido ao fisco por alíquota fixa, cuja correção e juros moratórios deverão obedecer ao marco previsto na decisão do STF, por ocasião do julgamento da ADI 4357;*
>
> *c) a conversão do ônus de sucumbência.*
>
> *d) os honorários de sucumbência recursal (§ 11 do art. 85, CPC)."*

Intimada, a apelada não apresentou contrarrazões (f. 172).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 183-193).

Breve relato dos fatos.

A autora alega que se trata de uma sociedade simples, uniprofissional, formada exclusivamente por médicos, sem caráter empresarial, cujo objeto social é a prestação de serviços médicos em consultório, e que, desde sua constituição, é obrigada a recolher ISSQN, com alíquota de 5%, sobre o seu faturamento mensal bruto, já descontado ao emitir nota fiscal.

Aduz que o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/683 estabelece que as sociedades uniprofissionais estão sujeitas ao ISSQN, com alíquota fixa, calculada em relação a cada profissional habilitado que trabalhe na sociedade.

Requer a tutela de urgência para suspensão da cobrança do tributo sobre o faturamento mensal bruto da sociedade e a concessão da segurança para que o recolhimento do tributo ocorra com aplicação de alíquota fixa sobre o número de profissionais habilitados, sócios, empregados ou não, que prestem serviço em nome da sociedade.

A tutela provisória foi deferida (f. 50-51).

O Município de Campo Grande prestou informações apontando a ausência de direito líquido e certo e da ilegalidade ser corrigida, eis que o contrato social da impetrante demonstra que sua atividade se enquadra como atividades médico-hospitalares descritas no item 2 da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68, que não se beneficia da tributação privilegiada, disciplinada pelo § 3º do art. 9º do referido diploma.

Sustentou que a impetrante não é simplesmente uma sociedade de médicos, possuindo, na prática, natureza jurídica de sociedade empresária, eis que é empresa de grande porte, que admite mais de 17

profissionais da área médica e conta com ampla estrutura, incluindo outros profissionais de apoio à consecução do objeto social.

O Ministério Público Estadual proferiu parecer pela concessão da ordem.

Sobreveio a sentença de procedência objeto do recurso.

Pois bem.

A questão controvertida diz respeito ao direto da autora/apelada ao cálculo diferenciado do ISSQN previsto no § 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68.

Os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68 expressamente dispõem acerca da base de cálculo do ISSQN no caso de os serviços médicos serem prestados por sociedade uniprofissional.

Confira-se:

> *"Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço:*
>
> *§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3° Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1°, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável. (Redação dada pela Lei complementar nº 56, de 15.12.1987)"*
>
> *Lista de serviços*
>
> *1. Médicos, inclusive análises clínicas, eletricidade médica, radioterapia, ultra-sonografia, radiologia, tomografia e congêneres;"*

Quanto ao tratamento privilegiado previsto nos §§ 1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68, a Primeira Seção do STJ pacificou entendimento no sentido de que somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial.

Confira-se a ementa do julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ – ISS – TRATAMENTO PRIVILEGIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68 – DISCUSSÃO ACERCA DO ENQUADRAMENTO COMO SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO – ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. A orientação da Primeira Seção/STJ pacificou-se no sentido de que o tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial.*
>
> *2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).*
>
> *3. Agravo interno não provido."* (AgInt no AREsp 860.593/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016)

Também firmou entendimento no sentido de que as sociedade constituídas sob a forma de responsabilidade limitada, justamente por excluir a responsabilidade pessoal dos sócios, não atendem ao disposto no art. 9º, § 3º do Decreto lei nº 406/68, razão porque não fazem jus à tributação privilegiada do ISS.

Confira-se a ementa do julgado:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ISSQN – SOCIEDADE POR COTA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – RECOLHIMENTO POR VALOR FIXO – ART. 9o., § 3o – DECRETO-LEI 406/68 – DESCABIMENTO – PRECEDENTES – SOCIEDADE ORGANIZADA SOB A FORMA EMPRESARIAL – AGRAVO REGIMENTAL DA EMPRESA CONTRIBUINTE AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Segundo a jurisprudência firmada no âmbito da 1º Seção do STJ, o tratamento diferenciado dispensado às sociedades profissionais, nos moldes do art. 9o. do Decreto-Lei 406/68, não foi revogado pela Lei Complementar 116/03* (REsp. 919.067/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 9.8.2011).
>
> *2. Firmou-se a orientação da 1a. Seção desta Corte Superior de que as sociedades constituídas sob a forma de responsabilidade limitada, justamente por excluir a responsabilidade pessoal dos sócios, não atendem ao disposto no art. 9o., § 3o. do DL 406/68, razão por que não fazem jus à postulada tributação privilegiada do ISS* (AgRg nos EREsp. 1.182.817/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 29.8.2012).
>
> *3. Agravo Regimental da empresa contribuinte ao qual se nega provimento."* (AgRg no AREsp 155.844/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 31/03/2016)

Na espécie, possível extrair do contrato social de f. 15-27, que a apelante foi constituída como sociedade simples, formada por treze sócios-médicos, tendo por objeto social *"as atividades de atendimento médico-hospitalar, de atenção ambulatorial e de serviços de complementação diagnostica e terapêutica na párea da oftalmologia"* (cláusula 2ª - f. 18).

Conquanto tenha sido constituída na forma de sociedade simples, restou estipulado na cláusula 6º, do contrato social, que "*Os bens particulares dos sócios não poderão ser executados pelas dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. Os sócios respondem, solidariamente, pelas obrigações sociais"*, de modo que a sua responsabilidade é limitada.

Confira-se (f. 20):

> *"(...) Cláusula 6ª. Os bens particulares dos sócios não poderão ser executados pelas dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. Os sócios respondem, solidariamente, pelas obrigações sociais."*

Evidente, portanto, que não havendo responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações da sociedade, porquanto limitada ao valor de suas cotas, a apelada não faz jus ao tratamento privilegiado do ISSQN, nos termos do § 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68.

No mesmo sentido, pacífica a jurisprudência deste Tribunal:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISSQN – TRIBUTAÇÃO – ART. 9º, § 3º, DEC-LEI 406/68 – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL SIMPLES – SOCIEDADE DE MÉDICOS – DEMONSTRAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PESSOAL EM NOME PRÓPRIO – SEM INTUITO EMPRESARIAL – TUTELA DE URGÊNCIA – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I -Tratando-se de sociedade composta por pessoas com a mesma habilitação profissional, caracterizando-se, pois, como uma sociedade uniprofissional de médicos, notadamente em razão da natureza da atividade profissional*

desenvolvida, que induz a responsabilidade individual de cada prestador de serviço, faz jus ao tratamento privilegiado do ISS, nos termos do artigo 9º, § 3º, do DL nº 406/68." (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1403997-06.2017.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 16/05/2017, p: 23/05/2017)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISSQN – TRIBUTAÇÃO – ART. 9º, § 3º, DEC-LEI 406/68 – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL SIMPLES – SOCIEDADE DE MÉDICO-HOSPITALAR – RESPONSABILIDADE PESSOAL EM NOME PRÓPRIO – NÃO CARACTERIZADA – INTUITO EMPRESARIAL – TUTELA DE URGÊNCIA – REQUISITOS AUSENTES – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Para que as sociedades uniprofissionais tenham direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, os serviços devem ser em caráter personalíssimo e prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem intuito empresarial". (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1403901-88.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 31/05/2017, p: 31/05/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – RECURSO OBRIGATÓRIO CONHECIDO DE OFÍCIO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CC REPETIÇÃO DE INDÉBITO – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) – SOCIEDADE DE ADVOGADOS – TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA – DECRETO-LEI N. 406/68, ARTIGO 9º, § 3º – NORMA NÃO REVOGADA – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68 – NÃO OCORRÊNCIA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DO TRIBUTO – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA CONFORME ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97 – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. A dispensa do reexame necessário pressupõe sentença condenatória que expresse valor certo inferior a, no mínimo, cem salários mínimos, ou que o direito controvertido tenha valor econômico de igual patamar. Se o proveito econômico não é líquido e a matéria deduzida comporta reexame obrigatório, e o juiz apenas envia os autos pelo recurso voluntário, cabe ao tribunal conhecê-lo de ofício. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "as sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial" (STJ, EREsp nº 86.286 J: 29/09/2010). Demonstrado, no caso concreto, que a sociedade de advogados não possui caráter empresarial e que está prevista a responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações da sociedade, mantém-se a sentença que concedeu à apelada o direito ao cálculo diferenciado do ISS. Comprovado, mediante notas fiscais, o pagamento do tributo com a alíquota diversa daquela estipulada na sentença, deve ser restituído o valor, em sua modalidade simples. Os juros e correção monetária em débitos atinentes à Fazenda Pública devem obedecer ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 até que seja solucionada a questão da modulação temporal dos efeitos das ADI's 4357 e 4425. Recurso obrigatório conhecido de ofício e desprovido. Recurso voluntário conhecido e desprovido." (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0046974-73.2009.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 24/01/2017, p: 26/01/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA TRIBUTÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) – SOCIEDADE DE MÉDICOS – TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA – DECRETO LEI Nº 406/68, ARTIGO 9º, § 3º – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – SOCIEDADE SIMPLES – HONORÁRIOS – RECURSO IMPROVIDO. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial. O fato de profissionais liberais se associarem

não lhes aumenta a capacidade contributiva, nem retira a natureza pessoal dos serviços por eles prestados, não restando outra conclusão senão a de que a sociedade apelada não tem natureza empresarial e possui direito à tributação fixa anual. Considerado o local de prestação do serviço, a natureza e o valor da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo de trâmite da ação, vislumbro que razoável a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, não havendo o que se falar em minoração referente ao quantum arbitrado. Honorários recursais fixados em 5% sobre o valor da causa." (TJMS. Apelação nº 0807581-98.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 25/10/2016, p: 26/10/2016)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO NO EXAME SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA RECORRENTE – EXAME QUE POSSIBILITA A REFORMA DO ACÓRDÃO EMBARGADO – ACOLHIMENTO COM EFEITOS INFRINGENTES – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO FISCAL – SOCIEDADE DE MÉDICOS – SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO, RECONHECENDO O DIREITO AO CÁLCULO DIFERENCIADO DO ISSQN COM BASE NO ARTIGO 9º § 3º DO DECRETO-LEI 406/68 – SENTENÇA MANTIDA – CARÁTER PERSONALÍSSIMO DA ATIVIDADE QUE AUTORIZA O BENEFÍCIO DA TRIBUTAÇÃO FIXA DO ISS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Composta a sociedade exclusivamente por médicos que prestam serviços em caráter individual e com responsabilidade profissional pessoal, resta afastada a natureza empresarial e, por consequência, autorizada a incidência da base de cálculo diferenciada, prevista no artigo 9º, § 1º e § 3º, do Decreto-Lei nº 406/1998. Precedentes STJ e STF. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para reformar o acórdão embargado, negar provimento ao recurso originário, interposto pelo Município e manter a r. sentença objurgada." (TJMS. Embargos de Declaração nº 0039853-23.2011.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 27/01/2016, p: 11/02/2016)

Nesse sentido, também, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 192):

"(...) A nosso juízo, portanto, a apelante não faz jus ao privilégio estatuído no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, pois não se trata de sociedade uniprofissional, e sim de sociedade empresarial, inexistindo direito líquido e certo a amparar sua pretensão.

Ex positis, manifesta-se esta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso e da remessa necessária, para o fim de denegar a segurança."

Dispositivo

Posto isso, dou provimento ao recurso de apelação interposto por Município de Campo Grande para denegar a ordem pretendida.

Sentença reformada em remessa necessária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso e reformaram a sentença, 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, 6 de novembro de 2019.

***

1ª Seção Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
(Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo em substituição legal)
Ação Rescisória nº 1411679-12.2017.8.12.0000 – Aquidauana

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – PRETENSÃO DE RESCISÃO DE SENTENÇA QUE RECONHECEU A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE A TIA DA AUTORA E SEU COMPANHEIRO – AÇÃO DE ESTADO DA PESSOA – DIREITO PERSONALÍSSIMO – INTRANSMISSIBILIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

O interesse a justificar a inclusão da autora no polo ativo da relação processual haveria de ser jurídico, não se consubstanciando, enfim, naquele de índole meramente econômica, consoante se vislumbra na espécie.

Isso porque, a interesse relativo à existência, ou não, de união estável (*ação de estado*), na espécie, era titularizado apenas pela tia da autora (já falecida), tratando-se, pois, de direito personalíssimo, que não admite sucessão (art. 11, CC/02).

Ação rescisória extinta sem resolução do mérito.

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 extinta a ação, sem resolução de mérito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de outubro 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 ação rescisória proposta por E. D. O. contra contra espólio de H. da F. S. e A. da F. S., este último inventariante daquele e irmão do inventariado, pretendendo a rescisão da sentença proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana-MS, proferida nos autos da Ação de Reconhecimento de União Estável *Post Mortem* nº 0802739-97.2014.8.12.0005, que reconheceu a união estável entre e N. V. D. (tia da autora), no período de 1980 à 10/10/2014 (f. 32), sob o fundamento de que a sentença transitada em julgado "*violou manifestamente norma jurídica, incluindo uma norma constitucional*" (art. 966, inc. V), estando, além disso, a decisão impugnada "*fundada em erro*" (art. 966, inc. VIII, CPC/15).

Sustenta, em síntese, a autora que possui legitimidade ativa por ser herdeira e possuir interesses sucessórios relativamente ao patrimônio deixado por sua tia N. V. D., sendo, portanto, "*terceira juridicamente interessada*" (f. 02).

Além disso, aduz ter havido violação ao contraditório e ao devido processo legal, além de ter o juiz aplicado a revelia de sua tia (N. V. D.) fundado em erro, em razão dos seguintes fatos:

O Juiz, ao proferir a sentença afirmou que:

> *"(...) a senhora E. D. R., irmã da requerida, embora devidamente citada não apresentou contestação, confirmando que pela ausência de sua apresentação não houve resistência por parte da mesma. Porém, não é o que ocorreu, pois, os autos foram sim contestados" (f. 03), já que, "no dia 06 de outubro de 2015, a senhora E. D. R., tia da autora da apresente ação, [...] apresentou manifestação nos autos em discussão, onde o advogado da mesma informou que aquela era uma senhora de idade e portadoras de problema de saúde, causas que dificultavam sua locomoção" (f. 03);*

O juiz: *"não deu oportunidade a mesma* (sic) *de apelar de sua decisão, pois após proferir a sentença em audiência, não ordenou a citação da parte requerida para apresentar recurso, e ante a ausência de intimação, os autos transitaram em julgado em 19 de agosto de 2016.*" (f. 04);

A falta de citação da co-herdeira N. V. D., irmã da inventariada N. V. D., também configuraria nulidade do processo, já que, na oportunidade em que se tentou a sua citação, esta *"já havia falecido (29.12.2014), o que pode ser confirmado pela Certidão do Oficial de Justiça juntada aos autos, onde dona E. informa a morte de sua irmã"* (f. 04);

Requereu, assim, a procedência do pedido para:

> *"(...) a) "decretação da anulação da r. sentença, pois violou manifestamente norma jurídica e foi fundada em erro que considerou inexistente fato efetivamente ocorrido" (f. 11) ou, alternativamente, b) a "anulação da r. decisão por ser fundada em ato simulado com o intuito de obter vantagens próprias e indevidas"* (f. 12) – f. 01-13.

Contestação, sustentou:

> *"(...) a) em preliminar, a falta de interesse processual e a ilegitimidade ativa da autora, pois, "sendo a reclamante herdeira colateral, não faz jus a legitimidade ativa na presente rescisória" (f. 82), na medida em que "a de cujus N. não possuía descentes nem ascendentes vivos, tendo assim H. o direito a plenitude do patrimônio de sua companheira" (f. 81), razão pela qual "por estar a requerente na linha sucessória num plano afastado, não possui assim o interesse de agir"* (f. 81).

No mérito, aduziu que: *b*) que não houve vício de citação na Ação de Reconhecimento de União Estável *Post Mortem* nº 0802739-97.2014.8.12.0005, pois *"a inventariante era legalmente representada nos respectivos autos, conforme procuração em anexo, outorgando poderes para seu procurador representá-la em juízo, sendo que o mesmo fora regularmente intimado para comparecer na audiência de instrução e julgamento, o que não o fez"* (f. 84); *c*) que não houve vício na intimação para a audiência de instrução e julgamento, pois *"a audiência da qual E. não compareceu, mesmo citada, fora realizada em 06 de julho de 2016, não tendo nenhum laudo médico fidedigno que comprovasse a situação de acamada referida"* (f. 85), e *d*) quanto ao mérito de ação de reconhecimento de união estável, *"as diversas testemunhas comprovaram cabalmente que viviam H. e N. como um verdadeiro casal, tendo respeito, companheirismo, afeto e cuidados mútuos"* (f. 87).

Assim, requereu seja julgada improcedente a presente ação (f. 79-88).

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça: manifestou pela não intervenção ministerial (f. 107-113).

Impugnação à contestação: em síntese, refutou os argumentos da ré e reiterou os argumentos da peça inicial (f. 117-120).

Manifestação da autora: informou que:

> *"(...) as provas que pretendia produzir foram apresentadas junto a inicial, conforme o rol de testemunhas lá arroladas (f. 13)", razão pela qual requereu, "sob pena de nulidade, a oitiva das testemunhas arroladas junto a inicial antes que se encerre a fase instrutória"* (f. 125).

Decisão do relator:

> *"(...) indeferiu o requerimento formulado pela autora às f. 125, para produção de prova testemunhal, tendo em vista que a instrução probatória já se encerrou, conforme decisão de f. 123, pois as partes, apesar de intimadas, não requereram a produção de outras provas senão aquelas já carreadas aos autos em momento oportuno, o que acarretou a preclusão do direito"* (f. 130).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Preliminar: ilegitimidade ativa e falta de interesse processual

A preliminar arguida pelo réu em contestação merece ser acolhida.

Explico.

O interesse a justificar a inclusão da autora no polo ativo da relação processual haveria de ser jurídico, não se consubstanciando, enfim, naquele de índole meramente econômica, consoante se vislumbra na espécie.

Isso porque, a interesse relativo à existência, ou não, de união estável (ação de estado), na espécie, era titularizado apenas pela tia da autora, N. V. D. (já falecida), tratando-se, pois, de direito personalíssimo, que não admite sucessão (art. 11, CC/02).

Nesse sentido, em diversas situações de direito personalíssimo, concluiu o Superior Tribunal de Justiça pela ausência de legitimidade/interesse processual do sucessor:

> *"PREVIDENCIÁRIO – REVISÃO DE BENEFÍCIO – LEGITIMIDADE DOS SUCESSORES – IMPOSSIBILIDADE – DIREITO PERSONALÍSSIMO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO – ART. 112 DA LEI 8.21/1991.*
>
> *1. O STJ firmou o entendimento de que os sucessores não têm legitimidade para requerer direito personalíssimo, não exercido pelo instituidor da pensão (renúncia e concessão de outro benefício), o que difere da possibilidade de os herdeiros pleitearem diferenças pecuniárias de benefício já concedido em vida ao instituidor da pensão (art. 112 da Lei 8.213/91). Precedente: REsp 1515929/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/05/2015.*
>
> *[...]*
>
> *3. Recurso Especial não conhecido."* (REsp 1.803.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2019)
>
> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO À SAÚDE – FALECIMENTO DA PARTE AUTORA – MULTA DIÁRIA – TRANSMISSIBILIDADE AOS HERDEIROS – CRÉDITO DE NATUREZA PATRIMONIAL, QUE NÃO APRESENTA O MESMO CARÁTER PERSONALÍSSIMO DA OBRIGAÇÃO DE FORNECER TRATAMENTO MÉDICO OU MEDICAMENTO – POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELOS SUCESSORES DA PARTE DEMANDANTE – AGRAVO INTERNO DO ENTE ESTADUAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *[...]*

4. Em relação ao pedido principal da ação - qual seja, a efetivação em espécie do direito personalíssimo à saúde -, não se admite a sucessão da parte demandante por seus herdeiros.

[...]

14. Agravo Interno do Ente Estadual a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 1.139.084/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 28/03/2019)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – COISA JULGADA – RELATIVIZAÇÃO – NOVO EXAME DE DNA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE – DIREITO PERSONALÍSSIMO.

[...]

3. A legitimidade ordinária ativa da ação negatória de paternidade compete exclusivamente ao pai registral por ser ação de estado, que protege direito personalíssimo e indisponível do genitor (art. 27 do ECA).

4. Na hipótese, importa ressaltar a natureza personalíssima da ação de paternidade, não cabendo aos sucessores dar início ao processo de impugnação da paternidade, sendo permitido apenas continuar a demanda na hipótese de falecimento do pai, mormente quando o interesse dos recorrentes não é jurídico, mas meramente patrimonial (art. 1.601, parágrafo único, do Código Civil).

5. Agravo interno não provido." (AgInt no AREsp 1.215.274/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 01/03/2019)

"PROCESSO CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – MORTE DO AUTOR – PEDIDO DE HABILITAÇÃO – AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO – ADEMAIS AÇÃO DE CUNHO PERSONALÍSSIMO – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 267, INC. IX, DO CPC.

O fato de ter o ora agravante assumido provisoriamente o Tabelionato, em razão do falecimento do titular não lhe enseja nenhum direito quanto à assunção definitiva do cargo, que há de ser preenchido mediante concurso público de remoção, inclusive já realizado, por força do v. aresto desta colenda Corte, o que redunda, afinal, na assertiva de que o agravante, de fato, não possui interesse jurídico na demanda.

Ademais, tratando a ação rescisória de direito personalíssimo, com a morte do autor outra possibilidade inexistiria, a não ser aquela de extinção do processo, sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, inc. IX, do Código de Processo Civil.

Agravo regimental desprovido." (AgRg na AR 845/RS, Rel. Min. Paulo Medina, Terceira Seção, DJ 30/06/2003, p. 126)

"PROCESSUAL CIVIL – DIREITO CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – HERDEIROS – LEGITIMIDADE.

[...]

4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal.

[...]

8. Recurso improvido." (REsp 324.886/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 03/09/2001, p. 159)

Na espécie, embora a ação de reconhecimento de união estável tenha sido proposta após a morte da convivente N. V. D., é certo que, para eventual rescisão da sentença que reconheceu a existência de vínculo conjugal entre esta e H. da F. S., a legitimidade, em tese, seria do espólio de N. V. D., ou, eventualmente,

de todos os herdeiros colaterais por representação da inventariada N. descritos nas primeiras declarações dos Autos do Inventário nº 0802870-72.2014.8.12.0005 (f. 75-83) – mas jamais apenas da autora, que é tão somente uma das(os) sobrinhas(os) de N. –, *verbis*:

> *"(...) Dos herdeiros colaterais:*
>
> *a) E. D. R., brasileira, viúva, aposentada, portadora do RG n. e do CPF n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliada à Av. G. N. C., xxx, Vila E., Campo Grande - MS, CEP, 70.100-xxx;*
>
> *b) N. D. A. (falecida) - filhos:*
>
> *b.1) J. D. A., portador do CPF sob o n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliado à rua B. T., x.xxx, B. T., Campo Grande-MS, CEP 79006-XXX;*
>
> *b.2) R.A., portador do CPF sob o n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliado à rua C. C., 538, B. C., Campo Grande - MS, CEP, 79.090-xxx;*
>
> *b.3) T. A. C., portadora do CPF n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliada à rua O. S., xx, B. P. R. U. I., Campo Grande - MS, CEP, 79.091-xxx;*
>
> c) J. V. D. (falecido) - filhos:
>
> c.1) M. D. A., *portadora do CPF n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliada à T. J., xxx, S., V. A., Anastácio - MS, CEP 79210-xxx;*
>
> *c.2) E. D. O., portadora do CPF sob n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliada à T. J., xxx, S., V. A., Anastácio - MS, CEP 79210-xxx;*
>
> c.3) N. dos R. D., *portador do CPF sob o n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliado à rua A., xxx, Bairro P. C., Campo Grande - MS, CEP 79096-xxx.*
>
> *d) M. V. D. (falecido) - filhos:*
>
> *d.1) A. S. D., brasileiro, solteiro, lavrador, inscrito no CPF n. xxx.xxx.xxx-xx, portador do RG n. xxx.xxx SSP/MS, residente e domiciliado na Chpacara São Sebastião - Anastácio - MS, CEP.: 79210-xxx;*
>
> *d.2) C. S. D., brasileiro, casado, porteiro, inscrito no CPF n. xxx.xxx.xxx-xx, portador da cédula de identidade RG n. xxx.xxx SSP/MS, casado com R. da S. M. D., brasileira, serviços gerais, residentes e domiciliados à rua A. C. P., xxx, A. M. do C., Campo Grande/MS - CEO 79103-xxx;*
>
> *d.3) I. S. V. D., brasileiro, casado, trabalhador rural, portador do cédula de identidade RG n. xxx.xxx SSP/MS, inscrito no CPF/MF sob o n. xxx.xxx.xxx-xx, residente e domiciliado na chácara D. I., Lote n. xx, CEP. 79215-xxx, na cidade de Dois Irmãos do Buriti;*
>
> *d.4) P. S. D., brasileiro, solteiro, aposentado por invalidez, inscrito no CPF n. xxx.xxx.xxx-xx, portador da cédula de identidade RG n. xxx.xxx SSP/MS, neste ato representado por D. S. D., brasileira, solteira, auxiliar administrativo."*

Assim, nesse contexto, impõe-se o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa/falta de interesse processual, com a consequente extinção do processo, sem resolução do mérito.

Diante do exposto, com fundamento no art. 485, inc. VI, do CPC/15 julgo extinta, sem resolução do mérito, a presente ação rescisória proposta por E. D. O. , ante sua ilegitimidade ativa e falta de interesse processual.

Em razão de sua sucumbência, condeno a autora, nos termos do art. 82, § 2º, e 85, *caput*, do CPC/15, a pagar ao vencedor as despesas processuais e os honorários do advogado do réu, estes ora fixados, à luz do disposto no § 8º, do art. 85, do CPC/15 (por ser inestimável o proveito econômico), no valor de R$ 2.500,00.

Contudo, considerando que a autora litigou sob o pálio da gratuidade judiciária, a exigibilidade da condenação acima fica sujeita à condição suspensiva, *ex vi lege*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram extinta a ação, sem resolução de mérito, nos termos do voto do relator.

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

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. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 7 de outubro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
(Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo em substituição legal)
Apelação nº 0059569-02.2012.8.12.0001 – Campo Grande

"EMENTA – APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NULIDADE DE LICITAÇÃO E CLÁUSULAS CONTRATUAIS – MUNICÍPIO E CONCESSIONÁRIA – COLETA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS ORIUNDOS DOS SERVIÇOS DE SAÚDE – RESOLUÇÃO CONAMA 358/2005 E RESOLUÇÃO ANVISA 306/2004 – DISPOSIÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS E CONTRATUAIS ALEGADAMENTE PREJUDICIAIS AO ERÁRIO MUNICIPAL – NULIDADE/MODIFICAÇÃO DO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA COMUM ESTABELECIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RESPONSABILIDADE AUTÔNOMA DOS GERADORES DOS RESÍDUOS – ADEQUAÇÃO SUBSTANCIAL PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL AOS PRECITADOS ATOS NORMATIVOS – RECURSOS EMPENHADOS NA FINALIDADE PÚBLICA – POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS – VISÃO SISTÊMICA – COOPERAÇÃO ENTRE AS ESFERAS DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – RAZOABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Nos termos do art. 23, VI da Constituição Federal de 1988, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

De acordo com a Lei 12.305/2010, são princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: *"art. 6º (...) III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; (...) VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade; (...) XI - a razoabilidade e a proporcionalidade".*

Mesmo diante da autonomia de responsabilidades de gestão dos respectivos geradores de resíduos oriundos dos serviços de saúde, estabelecida pela Resolução Conama 358/2005 e Resolução Anvisa 306/2004, não devem ser anuladas ou modificadas as disposições da licitação e do posterior contrato de concessão do serviço de coleta, transporte e destinação final de resíduos, celebrado no âmbito municipal, ante a ausência de vulneração do interesse público local tutelado no caso concreto.

A demonstração do substancial engajamento do poder público municipal com o cumprimento dos atos normativos invocados pelo Ministério Público, aliada à constatação de que os serviços em curso são prestados a reduzido grupo de entidades filantrópicas e órgãos públicos estaduais e federais, sediados no município de Campo Grande-MS, em manifesto interesse público local, desaconselham a alteração contratual, máxime pela responsabilidade comum estabelecida na Constituição Federal no combate à poluição e pela incidência dos princípios da razoabilidade e da cooperação entre as diferentes esferas do poder público, estabelecidos na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Apelação conhecida e não provida. Sentença mantida em remessa necessária.

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, contra o parecer, rejeitar as preliminares e negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de outubro 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 remessa necessária e de apelação interposta por Ministério Público Estadual contra sentença proferida nos Autos nº 0059569-02.2012.8.12.0001 pelo juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande-MS de f. 1330-1333.

Ação: Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Estadual contra o Município de Campo Grande e Cg Solurb Ambientais Spe Ltda, aduzindo, em suma, que foi instaurado *Inquérito Civil n° 53/20012* com o objetivo de verificar a regularidade do gerenciamento de resíduos dos serviços de saúde no município de Campo Grande/MS, ante a denúncia de que o serviço prestado na coleta, transporte e destinação final de resíduos de serviços de saúde no referido município vem causando danos ao erário, visto a ilegalidade da despesa pública, tendo em vista que o município vem pagando pelo coleta e destinação de resíduos de serviços de saúde provenientes da iniciativa privada, do Estado, da União e da Administração Indireta, em desacordo com o art. 3° da Res-Conama n° 358/2005 e Res-Anvisa n° 306/2004.

Requereu a declaração de nulidade do procedimento licitatório e consequente contrato de parceria público-privada, determinado a abertura de novo certame, com retificações no edital (f. 1-35).

Sentença: rejeitou o pedido pleiteado na inicial, extinguindo a ação sem resolução de mérito (f. 1.330 e 1.333).

Apelação: interposta pelo autor Ministério Público Estadual, sustentando: a) a existência de provas hábeis a afirmar os fatos descritos na peça inicial; b) o Mandado de Segurança nº 0820306-27.2012.8.12.0001 não abrange todos os pedidos da ação proposta, bem como as informações existentes naquele *mandamus* não são aptas a servirem de fundamentação para julgamento de improcedência dos pedidos da exordial, e c) a permanência do atendimento de coleta e destinação de resíduos hospitalar de estabelecimentos da União e Estado ferem a legislação vigente (f. 1.343-1.356).

Contrarrazões: apresentadas por ambos os réus que, em síntese, refutaram os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 1.369-1.386 e f. 1.387-1.396).

Parecer do Ministério Público: da lavra do eminente Procurador de Justiça Edgar Roberto Lemos de Miranda, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 1.405-1.411).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo - em substituição legal)

Discute-se no presente recurso: a nulidade do procedimento licitatório e do posterior contrato administrativo celebrado entre o Município de Campo Grande-MS e Cg Solurb Ambientais Spe Ltda ou a sua eventual retificação, em razão da contrariedade dos termos previstos para os serviços coleta, transporte e destinação final de resíduos oriundos de serviços de saúde com a Resolução CONAMA nº 358/2005 e artigo 3º e Resolução Anvisa nº 306/2004.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 30/01/2017 (f. 1.334), tendo a respectiva intimação ocorrido em 17/02/2017 (f. 1.342), enquanto que o presente recurso foi interposto em 05/04/2017 (f. 1.343-1.356).

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.

Mérito

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Ministério Público objetivando a procedência dos pedidos formulados na ação civil de pública, ou subsidiariamente, em caso de não acolhimento do pedido de nulidade da licitação e do contrato celebrado entre o Município de Campo Grande-MS e Cg Solurb Ambientais Spe Ltda, *"seja ele retificado nos moldes do item "b" dos requerimentos e pedidos"*.

O apelante alega que:

Diferentemente da conclusão contida na decisão recorrida, existem elementos de prova acerca da irregularidade na coleta, transporte e destinação final de resíduos feitas pela municipalidade, em desatendimento da resolução Resolução CONAMA nº 358/2005, artigo 3º, e Resolução ANVISA nº 306/2004, em prejuízo dos cofres municipais, em face da assunção de atribuições materiais de entidades privadas do Estado e da União;

O Mandado de Segurança 0820306-27.2012.87.12.0001 impetrado pelo Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, contra o ato do Prefeito Municipal de Campo Grande, que determinou a suspensão da coleta e destinação final de resíduos de saúde que não sejam de responsabilidade do Município de Campo Grande, não pode influenciar a pretensão aqui deduzida;

Oficiou a apelada CG Solurb Soluções Ambientais SPE Ltda para que informasse sobre a situação da coleta de transporte e destinação final de resíduos de saúde produzidos nesta capital, recebendo a informação de que, apesar de cessado o atendimento de estabelecimentos privados, recolhiam de unidades geradores de responsabilidade da União, Estado e entidade filantrópicas – quartéis de bombeiros, presídios, etc.

Segundo o MP, as cláusulas 2.2 do Edital nº 66/2012 (f. 264) e da cláusula 6.1.2 da Minuta do Contrato (f. 304), autorizam indevidamente que a concessionária colete, transporte e gerencie resíduos de responsabilidade de terceiros, em prejuízo dos cofres públicos municipais.

As cláusulas são estas:

> *"(...) 2.2 coleta, transporte, tratamento e disposição final dos resíduos sólidos dos etabelecimetnos de serviços de saúde;*
>
> *6.1.4. coleta, transporte e destinação final adequada de resíduos da construção civil – inertes; (...)"*

O Município de Campo Grande-MS e a concessionária de coleta de resíduos Cg Solurb Ambientais Spe Ltda aduzem nos autos que as disposições pré-contratuais limitavam os serviços aos estabelecimentos mantidos pelo Município de Campo Grande – MS, *"porque no item 2.1.3 e subitens 2.1.3.1, 2.1.16 e 2.1.12.10 do Projeto Básico (Anexo II do Edital) já estariam contemplando ao pedido do Ministério Público, pois somente seriam abrangidos pela coleta, transporte, tratamento e disposição final dos resíduos de saúde aqueles estabelecimentos mantidos pelo Município de Campo Grande – MS"*, tanto que o Município de Campo Grande publicou no Diário Oficial de Campo Grande/MS de 14/011/2012, após o ajuizamento da ação, o seguinte comunicado:

> *"O Município de Campo Grande comunica aos operadores de resíduos de serviço de saúde, a partir de 21 de novembro de 2012, não mais realizará a coleta e a destinação final dos resíduos; dessa forma, esses serviços são responsabilidades dos seus geradores, conforme determinam o art. 3º da Resolução CONAMA nº 358/2005 e a Resolução ANVISA nº 306/2004."*

Pois bem.

De início, convém registrar ser possível a análise da pretensão recursal, mesmo que vencida a fase licitatória e já celebrado o contrato administrativo, pois seguindo o entendimento do STJ *"a superveniente*

homologação/adjudicação do objeto licitado não implica na perda do interesse processual na ação em que se alegam nulidades no procedimento licitatório" (REsp 1278809/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013).

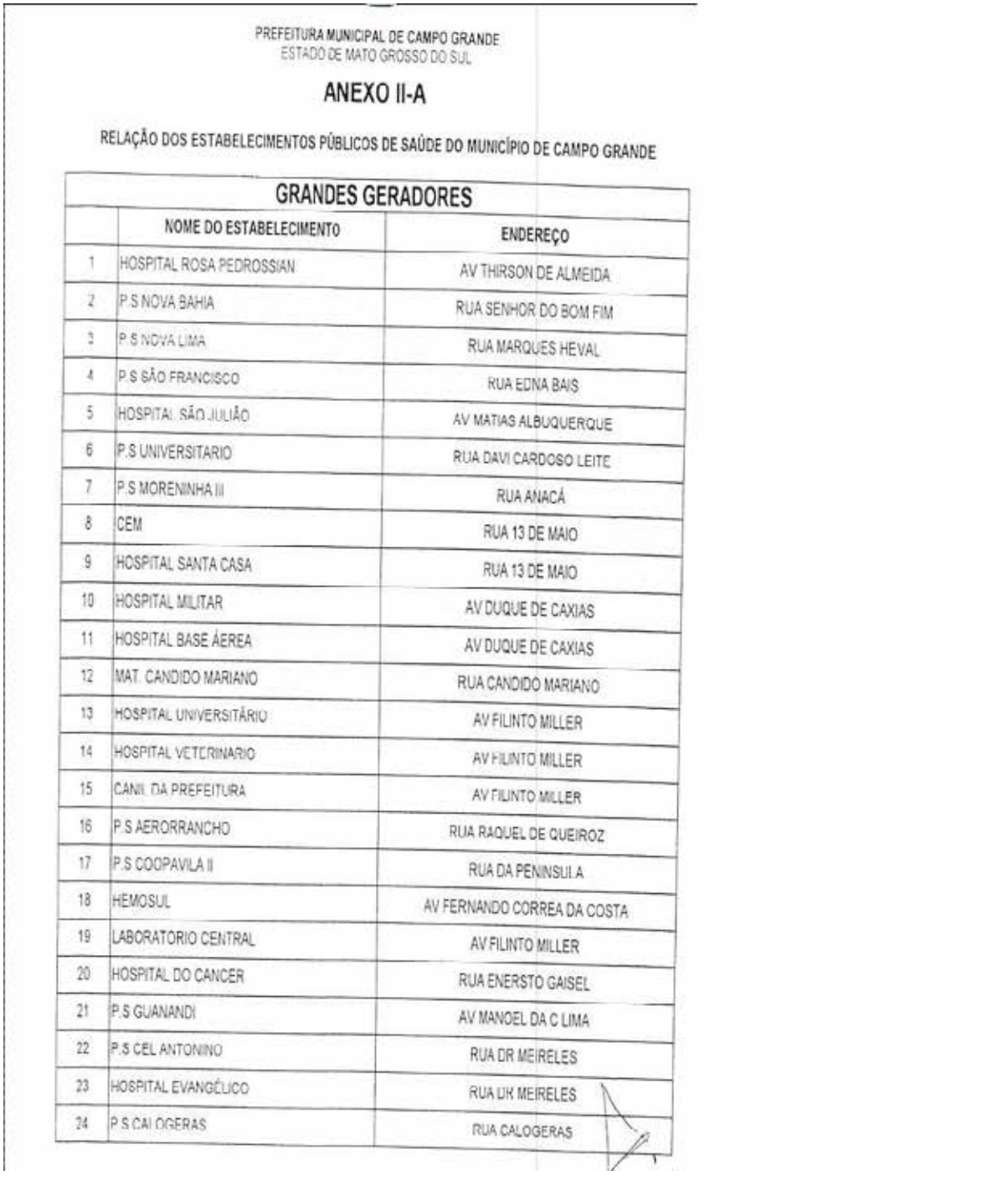
No contexto da polêmica, há o Mandado de Segurança 0820306-27.2012.87.12.0001 – que foi ajuizado após comunicação feita pelo prefeito noticiando que não seriam recolhidos resíduos fora da estrutura pública municipal.

Entrementes, nota-se que o juiz não fez nenhuma correlação de prejudicialidade de pretensões, apenas apontou que, na lógica do debate da ação constitucional, o comportamento da Administração municipal estava alinhado ao reclamo do Ministério Público aqui deduzidos.

Logo, não há correlação com a análise do presente recurso.

Adiante.

Analisando os termos do contrato, tem-se que, de fato, foram contempladas unidades de saúde e órgãos públicos de natureza estadual e federal na rota da coleta (f. 488-489) – Hospital Universitário, Quartel do Corpo de Bombeiros, Embrapa, etc.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE
ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ANEXO II-A

RELAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE

GRANDES GERADORES		
	NOME DO ESTABELECIMENTO	ENDEREÇO
1	HOSPITAL ROSA PEDROSSIAN	AV THIRSON DE ALMEIDA
2	P.S NOVA BAHIA	RUA SENHOR DO BOM FIM
3	P.S NOVA LIMA	RUA MARQUES HEVAL
4	P.S SÃO FRANCISCO	RUA EDNA BAIS
5	HOSPITAL SÃO JULIÃO	AV MATIAS ALBUQUERQUE
6	P.S UNIVERSITARIO	RUA DAVI CARDOSO LEITE
7	P.S MORENINHA III	RUA ANACÁ
8	CEM	RUA 13 DE MAIO
9	HOSPITAL SANTA CASA	RUA 13 DE MAIO
10	HOSPITAL MILITAR	AV DUQUE DE CAXIAS
11	HOSPITAL BASE AEREA	AV DUQUE DE CAXIAS
12	MAT. CANDIDO MARIANO	RUA CANDIDO MARIANO
13	HOSPITAL UNIVERSITÁRIO	AV FILINTO MILLER
14	HOSPITAL VETERINARIO	AV FILINTO MILLER
15	CANIL DA PREFEITURA	AV FILINTO MILLER
16	P.S AERORRANCHO	RUA RAQUEL DE QUEIROZ
17	P.S COOPAVILA II	RUA DA PENINSULA
18	HEMOSUL	AV FERNANDO CORREA DA COSTA
19	LABORATORIO CENTRAL	AV FILINTO MILLER
20	HOSPITAL DO CANCER	RUA ENERSTO GAISEL
21	P.S GUANANDI	AV MANOEL DA C LIMA
22	P.S CEL ANTONINO	RUA DR MEIRELES
23	HOSPITAL EVANGÉLICO	RUA DR MEIRELES
24	P.S CALOGERAS	RUA CALOGERAS

Tais entidades certamente foram consideradas no estabelecimento dos créditos de R$ 39.905,93 em favor da concessionária, projetados para 25 anos, como consta no quadro de f. 486:

Item	Serviços	Unidade de Medida	Quantidade Ano	Quantidade Projetada para os 25 Anos
1	Coleta, Transporte e Destinação Final de Resíduos Sólidos Domiciliares e Comerciais.	ton	209.283,60	7.689.100,01
2	Tratamento e Disposição Final Ambientalmente Adequada dos Resíduos Sólidos Domiciliares e Comerciais.	ton	167.426,88	6.151.280,01
3	Coleta, Transporte e Tratamento de Resíduos Sólidos dos Serviços de Saúde.	ton	900,00	39.905,93
4	Coleta e Transporte de resíduos Sólidos Domiciliares e Comerciais em Distritos.	mês	12,00	300,00
5	Coordenação da UTR – Usina de Triagem de	mês	12,00	300,00

A concessionária reconhece que, apesar de não mais recolher resíduos da espécie no setor privado de saúde, cujo acerto aliás restou consignado no julgamento do Mandado de Segurança 0820306-27.2012.87.12.0001, permanece atendendo algumas instituições públicas e filantrópicas arroladas no ofício de f. 1357-1358, parte delas, de natureza estadual e federal.

RELAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

	NOME DO ESTABELECIMENTO	ENDEREÇO
FILANTROPICO	ASILO SÃO JOÃO BOSCO	José Rua Nogueira Vieira- S/N, Bairro: Tiradentes
FEDERAL	CMO	Av. Duque de Caxias
FILANTROPICO	COLEGIO SALESIANO	Av. Oceania BAIRRO TIRADENTES
ESTADUAL	CORPO DE BOMBEIROS	Av. Castelo Branco
ESTADUAL	CORPO DE BOMBEIROS	Av. Costa e Silva
ESTADUAL	CORPO DE BOMBEIROS	Av. Souto Maior - Tijuca
ESTADUAL	HEMOSUL	R. Joaquim Murtinho
FEDERAL	HOSPITAL DA BASE AEREA	Av. Duque de Caxias
FEDERAL	HOSPITAL MILITAR	Av. Duque de Caxias
ESTADUAL	HOSPITAL ROSA PEDROSSIAM	Av. Thirson de Almeida
FILANTROPICO	HOSPITAL SÃO JULIÃO	Av. Matias Albuquerque
ESTADUAL	I.M.L	Av. Felinto Muller
ESTADUAL	IAGRO	Av. Felinto Muller
ESTADUAL	INTITUTO PENAL DE CAMPO GRANDE	JD. Noroeste
FEDERAL	QUARTEL 20º R CB	Av. Presidente Vargas
ESTADUAL	SAMU	Av. Afonso Pena, 4254
ESTADUAL	SAMU DA PIONEIRA	R. Casa Paraguaia

Estes fatos não podem ser desconsiderados.

Todavia, apesar disso, a solução da demanda não é de ser alterada.

Explico.

O art. 23, VI da CF/88, estabelece que: *"É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (...)".*

A Lei 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispõe que:

> *"Art. 10. Incumbe ao Distrito Federal e aos Municípios a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios, sem prejuízo das competências de controle e fiscalização dos órgãos federais e estaduais do Sisnama, do SNVS e do Suasa, bem como da responsabilidade do gerador pelo gerenciamento de resíduos, consoante o estabelecido nesta Lei".*

Pelos preceptivos citados, é de fácil percepção que a gestão de resíduos está prioritariamente deferida ao município, dada repercussão da predominância do interesse local.

Vejamos agora o que pode afetar ou prestigiar esse interesse local.

A Resolução nº 358/2002 Conama, atendendo ao princípio geral poluidor-pagador, estabeleceu que os geradores de resíduos que demandam cuidados específicos, serão responsáveis pela sua gestão:

> *"Art. 3º Cabe aos geradores de resíduos de serviço de saúde e ao responsável legal, referidos no art. 1o desta Resolução, o gerenciamento dos resíduos desde a geração até a disposição final, de forma a atender aos requisitos ambientais e de saúde pública e saúde ocupacional, sem prejuízo de responsabilização solidária de todos aqueles, pessoas físicas e jurídicas que, direta ou indiretamente, causem ou possam causar degradação ambiental, em especial os transportadores e operadores das instalações de tratamento e disposição final, nos termos da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981".*

Em que pese a constatação de que o contrato em questão contemple órgãos e entidades não vinculados diretamente ao município de Campo Grande-MS, o direito de fundo preservado na ação civil pública – erário municipal –permaneceu empenhado no interesse público local.

Ainda que o serviço público de coleta de resíduos de elevado grau de periculosidade para a saúde pública tenha sido previsto para além da competência do município segundo as resoluções apontadas, é de se remorar que o serviço em tela está inserido no plano do combate à poluição, que por sua vez, é da competência material *comum* do município, dotado como visto, de manifesto interesse público local.

Não se deve ignorar que os apelados se mostraram cooperativos com o atendimento das normas invocadas pelo MP ao longo desses 07 anos de tramitação do feito, tanto que limitou a atividade a alguns órgãos públicos e entidades filantrópicas, excluindo o atendimento daquelas exclusivamente privadas, aliás, sem qualquer queixa de supervalorização ou má prestação.

De lá pra cá, inclusive há notícia de descarte indevido de lixo hospitalar supostamente praticada pelo setor privado: https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/lixo-hospitalar-descartado-indevidamente-seria-de-instituicao-particular, ou seja, a partir de quando a concessionária, atendendo ordem do poder concedente, retirou a prestação da área privada.

Tais circunstâncias revelam a um só tempo: a importância da prestação do serviço para a sociedade local; e a inclinação do poder público municipal para preservação dos recursos públicos.

Invadir essa seara é contrária aos interesses públicos porque não revela má uso, má conduta ou desvirtuamento que o autor alega, mas ao contrário, prestígio ao meio-ambiente equilibrado e prestígio aos interesses locais.

Ainda, de acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecida na Lei 12.305/2010, há gama de princípios, dentre os quais se destacam: a visão sistêmica da gestão dos resíduos, a cooperação entre as diferentes esferas do poder público e razoabilidade; no sentido que a gestão de resíduos não deve ser tratada de maneira isolada e em descompasso da razoabilidade.

> *"art. 6.º (...) III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; (...) VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade; (...) XI - a razoabilidade e a proporcionalidade."*

Com efeito, não é aconselhada, pelo quadro fático atual, a anulação ou a alteração do contrato, pois importaria claramente em ofensa ao princípio da continuidade dos serviços públicos, dada a imprevisibilidade do tempo necessário para que Estado e União assumissem satisfatoriamente a execução desta comodidade pública (até então executada sem queixas do MP nesta ação).

O que evidentemente ocasionaria ofensa aos princípios maiores que o Ministério Público afirma preservar com esta ação.

De igual modo, não há demonstração de que o serviço seria executado com custo público menor, fatalmente partilhado pela sociedade.

Por fim, nada impede que o Município de Campo Grande-MS, no âmbito da sua independência administrativa, empreenda esforços para que a prestação, seja devidamente compensada pelas pessoas de direito público interno, através de convênios, ou através de instituição de taxas específicas (sobre as quais não operam imunidade), ou eventualmente proceda a transição dos serviços para o respectivo responsável, sem prejudicar o interesse público.

Portanto, diante: i) do substancial atendimento dos precitados atos normativos pelo Município de Campo Grande e pela concessionária com a preservação do erário, manifestado através da exclusão da coleta do setor privado; ii) da competência comum estabelecida na Constituição Federal de na Lei 12.305/2010 dos municípios para proteção ao meio ambiente e combate à poluição; iii) da reversão direta dos gastos em favor do interesse público local; iv) da ausência de prova de supervalorização ou má-prestação do serviço; v) da reduzida parcela de instituições estaduais e federais inseridas na área urbana atendida pelo contrato; vi) da possibilidade do município buscar compensação financeira pelo serviço através de convênio, instituição de taxa específica ou ainda transição do serviço para os respectivos responsáveis; e vii) da razoabilidade na manutenção serviço público de natureza essencial para a comunidade local; revela-se desaconselhada a anulação ou alteração do contrato administrativo.

Diante do exposto, contra o parecer, conheço a remessa necessária e o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença inalterada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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), Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de outubro de 2019.

***

3ª Câmara Cível
Relator Juiz Convocado Vitor Luis de Oliveira Guibo
Agravo de Instrumento nº 1407254-68.2019.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO FALIMENTAR – BEM ARRECADADO E ARREMATADO EM JUÍZO – PRETENSÃO INCIDENTAL DE TERCEIRO-INTERESSADO DE MANTER-SE NA POSSE DO IMÓVEL SOB A ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO – IMPOSSIBILIDADE – QUESTÃO A SER DISCUTIDA NA AÇÃO DE USUCAPIÃO – IMPOSSIBILIDADE DE SE VALER DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO REAL.

Discute-se no presente recurso a possibilidade de restituição incidental de bem arrecado e arrematado em ação falimentar, sob a alegação de que foi proposta ação de usucapião pelo terceiro-requerente.

Embora o art. 76, do Decreto-lei nº 7.661, de 21/06/1945, dispusesse no sentido de que "*pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato*", a simples alegação de usucapião não permite a conclusão de que existe um direito real a amparar a pretensão do terceiro.

Agravo de Instrumento conhecido e não provido.

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

Campo Grande, 28 de outubro de 2019.

Juiz Convocado Vitor Luis de Oliveira Guibo

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Convocado Vitor Luis de Oliveira Guibo.

Autos recebidos em carga no dia 11/08/2019

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Gomes de Andrade Participaçoes Incorporação e Administraçao Ltda contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0006754-84.1996.8.12.0002 pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS.

Ação: de concordata preventiva proposta pela Massa Falida Frigorífico Frigopaizão Importação e Exportação Ltda, objetivando, devido a dificuldades financeiras trazidas pela recessão econômica após a implementação do "plano real", o cumprimento das exigências dispostas no artigo 161, § 1º, I e V, do Estatuto Falimentar (f. 01-08, na origem).

Às f. 423-425, na origem, o juízo *a quo*, declarou rescindida a concordata, convolando-a em falência, sendo nomeado sindico e determinando o prosseguimento, visando à arrecadação de bens, dentre os quais o imóvel matriculado sob o nº 11.625, do CRI 1º de Pirapozinho-SP.

Petição da terceira-agravante: apresentada por Gomes de Andrade Participações Incorporação e Administração Ltda, sustentando, em suma, discute a aquisição do imóvel referido por usucapião, em desfavor da Massa Falida Frigorífico Frigopaizão Importação e Exportação Ltda, tendo sido ajuizada inicialmente tal ação perante a 1ª Vara Cível de Pirapozinho-SP, contudo,

> *"(...) o juiz se julgou incompetente para julgar a ação e consequente o pedido de suspender a imissão da posse dos arrematantes até julgamento definitivo da ação de usucapião resguardando os direitos do ora postulantes, e por fim o juízo determinou a remessa dos autos (Usucapião) a esse r. juízo falimentar"* (f. 10.866, na origem).

Requereu, assim,

> *"(...) a manutenção da posse em favor do terceiro interessado: Gomes de Andrade Participações, Incorporação e Administração Ltda, seja oficiado informando nos autos da Carta Precatória n. 0000856-90.2019.8.26.0456, em tramite perante a 1ª Vara Cível de Pirapozinho, com a finalidade de imissão da posse da área objeto desta ação"* (f. 10.865-10.883, na origem).

Decisão Interlocutória: *determinou* que a pretensão arguida deve ser pleiteada em ação autônoma, tornando, assim, sem efeito a manifestação apresentada e o determinando o cumprimento da imissão de posse (f. 10.961-10.962, na origem).

Agravo de Instrumento: interposto pelo terceiro interessado Gomes de Andrade Participações Incorporação e Administração Ltda, sustentando, em síntese, que, "*quando da imissão de posse por parte do arrematante, já estava em tramite uma ação de usucapião, onde figura no polo ativo a parte agravante [...] e polo passivo Waldemar Casseze, considerando as informações contidas em registro à época da propositura da ação*" (f. 05), ou seja, a terceira-agravante está "*na posse do imóvel de forma mansa e pacifica há vários anos*" (f. 05), razão pela qual lhe deve ser deferida imissão na posse, em detrimento da posse deferida ao arrematante do imóvel, pois "*a agravante não participou, tampouco tomou ciência da decisão que determinou a imissão da pessoa arrematante na posse, o que consequentemente perdeu sua posse de forma repentina sem ser-lhe permitido o contraditório e ou devido processo legal, frente à matéria que ampara sua pretensão de propriedade a ser declarada pela usucapião*" (f. 05).

Explica, ainda, que, quando o arrematante do imóvel em questão foi imitido na sua posse, por decisão mantida no Agravo de Instrumento de nº 1401492-71.2019.8.12.0000, não foi exigida a propositura de ação autônoma, autorizando-se, incidentalmente, a expedição de mandado de imissão na posse.

Requereu, assim, em sede de liminar, a antecipação da tutela recursal, determinando a sua reintegração na posse do imóvel, para evitar prejuízos, pois está com suas atividades paralisadas desde que foi retirada da posse do imóvel e, no mérito, que o recurso seja conhecido e provido, reformando a decisão que deixou de apreciar a pretensão pleiteada (f. 01-09).

Julgamento Virtual: as partes não se manifestaram quanto a oposição ao julgamento virtual (f. 111).

Decisão do Relator: indeferiu o requerimento de antecipação de tutela recursal (f. 112-116).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 120-130).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Juiz Convocado Vitor Luis de Oliveira Guibo. (Relator)

Discute-se no presente recurso a possibilidade de restituição incidental de bem arrecado e arrematado em ação falimentar, sob a alegação de que foi proposta ação de usucapião pelo terceiro-requerente.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 10/06/2019 (f. 10.962, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 17/06/2019 (f. 11.002, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 14/06/2019 (f. 01-09).

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 (preparo às f. 55-57).

Manutenção do adquirente na posse do bem

A terceira-agravante aduz, em suma, que:

> *"(...) quando da imissão de posse por parte do arrematante, já estava em tramite uma ação de usucapião, onde figura no polo ativo a parte agravante [...] e polo passivo Waldemar Casseze, considerando as informações contidas em registro à época da propositura da ação" (f. 05), ou seja, a terceira-agravante está "na posse do imóvel de forma mansa e pacifica há vários anos" (f. 05), razão pela qual lhe deve ser deferida imissão na posse, em detrimento da posse deferida ao arrematante do imóvel, pois "a Agravante não participou, tampouco tomou ciência da decisão que determinou a imissão da pessoa arrematante na posse, o que consequentemente perdeu sua posse de forma repentina sem ser-lhe permitido o contraditório e ou devido processo legal, frente à matéria que ampara sua pretensão de propriedade a ser declarada pela usucapião"* (f. 05).

Explica, ainda, que, quando o arrematante do imóvel em questão foi imitido na sua posse, por decisão mantida no Agravo de Instrumento de n° 1401492-71.2019.8.12.0000, não foi exigida a propositura de ação autônoma, autorizando-se, incidentalmente, a expedição de mandado de imissão na posse.

Contudo, na esteira do quanto afirmado na decisão liminar de f. 112-116, não é plausível a pretensão deduzida incidentalmente pela terceira-agravante no bojo da ação falimentar, pois, se a pretensão da terceira-agravante é, em razão da ação de usucapião, manter-se na posse do imóvel arrecadado e arrematado nos autos da Ação Falimentar nº 0006754-84.1996.8.12.0002, por certo, essa pretensão dele ser intentada no bojo naquela ação, com análise da plausibilidade de tal pretensão pelo juízo competente, e não na ação de falência.

A propósito, seria mesmo contraditório tratar dessa questão na ação de falência, pois a imissão do arrematante na posse do imóvel foi determinada nesta ação, com manutenção de tal decisão inclusive no Agravo de Instrumento de nº 1401492-71.2019.8.12.0000, sendo de todo impertinente, ao que parece, que, nos mesmos autos, se tente, por via obliqua, esvaziar os efeitos daquela decisão tomada no primeiro grau, e mantida em grau recursal.

Ainda, embora o art. 76, do Decreto-lei nº 7.661, de 21/06/1945, dispusesse no sentido de que "*pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato*", a simples alegação de usucapião não permite a conclusão de que existe um direito real a amparar a pretensão do terceiro.

Assim, impõe-se o não provimento do presente recurso.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Gomes de Andrade Participaçoes Incorporação e Administraçao Ltda mas nego-lhe provimento.

É como voto.

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. Dorival Renato Pavan.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Convocado Vitor Luis de Oliveira Guibo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Convocado Vítor Luis de Oliveira Guibo), Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 28 de outubro de 2019.

***

Órgão Especial
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000641-33.2018.8.12.0900 – Tribunal de Justiça

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE REAJUSTA A REMUNERAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS – REGRA DA ANTERIORIDADE PREVISTA NO ART. 29, V E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – EFICÁCIA RETROATIVA – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. Deve ser reconhecida a inconstitucionalidade material de Lei Municipal concedendo reajuste de remuneração a agentes políticos municipais (Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários Municipais, Procurador-Geral, Controlador, ao Chefe do Gabinete de Prefeito e Vereadores), tendo em vista a vedação à concessão de reajustes na mesma legislatura, na forma dos arts. 29, V e VI, da Constituição Federal, e 19, parágrafo único, da Constituição Estadual, em conformidade com jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema. Não se aplica às autoridades mencionadas o direito à revisão geral anual, previsto no art. 37, X, da Constituição Federal. Acolhimento do pleito inicial com a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

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, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Ministério Público Estadual ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o Município de Paranaíba, arguindo a inconstitucionalidade o art. 1º, da Lei Municipal nº 2.123, de 9 de maio de 2017, que concede revisão monetária de 30,17% ao subsídio do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais, procurador-geral, controlador, ao chefe do gabinete de prefeito e vereadores, por violação ao art. 19 e art. 25, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que vedam a revisão de remuneração no decorrer da própria legislatura. Tal regramento impõe limites à autonomia municipal, conforme precedentes reiterados do STF e desta Corte. Pontua que não existe direito à revisão geral anual dos subsídios percebidos por vereadores. Requereu a concessão da medida cautelar para o fim de suspender os efeitos da lei impugnada. Ao final, pugnou pela procedência do pedido.

A medida cautelar foi deferida, por unanimidade de votos (f. 26-32).

Manifestou-se o Município de Paranaíba (f. 40-47), arguindo conexão desta ação direta de inconstitucionalidade com a de nº 1413949-09.2017.8.12.0000, para julgamento conjunto. Argui a nulidade do processo por falta de intimação da municipalidade.

Manifestou-se o Ministério Público pelo acolhimento da arguição de conexão e, no mérito, reafirmou o pleito de procedência.

O relator originário, Des. Divoncir Schreiner Maran, reconheceu a conexão desta ação direta de inconstitucionalidade com a de nº 1413949-09.2017.8.12.0000, de minha relatoria, e determinou sua redistribuição.

O Município de Paranaíba apresentou informações, defendendo a improcedência do pleito inicial. Para tanto, faz distinção entre reajuste e revisão geral anual, sendo esta última aplicável aos agentes políticos e garantida constitucionalmente, conforme interpretação contunda do art. 37, X, e 39, § 4º, da Constituição Federal. Prossegue aduzindo que o direito à revisão geral anual não foi observada por vários anos consecutivos. Assevera que os dispositivos constitucionais invocados na inicial são compatíveis com o direito a revisão geral anual, não abrangido pelo art. 29, V, da Constituição Federal. Que mesmo interpretando a regra da legislatura, na forma proposta na inicial, ela atingiria apenas os agentes políticos integrantes do Poder Legislativo. Requer, assim, o julgamento de improcedência do pleito inicial.

A Câmara Municipal de Paranaíba também ofereceu resposta, pugnando, também, pelo julgamento de improcedência, pois conforme consta na justificativa, o objetivo da lei é corrigir monetariamente os subsídios dos agentes políticos municipais, compativelmente com a concessão da revisão geral anual concedida aos servidores da administração direta e indireta do município, conforme preceitua o art. 37, inciso X, da C.F/88.

VOTO (EM 16/10/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Município de Paranaíba, buscando o reconhecimento da incompatibilidade da Lei Municipal nº 2.123/2017, com a Constituição Federal e Estadual.

Segundo narrativa veiculada na inicial, o Município de Paranaíba concedeu reajuste salarial ao prefeito, vice-prefeito, secretários municipais, procurador-geral, controlador, chefe de gabinete em 30,17%, através do art. 1º, do referido diploma legal. Alega o autor que tal providência contraria o disposto nos arts. 29, da Constituição Federal, 19, da Constituição Estadual, além dos arts. 23 e 95, da Lei Orgânica Municipal, que limitam a fixação de subsídios.

Consta do projeto de lei, *in verbis*:

> *"Art. 1º. Fica concedida, para o exercício de 2017, revisão monetária de 30,17% (trinta inteiros e dezessete centésimos por cento) ao subsídio do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais, procurador-geral, controlador, ao chefe de gabinete de prefeito e vereadores, observados os limites legais."*

Em linhas gerais, portanto, o Poder Legislativo municipal, a pretexto de observar cláusula de revisão geral anual, concedeu reajuste salarial ao chefe do poder executivo e servidores do alto escalão, além dos membros do Poder Legislativo Municipal.

Esses fatos são incontroversos.

A remuneração de agentes públicos é realizada de duas formas, a saber: *vencimentos e subsídios*. O sistema de *subsídios* é obrigatório para membros de Poder, a exemplo do prefeito, vice-prefeito, além de vereadores e secretários municipais (art. 39, § 4º, da CF), exigindo-se lei específica. A esse respeito, a Constituição Federal estabelece que os subsídios desses agentes públicos será fixado.

> *"Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da câmara municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*
>
> *(...)*

> *V - subsídios do prefeito, do vice-prefeito e dos secretários municipais fixados por lei de iniciativa da câmara municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;*
>
> *VI - o subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:*"

Esse regramento foi repetido pela Constituição Estadual:

> *"Art. 19. o subsídio do prefeito, vice-prefeito e secretários municipais será fixado pela câmara municipal, observados os limites da arrecadação municipal estabelecidos na Lei Orgânica e o disposto na Constituição Federal.*
>
> *Parágrafo único. O subsídio dos vereadores será fixado pelas respectivas câmaras municipais, em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe a Constituição Federal e os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica.*"

Trata-se de consectário do princípio da moralidade, na medida em que se proíbe o aumento de remuneração daqueles agentes políticos para a mesma legislatura.

A respeito do tema, a lição de Uadi Lammego Bulos:

> *"(...) A novidade de porte, oriunda da Emenda Constitucional nº 19/98, para a remuneração dos agentes públicos municipais foi mantida pela Emenda Constitucional nº 25. Vedou-se a fixação de subsídios numa mesma legislatura vigente. O inciso IV, em epígrafe é expresso nesse sentido, ao consignar o jargão 'em cada legislatura para a subsequente'. Antes mesmo da reforma administrativa, a Corte Suprema tinha como ato imoral e lesivo ao patrimônio público a fixação, via câmara municipal, da remuneração do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores numa mesma legislatura. Esse raciocínio implementou-se, em termos constitucionais positivos, com o advento da Emenda Constitucional nº 25/2000.*" (Constituição Federal anotada. 7. ed. Saraiva, 2007. p. 598)

Uma primeira leitura, menos atenta, poderia suscitar interpretação literal, levando à conclusão de que apenas os subsídios dos vereadores estariam submetidos a essa regra (princípio da anterioridade ou da legislatura). Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito consolidou entendimento no sentido de que o art. 29, V, da Constituição Federal, deve ser interpretada de maneira sistemática, considerando especialmente o princípio da moralidade, positivado no art. 37, caput, da CF.

Nesse sentido, colha-se:

> *"EMENTA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – VEREADORES – SUBSÍDIO – AUMENTO, DE FORMA RETROATIVA – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AO ART. 29, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a remuneração de Prefeito, de Vice-Prefeito e de Vereadores será fixada pela Câmara Municipal para a legislatura subsequente, em conformidade com o art. 29, V, da Constituição Federal. 2. Caso em que inobservado o art. 29, V, da Carta Magna, pois os vereadores majoraram, de forma retroativa, sua remuneração. 3. Agravo regimental desprovido.*" (RE 458413 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, Acórdão Eletrônico DJe-164 Divulg 21-08-2013 Public 22-08-2013)
>
> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADORES – REMUNERAÇÃO – MAJORAÇÃO – FIXAÇÃO – LEGISLATURA SUBSEQUENTE – ART. 29, V, DA CONSTITUIÇÃO – PRECEDENTES – AGRAVO IMPROVIDO. I – O Tribunal de origem, ao constatar que os Atos 3 e 4/97 da Mesa da Câmara Municipal de Arapongas traduziram majoração de remuneração, agiram em conformidade com o entendimento pacífico desta Suprema Corte*

no sentido de que a remuneração de Prefeito, Vice-Prefeito e de Vereadores será fixada pela Câmara Municipal, para a legislatura subsequente, de acordo com o disposto no art. 29, V, da Constituição Federal. Precedentes. III – Agravo regimental improvido." (AI 776230 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-227 Divulg 25-11-2010 Public 26-11-2010 Ement Vol-02439-02 PP-00327)

"CONSTITUCIONAL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – VEREADORES – REMUNERAÇÃO – FIXAÇÃO – LEGISLATURA SUBSEQUENTE – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. CF/88, ART. 29, V. 1. Princípio da anterioridade - A remuneração de Prefeito, Vice-Prefeito e de Vereadores será fixada pela Câmara Municipal, para a legislatura subseqüente (CF, art. 29, V). Precedentes. 2. As razões do regimental não atacam os fundamentos da decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido." (RE 229122 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008, DJe-241 Divulg 18-12-2008 PubliC 19-12-2008 Ement Vol-02346-08 PP-01705)

"EMENTA – CONSTITUCIONAL – AÇÃO POPULAR – VEREADORES – REMUNERAÇÃO – FIXAÇÃO – LEGISLATURA SUBSEQUENTE – C.F., ART. 5º, LXXIII; ART. 29, V – PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO – MORALIDADE ADMINISTRATIVA – LESÃO. I. - A remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente. C.F., art. 29, V. Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para viger na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. C.F., art. 5º, LXXIII. II. - Ação popular julgada procedente. III. - R.E. não conhecido." (RE 206889, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 25/03/1997, DJ 13-06-1997 PP-26718 Ement Vol-01873-11 PP-02257)

Assentada essa premissa, tem-se que a Lei nº 2.123, do dia 9 de maio de 2017, do Município de Paranaíba, que concedeu reajuste salarial ao prefeito, vice-prefeito, secretários municipais, procurador-geral, controlador, chefe de gabinete e em 30,17%, ainda na atual legislatura (que se iniciou no dia 1º de janeiro de 2017 e somente se encerra no dia 31 de dezembro de 2020), é incompatível com os arts. 29, V e VI, da Constituição Federal, e art. 19, parágrafo único, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

Noutro vértice, as justificativas apresentadas pela Casa Legislativa não merecem guarida. Segundo a edilidade não se confunde o reajuste com a revisão geral anual, aplicável também aos agentes políticos, na forma dos arts. 37, X e 39, § 4º, da Constituição Federal.

Sem razão. A revisão geral anual serve para preservar a remuneração dos servidores públicos, de sorte a manter seu poder aquisitivo ante a corrosão do poder aquisitivo da moeda, provocado pelo processo inflacionário. Ocorre que o disposto no art. 37, X, deve ser interpretado em consonância com o art. 29, V e VI, também da Constituição Federal. A melhor exegese, adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já mencionada, é no sentido de que a revisão geral anual não se aplica às pessoas relacionadas no art. 29, V, da Constituição Federal.

Trata-se de aparente conflito de normas constitucionais, solucionada a partir da aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização. O ministro Gilmar Mendes, em coautoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, tratam do tema:

"(...) Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum." (Curso de direito constitucional. 2. ed. Saraiva, 2008. p. 114)

Nesse norte, a interpretação oferecida pela edilidade implicaria absoluta ineficácia da regra de anterioridade de reajuste, prevista no art. 29, VI, da Constituição Federal, daí porque não pode ser adotada.

Por outro lado, é possível a coexistência das regras, se excepcionado o direito a reajuste anual (art. 37, X, CF) pela especialidade do art. 29, V e VI, da CF.

A respeito do tema:

> *"(...) x (...) os direitos à irredutibilidade e a revisão geral anual são exclusiva e explicitamente consignados aos servidores públicos stricto sensu e aos agentes políticos investidos, estável ou vitaliciamente, em cargos isolados ou de carreira de natureza técnicocientífica, não se estendendo aos agentes políticos. Em especial, aos municipais, por colidir com a regra da fixação dos subsídios na legislatura precedente em momento anterior às eleições.*" (MARTINS JÚNIOR,Wallace Paiva. Remuneração dos agentes públicos. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 226

Foi nesse sentido, também, a orientação do Órgão Especial do TJSP:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – OSASCO – LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE ESTENDE AO PREFEITO, VICEPREFEITO E SECRETÁRIOS MUNICIPAIS O ÍNDICE DE REAJUSTE QUE VIER A SER APLICADO AO FUNCIONALISMO MUNICIPAL POR OCASIÃO DA REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS – INCONSTITUCIONALIDADE CARACTERIZADA – VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 115, XV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REVISÃO DOS SUBSÍDIOS DE AGENTES POLÍTICOS QUE NÃO PODE SER VINCULADA À DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.*" (ADI nº 2064306- 51.2017.8.26.0000, Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 20.09.17).

Dessarte, entendo inarredável o acolhimento da pretensão inicial, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 2.123, do dia 9 de maio de 2017, do Município de Paranaíba.

De tudo quanto exposto, em consonância com o parecer ministerial, julgo procedentes os pedidos veiculados na inicial declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 2.123/2017, do Município de Paranaíba, em sua integralidade, com efeitos vinculantes e eficácia *retroativa* (deste a data da sua edição). Por conseguinte, extingo o feito, com resolução de mérito, forte no artigo 487, I, do NCPC. Oficie-se ao prefeito municipal e presidente da câmara envolvidos para os devidos fins. Por derradeiro, registro a impossibilidade de fixação de honorários de sucumbência, tendo em vista a inexistência de lide no controle judicial abstrato de constitucionalidade.

Julgamento adiado para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan, após o relator julgar procedente a ação. Os demais aguardam.

VOTO (EM 06/11/2019)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º vogal)

Conforme já relatado pelo eminente Desembargador Sideni Soncini Pimentel, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Ministério Público Estadual em face do Município de Paranaíba, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal nº 2.123/2017 que procedeu à revisão monetária de 30,17% ao subsídio do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais, procurador-geral, controlador, ao chefe de gabinete de prefeito e vereadores em afronta aos artigos 19 e 25 da Constituição Estadual.

A medida cautelar foi deferida às f. 26-32, e o feito foi reunido para julgamento conjunto com os Autos nº 1413949-09.2017.8.12.0000.

As informações de estilo foram prestadas pelo Município de Paranaíba às f. 40-47, aduzindo que não há óbice à revisão geral anual dos agentes políticos, somada à previsão explícita no artigo 29, VI, da Constituição Federal.

A Câmara Municipal de Paranaíba também se manifestou às f. 95-96, defendendo a legalidade da tramitação e teor da aventada lei municipal.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 58-64, opinando pela procedência do pedido formulado.

O douto relator julgou procedente o pedido para declarar "a inconstitucionalidade da Lei nº 2.123/2017, do Município de Paranaíba, em sua integralidade, com efeitos vinculantes e eficácia *retroativa* (deste a data da sua edição)".

Pois bem.

Oportuno destacar inicialmente o quanto estabelecido na indigitada Lei Municipal nº 2.123, de 11 de maio de 2017:

> *"LEI Nº 2.123, DE 09 DE MAIO DE 2017.*
>
> *Concede subsídios município exercício revisa o monetária nos dos agentes políticos do de Paranaíba, MS para o ano de 2017 e dá outras providências.*
>
> *Ronaldo José Severino de Lima, Prefeito do Município de Paranaíba, Estado do Mato Grosso do Sul, usando de suas atribuições legais; faz saber que a Câmara Municipal aprovou e ele sanciona a seguinte Lei:*
>
> ***Art. 1° Fica concedida, para o exercício de 2017, revisão monetária de 30,17% (trinta inteiros e dezessete centésimos por cento) ao subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários Municipais, Procurador-Geral, Controlador, ao Chefe de Gabinete de Prefeito e Vereadores, observados os limites legais.***
>
> *Art. 2° Fica instituído o Décimo Terceiro Salário para Secretários Municipais, Procurador-Geral, Controlador e ao Chefe de Gabinete de Prefeito a título de direito social assegurado a estes servidores pelo Art. 39, § 3º, da Constituição Federal de 1988.*
>
> *Art. 3° Os recursos necessários para fazer face às despesas decorrentes desta Lei estão previstos no orçamento vigente, dispensados os demonstrativos de impacto orçamentário e financeiro, nos termos do artigo 17, § 60, da Lei Complementar n" 101, de 04.5.2000.*
>
> *Art.4° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação com efeitos retroativos ao dia O1 de abril de 2017.*
>
> *Art. 5° Revogam-se as disposições contrárias."* (g.n.)

Como se vê, a lei instituiu, a pretexto de revisão monetária, o aumento de 30,17% no subsídio do prefeito, vice-prefeito, secretários municipais, procurador-geral, controlador, chefe de gabinete e vereadores já com efeitos retroativos a partir de 01.04.2017.

Ao fundamentar a presente ação, foi erigida a afronta aos artigos 19 e 25 da Constituição Estadual que dispõem:

> *"Art. 19.* ***O subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais será fixado pela Câmara Municipal, observados os limites da arrecadação municipal estabelecidos na Lei Orgânica e o disposto na Constituição Federal.***

Parágrafo único. ***O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais, em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe a Constituição Federal e os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica.*** *" (g.n.)*

"Art. 25. A administração pública direta, indireta ou das fundações de qualquer dos Poderes do Estado obedecerá aos princípios da ***legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência****." (g.n.)*

E também nos artigos 23 e 95 da Lei Orgânica do Município de Paranaíba:

"Art. 23. ***À Câmara compete, privativamente, entre outras, as seguintes atribuições****:*

I - eleger sua Mesa Diretora, bem como destituí-la, na forma regimental;

II - elaborar seu Regimento Interno;

III - organizar os seus serviços administrativos;

IV - dar posse ao Prefeito e ao Vice-prefeito, conhecer de sua renúncia e afastá-los definitivamente do exercício do cargo;

V - conceder licença ao Prefeito, ao Vice-prefeito e aos Vereadores para afastamento do cargo;

VI - autorizar o Prefeito, por necessidade de serviço, a ausentar-se do Município por mais de dez dias;

VII - ***fixar, até sessenta dias antes das eleições municipais a remuneração e a verba de representação dos Vereadores, do Prefeito, do Vice-prefeito e dos Secretários Municipais, em cada legislatura para o subseqüente, sobre a qual incidirá imposto de renda e proventos de qualquer natureza, observado o disposto na Constituição Federal, na Constituição Estadual e nesta Lei Orgânica;***

VIII - dispor sobre sua organização, funcionamento e polícia, bem como sobre a criação, o provimento e a extinção dos cargos dos serviços administrativos internos e a fixação dos respectivos vencimentos

(...)"

"Art. 95. ***A remuneração do Prefeito e Vice-Prefeito será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura e antes das eleições para a subsequente, observado o que dispõem os artigos 37, IX, 150, II, 153, § 2º, I, da Constituição Federal, assim como o artigo 19 da Constituição Estadual.***

§ 1º - A verba de representação do Prefeito será fixada anualmente pela Câmara e não poderá exceder de dois terços do valor do subsídio.

§ 2º - A verba de representação do Vice-Prefeito não poderá exceder à metade da fixada para o Prefeito." (g.n.)

Após detida análise dos dispositivos acima citados, tenho que, de fato, o artigo 1º da Lei Municipal nº 2.123, de 11 de maio de 2017, malferiu as disposições expressas da Constituição Estadual, a qual fez remissão ao quanto contido na Lei Orgânica do Município.

Como bem explana Léo Ferreira Leoncy na valorosa obra "Controle de Constitucionalidade Estadual – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro", Editora Saraiva, 2007, p. 71-72:

> *"(...)* ***No processo de controle abstrato de normas no âmbito local, o parâmetro de aferição da legitimidade de leis e atos normativos estaduais e municipais é, exclusivamente, a Constituição do respectivo Estado-membro****.*
>
> ***Esse pressuposto, que decorre da previsão expressa do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, está relacionado, também, a uma série de outras normas constitucionais federais que estabelecem, nos limites territoriais do Estado-membro, a superioridade hierárquico-normativa da Constituição Estadual em relação às demais leis e atos normativos locais.***
>
> *Dentre essas normas, é possível enumerar as que prevêem que:*
>
> *a) os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal (art. 25);*
>
> *b) o Município reger-se-á por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado (art. 29);*
>
> *c) cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, obedecidos os princípios da Constituição Federal (art. 11, caput, ADCT);*
>
> *d) promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual (art. 11, parágrafo único, ADCT);*
>
> *e) o Estado não intervirá em seus Municípios, exceto quando o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual (art. 35, IV).*
>
> ***Conforme se observa, de todas essas normas decorre como inafastável para a configuração do Estado federal previsto na Constituição de 1988 o princípio segundo o qual leis e atos normativos estaduais e municipais devem estar em concordância com a Constituição Estadual.***
>
> ***Nesse sentido, no âmbito do ente federado estadual ou municipal, os Poderes Públicos devem obediência não apenas à Constituição da República, mas, igualmente, estão jungidos à Constituição do respectivo Estado-membro. Tal circunstância deixa evidente, portanto, que a supremacia da Constituição Estadual é um princípio constitucional estabelecido inerente ao Estado federal brasileiro****.*" (g.n.)

Ademais, cumpre esclarecer que a alteração promovida no artigo 29, V , da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/1998 que retirou o termo "em cada legislatura, para a subsequente" da redação do dispositivo não afasta a previsão da Constituição Estadual e da Lei Orgânica do Município de Paranaíba, visto que os municípios têm autonomia para regular o sistema de remuneração de seus vereadores e prefeitos, desde que respeitadas a Constituição da República e a Constituição do respectivo Estado.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento:

> *"(...) que as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 não proibiram a aplicação do princípio da anterioridade, mas apenas retiraram a obrigatoriedade desse princípio, ficando para os municípios, dotados de autonomia a competência para a regulamentação do sistema remuneratório de seus agentes políticos a liberdade para instituí-lo ou não"* (STF, RE 484307 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, DJe-067 Divulg 07-04-2011 Public 08-04-2011 Ement Vol-02499-01 PP-00093).

Trata-se exatamente da hipótese dos autos, visto que a inovação legislativa introduzida com o aumento do subsídio com efeitos retroativos não observou o regramento contido na Constituição Estadual que

expressamente vinculou a obediência à Lei Orgânica do Município que, por sua vez, determinou que a fixação do subsídio está adstrita à regra da anterioridade.

Como se não bastasse a infringência a comando expresso apontado acima, a revisão monetária operada no importe de 30,17%, aos subsídios dos agentes políticos municipais em época de plena contenção de gastos, como amplamente divulgado pela imprensa local[1] à época do indigitado reajuste, revela ofensa também aos Princípios da Impessoalidade e Moralidade.

Há, na hipótese, presença acentuada do patrimonialismo na relação entre os agentes do Estado e a coisa pública. Já na década de 1930, Sérgio Buarque de Holanda expôs em sua obra:

> *"Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles aufere, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos."* (Raízes do Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1971. p. 105-106).

In casu, o vício do patrimonialismo se manifesta na possibilidade dos agentes políticos aumentarem de maneira substancial seus subsídios, inclusive com efeitos retroativos, enquanto as finanças públicas do Município encontravam-se em situação "preocupante" como definiu o próprio prefeito municipal, que não obstante a implementação de vários cortes de despesas, sancionou a lei ora questionada.

Longe de estar contido na discricionariedade do poder constitucional estadual, manifesta flagrante violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, estes de observância cogente, segundo o artigo 25 da Constituição Estadual, em reprodução ao artigo 37, *caput*, da Lei Maior.

Sobre o tema, oportuna a brilhante lição do voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADI 3.853, oriunda de nossa unidade federativa:

> *"Pelo princípio da impessoalidade, expresso no caput do art. 37 da Constituição da República, impõe-se a vedação de concessão de favores, regalias ou proveitos segundo a condição pessoal do beneficiado. Como disse em outra oportunidade, 'o princípio constitucional da impessoalidade administrativa tem como objetivo a neutralidade da atividade pública, fixando como única diretriz jurídica válida para os comportamentos estatais o interesse público. A* ***impessoalidade no trato da coisa pública garante exatamente esta qualidade da res gerida pelo Estado: a sua condição de ser pública, de todos, patrimônio de todos, voltada à concretização do bem de todos e não de grupos ou de algumas pessoas. (…) traduz-se (o princípio da impessoalidade) na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade"*** (Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993. p. 147)
>
> *(...)*
>
> ***O que a Constituição expõe como princípio da Administração Pública, em seu art. 37, caput (e que, de resto, é repetido no art. 25 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul) impõe-se, como é óbvio, para o legislador em face da forma republicana de governo, que não possibilita ao legislador personalizar o que não é condição personalista e, o que é mais, com recursos públicos.***
>
> *(...)*

1 Fonte:
http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2017/01/prefeitura-de-paranaiba-ms-decreta-corte-de-gastos-para-equilibrar-contas.Html
https://www.jpnews.com.br/noticias/miziara-corta-gratificacao-de-professores-da-zona-rural/102079/

> *Também* ***obriga a todos, na forma republicana de governo, o princípio da moralidade pública. Ao direito do cidadão ao governo ético impõe-se ao juiz, ao administrador e ao legislador o dever da moralidade pública, que há de perpassar e informar todos os seus atos***." (STF, ADI 3853, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJe 26-10-2007) (g.n.)

Impõe-se observar, ademais, o malferimento do Princípio da Moralidade que deve permear indelevelmente os atos públicos, quaisquer naturezas que tenham, inclusive os legislativos, haja vista a manifesta subversão dos preceitos constitucionais com a majoração dos subsídios dos agentes políticos no percentual adotado (30,17%) ante a gravidade das finanças públicas e demais cortes de despesas. A propósito, percuciente escólio do Ministro Celso de Mello emanado do marcante voto da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12:

> *"Sabemos todos que* ***a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado***.
>
> ***É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, nao importando em que instância de poder eles se situem***.
>
> *Na realidade - e especialmente a partir da Constituição republicana de 1988 -, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qual: ficar-se como pressuposto de validade dos atos que, fundados ou não em competência discricionária, tenham emanado de autoridade ou órgãos do Poder Público, consoante proclama autorizado magistério doutrinário".* (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, "O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa", 2. ed., 1993, Genesis; MORAES, Alexandre de, "Direito Constitucional", p. 284, item nº 2.3, 3a ed., 1998, Atlas; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, "Curso de Direito Administrativo", p. 132/134, 2. ed., 1995, Malheiros; MELLO, Celso Antônio Bandeira de, "Curso de Direito Administrativo", p. 412/414, itens ns. 14/16, 4. ed., 1993, Malheiros; MEIRELLES, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 83/85, 17. ed., 1992, Malheiros; PIETRO, Maria Sylvia Zanella de, "Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988", p. 116/118, item nº 2.5, 1991, Atlas, v.g.)." (g.n.)

Arrebata a intelecção sopesada a diretiva consignada pelo ilustre Ministro Luiz Fux em voto proferido para acompanhar a relatora no julgamento em 07.04.2011 da ADI 4509 MC, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, pelo Tribunal Pleno, publicado no DJe de 25.05.2011:

> *"E ainda que não houvesse essa simetria explícita, nós estamos no campo também da moralidade da legislação. Hoje há uma abordagem sobre a moralidade dos atos administrativos, mas também o princípio da moralidade aplicável à legislação. E o jurista americano Lon Fuller afirma que* ***há caso em que é preciso se declarar a inconstitucionalidade em razão da ausência de moralidade interna da lei.*** *E eu relembro uma velha passagem de Kelsen quando afirmava que a lesão praticada por um particular em relação a outrem é má, mas a injustiça praticada pelo sistema é absolutamente intolerável. E essa é uma injustiça do sistema. No apagar das luzes, o Estado vai e - digamos assim - vota uma lei, contemplando o benefício que foi excluído pela Constituição Federal em prol da moralidade na vida pública."*

Por todo o exposto, tenho que a procedência do pedido formulado tanto nos Autos nº 1413949-09.2017.8.12.0000 formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Mato Grosso do Sul como no de nº 2000641-33.2018.8.12.0900 movida pelo Ministério Público Estadual é medida de rigor.

Isso posto, acompanho o eminente relator com a única ressalva de que a declaração de inconstitucionalidade deve se restringir ao artigo 1º da Lei do Município de Paranaíba nº 2.123/2017, tal como pleiteado em ambas as ações.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (4º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (10º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (12º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (13º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (14º vogal)

Acompanho o voto do relator.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. 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. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 6 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Apelação Cível nº 0015580-34.1998.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO DE BENS – EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS ANTES DE EXPEDIÇÃO DOS FORMAIS DE PARTILHA (ART. 664 DO CPC) – PREVISÃO EXIGIDA PARA PROCEDIMENTO DIVERSO (ARROLAMENTO COMUM) – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Sendo incontroverso que o procedimento adotado no caso em tela foi o arrolamento sumário (art. 659 do CPC), não há que se confundir com o procedimento do art. 664 do CPC, uma vez que este último regramento refere-se especificamente ao arrolamento comum.

Em conformidade com a legislação processual anterior, já havia expressa determinação contida no art. 1.034, reproduzida atualmente no art. 662 do CPC/2015, no sentido de que questões atinentes ao lançamento, pagamento e quitação de tributos não seriam conhecidas no arrolamento.

Observa-se que apesar de homologada a partilha, o seu registro perante o Cartório de Registro de Imóveis somente será possível mediante a apresentação da quitação ou isenção do tributo. Daí que em nada servirá aos herdeiros a partilha se esta não estiver devidamente registrada. Diante de tais circunstâncias, não haverá prejuízos à Fazenda Pública e aos herdeiros.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de dezembro de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Espólio de Maria Lino de Souza e Espólio e Dorival Faustino de Souza, representados pela inventariante Antônia Maria Rezende de Oliveira, interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos do arrolamento sumário, na qual foi homologado o pedido de adjudicação e intimada a inventariante para, dentre outras providências, comprovar a quitação do ITCD. Sustenta que a partir do novo CPC, art. 659, § 2°, a prova do recolhimento de tributos não é mais condição à homologação da partilha. Defende não haver prejuízo ao fisco, porquanto será intimado para que proceda a cobrança e/ou lançamento de forma administrativa, inclusive com inscrição em dívida ativa se necessário. Prequestiona dispositivos legais. Pugna pelo provimento do recurso para reforma da sentença.

Contrarrazões pelo desprovimento. A Procuradoria de Justiça deixou de exarar parecer.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Espólio de Maria Lino de Souza e Espólio de Dorival Faustino de Souza, representados pela inventariante Antônia Maria Rezende de Oliveira, interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos do arrolamento sumário, objetivando sua reforma.

O julgador singelo homologou o pedido de adjudicação do bem imóvel deixado pelos *de cujus* e declarou extinto o processo, com resolução do mérito. Porém, determinou a intimação da inventariante para apresentar documentos e comprovar o recolhimento do ITCD, sendo que somente após esse ato deverá ser expedido o formal de partilha e elaborada a carta de adjudicação.

Insurge-se a autora através deste apelo alegando que a partir do novo CPC, art. 659, § 2°, a prova do recolhimento de tributos não é mais condição à homologação da partilha. Defende não haver prejuízo ao fisco, porquanto será intimado para que proceda a cobrança e/ou lançamento de forma administrativa, inclusive com inscrição em dívida ativa se necessário.

Pois bem.

A insurgência merece prosperar, uma vez que não há se confundir o procedimento adotado pelo art. 659 (arrolamento sumário) com o procedimento contido no art. 664 do CPC (arrolamento comum).

Nesse sentido, confira os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

> *"(...) Em função do pequeno valor dos bens, o rito do inventário pode ser simplificado, independentemente de acordo geral dos herdeiros (NCPC, art. 664). Mas aqui, ao contrário do que se passa no arrolamento sumário do art. 659, não está excluída a hipótese de divergências e de um contencioso entre as partes. A simplificação do rito, por isso, é menor e bem menos significativa. A escolha do inventariante, por exemplo, observará a ordem de preferência legal, mas o compromisso fica dispensado (art. 664).Nas próprias declarações, o inventariante nomeado descreverá e avaliará os bens, e apresentará o plano de partilha (art. 664).Os herdeiros terão de ser citados, na forma do art. 626, para se manifestarem sobre as declarações (art. 627) e se todos se manifestarem de acordo com o julgamento da partilha pode ser de logo proferido, desde, porém, que seja comprovada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas (art. 664, § 4º). No arrolamento comum também o lançamento e recolhimento do imposto de transmissão serão processados administrativamente (§ 4º). O julgamento da partilha ou da adjudicação, porém, será feito após a quitação do tributo devido, como se deduz do § 5º do art. 664."* (Curso de direito processual civil. 50. ed. Forense, 2016. p. 300/301. v. II)

Ademais, em conformidade com a legislação processual anterior, já havia expressa determinação contida no art. 1.034, no sentido de que questões atinentes ao pagamento de tributos não seriam conhecidas no arrolamento, confira:

> *"No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio".*

Frise-se que o novo Código Processual limitou-se a reproduzir o mesmo regramento no art. 662. Por outro lado, havendo pedido de isenção do tributo formulado pelos autores, conforme se vislumbra à f. 6, tal pretensão deve ser analisada pela Fazenda Pública, nos termos do que dispõe o art. 179 do CTN:

> *"A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão."*

Em matéria similar, confira o precedente exarado por este Tribunal de Justiça:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO SOB O RITO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO – ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO DO ITCMD INCIDENTE SOBRE BEM IMÓVEL – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DOS AUTOS DE ARROLAMENTO – ART. 179 DO CTN E ART 1034, DO CPC – COMPETÊNCIA CONFERIDA À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I -* ***Nos inventários processados sob o rito de arrolamento sumário revela-se incompetente o juízo do inventário para a concessão de isenção de recolhimento do ITCD, por força do artigo 179 do CTN, que confere à autoridade administrativa a competência para aferição do direito do contribuinte à isenção de tal tributo****."* (Apelação Cível 0806690-51.2014.8.12.0021. Relatora: Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges; Comarca: Três Lagoas; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; **Data do julgamento: 29/02/2016**; Data de registro: 03/03/2016) destaquei.

Quanto ao art. 659, este dispõe que:

> *"A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663."*

Note-se que a norma não traz mais a determinação de que a homologação dar-se-ia *"mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas"*, como o fazia o art. 1.031 do CPC/1973. Aludido pagamento somente será exigido para fins de homologação da partilha nos casos de arrolamento comum, previsto no art. 664, § 5º, o que não se verifica nos autos, já que se trata de arrolamento sumário, conforme já exposto anteriormente.

Acerca do tema, leciona Luiz Guilherme Marioni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> *"(...) Também, nesse rito, é vedada a discussão sobre lançamento, pagamento e quitação de taxas e tributos (art. 662 do CPC). Essas discussões serão, se necessário, travadas em processo administrativo próprio, conduzido pelo Fisco, não ficando as autoridades fiscais vinculadas aos valores dados aos bens no arrolamento. Por isso, não há participação da Fazenda Pública no arrolamento sumário, ficando sua atuação reservada exclusivamente ao plano extrajudicial.* ***De toda sorte, diz a lei que após a lavratura do formal de partilha ou da carta de adjudicação, deve-se proceder à intimação do fisco, para que proceda ao lançamento dos tributos devidos.*** *Eventuais discussões a respeito desse lançamento não podem ser conhecidos no processo de arrolamento, devendo ser discutidos, se for o caso, em via própria."* (Curso de processo civil. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 213-214. v. 3) destaquei.

Humberto Theodoro Júnior, também segue o mesmo entendimento:

> *"A sistemática do arrolamento sumário dos arts. 659 a 663 subtraiu do Judiciário o dever de controlar o recolhimento do imposto de transmissão causa mortis (art. 662, § 1º). Exige, apenas, a intimação do fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária (art. 662, § 2º),* ***fato que ocorrerá depois de homologada a partilha ou deferida a adjudicação (art. 659, § 2º). A apuração, lançamento e cobrança do tributo sucessório serão realizados totalmente pelas vias administrativas (art. 662. § 2º). Isto em nada diminui as garantias do Fisco, uma vez que, após a homologação da partilha, o seu registro não se poderá fazer no Registro de Imóveis sem o comprovante do recolhimento do tributo devido (art. 143 da Lei dos Registros Públicos).*** *Por outro lado, independentemente de intervir no processo de arrolamento, a Fazenda Pública não estará adstrita aos valores nele declarados pelas partes. Com isso tornam-se estranhas ao arrolamento todas as questões relativas ao tributo incidente sobre a transmissão hereditária de bens. De tal sorte que, nesse procedimento especial, "não pode a Fazenda Pública impugnar a estimativa do valor dos bens do espólio feita pelo inventariante – valor atribuído tão somente para fins de partilha – e requerer nova avaliação para que se possa proceder ao cálculo do Imposto de Transmissão causa mortis, uma vez que este será sempre objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não podendo ser discutido nos autos de arrolamento"."* (Ob. cit. pág. 299-300) destaquei.

Com efeito, nos termos do art. 173 da Lei de Registro de Imóveis:

> *"(...) O registro resumido consistirá na declaração da natureza do título, do documento ou papel, valor, prazo, lugar em que tenha sido feito, nome e condição jurídica das partes, nomes das testemunhas, data da assinatura e do reconhecimento de firma por tabelião, se houver, o nome deste, o do apresentante, o número de ordem e a data do protocolo, e da averbação,* ***a importância e a qualidade do imposto pago,*** *depois do que será datado e rubricado pelo oficial ou servidores referidos no artigo 142, § 1°."* destaquei.

Observa-se que apesar de homologada a partilha, o seu registro perante o Cartório de Registro de Imóveis somente será possível mediante a apresentação da quitação ou isenção do tributo. Daí que em nada servirá aos herdeiros a partilha se esta não estiver devidamente registrada. Diante de tais circunstâncias, não haverá prejuízos à Fazenda Pública e aos herdeiros.

Este Tribunal já teve oportunidade de analisar a matéria, inclusive em acórdão de minha relatoria. Confira:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO DE BENS – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – TERCEIRO INTERESSADO – EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS ANTES DE EXPEDIÇÃO DOS FORMAIS DE PARTILHA (ART. 664 DO CPC) – PREVISÃO EXIGIDA PARA PROCEDIMENTO DIVERSO (ARROLAMENTO COMUM) – VEDAÇÃO LEGAL QUANTO À DISCUSSÃO ACERCA DE QUESTÕES RELATIVAS A LANÇAMENTO, PAGAMENTO E QUITAÇÃO DE TRIBUTO (ART. 662 DO CPC) – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 659 DO CPC POR AFRONTA AO ART. 192 DO CTN – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Na hipótese, a desenvoltura processual repercutiu negativamente na esfera jurídica do apelante, pois a sentença recorrida possibilitou a expedição dos respectivos formais de partilha após o trânsito em julgado, sem o prévio recolhimento do ITCD, tributo de competência estadual (art. 155, I da CF), restando caracterizado o interesse e legitimidade do recorrente como terceiro prejudicado. 2. Em sendo incontroverso que o procedimento adotado no caso em tela foi o arrolamento sumário (art. 659 do CPC), não há que falar em aplicação do art. 664 do CPC, uma vez que este último regramento refere-se especificamente ao arrolamento comum. 3. Em conformidade com a legislação processual anterior, já havia expressa determinação contida no art. 1.034, reproduzida atualmente no art. 662 do CPC/2015, no sentido de que questões atinentes ao lançamento, pagamento e quitação de tributos não seriam conhecidas no arrolamento. 4. Não há se falar em hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas tão somente em "âmbitos materiais distintos". Daí que, não restando dúvidas quanto ao excesso legislativo em se atribuir ao art. 192 do CTN natureza de lei complementar, possível sua derrogação por lei ordinária mais recente, tendo em vista a perda do seu status de lei complementar para simples lei ordinária, ficando, pois, rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 659 do CPC/2015."* (TJMS. Apelação nº 0800258-90.2018.8.12.0048, Rio Negro, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 18/12/2018, p: 08/01/2019)

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça comunga do mesmo entendimento. Confira:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA – ARROLAMENTO SUMÁRIO – PARTILHA AMIGÁVEL DE BENS – EXPEDIÇÃO DE FORMAL INDEPENDENTEMENTE DA COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DO ITCD – EXEGESE DO ART. 659, § 2º, DO CPC/2015 – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. 1. A controvérsia tem por objeto decisão que, em Arrolamento Sumário (com partilha amigável dos bens), autorizou, com suporte no art. 659, § 2º, do CPC, a expedição do formal de partilha e demais documentos, independentemente da comprovação de quitação do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD) sobre os respectivos bens. (...)* ***6. Em relação à expedição do formal de partilha, é inegável que a entrada em vigor do novo CPC introduziu, de forma expressa, a inversão do procedimento no CPC revogado. Com efeito, no CPC/1973, o art. 1.031, § 2º, registrava que a expedição do formal de partilha somente seria feita depois de transitada em julgado a sentença de homologação e, ao mesmo tempo, fosse verificado pela Fazenda Pública o pagamento de todos os***

> ***tributos. 7. Diferentemente, o art. 659, § 2º do atual CPC prescreve que basta a certificação do trânsito em julgado da decisão judicial referente à partilha dos bens para a expedição dos alvarás competentes, reservando-se a intimação da Fazenda Pública para momento posterior, a fim de que promova o lançamento administrativo dos tributos pertinentes, os quais não serão objeto de discussão e/ou lançamento no arrolamento de bens.*** *8. O Tribunal de origem valeu-se de fundamento constitucional para afirmar que a disciplina do novo CPC não invadiu matéria reservada à Lei Complementar, motivo pelo qual devem ser considerados parcialmente revogados o art. 192 do CTN e o art. 31 da LEF. Transcreve-se o seguinte excerto do voto condutor: "Se tais razões não bastassem, diante de possível conflito entre o artigo 659, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil, e o artigo 192 do Código Tributário Nacional, prevalece o primeiro, em razão de critério cronológico, ou seja, a norma posterior prevalece sobre a anterior". 9. Como se infere, a Corte local, ao aplicar a regra do art. 659, § 2º, do CPC de 2015, afirmou que o aparente conflito com o art. 192 do CTN e com o art. 31 da LEF se resolve segundo o critério cronológico (lei posterior revoga a anterior), particularmente com base na premissa de que a norma do Código Tributário Nacional versa sobre Direito Processual, não reservado ao campo da Lei Complementar (art. 146, III, da CF/1988), razão pela qual não há inconstitucionalidade no tratamento conferido pelo atual CPC. 10. No Recurso Especial, a tese defendida é de que o art. 659, § 2º, do CPC invadiu tema relacionado às garantias do crédito tributário, o que revela que a controvérsia possui fundamento constitucional, devendo ser resolvida por meio do Recurso Extraordinário interposto pelo ente público. 11. A Segunda Turma, em recentes julgados, adotou a conclusão aqui proposta. Precedentes: REsp 1.759.143/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.2.2019; REsp 1.739.114/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.4.2019. 12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."* (REsp 1798541/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 18/06/2019) frisei

Dou por analisada implícita ou explicitamente a matéria prequestionada.

Posto isto, conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação para o fim de reformar a sentença apenas no sentido de permitir a expedição do formal de partilha e carta de adjudicação sem necessidade de recolhimento do ITCD, cuja guia de recolhimento respectiva deverá ser apresentada por ocasião dos registros perante o cartório imobiliário competente.

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. Alexandre Bastos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 3 de dezembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Apelação Cível nº 0804941-28.2016.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – FALTA INTERESSE – DOAÇÃO REALIZADA POR ESCRITURA PÚBLICA SEM REGISTRO – NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO BEM ANTES DE SER FIRMADO CONTRATO DE LOCAÇÃO E PROPOSITURA DA AÇÃO EXECUTIVA – AUSÊNCIA DE REGISTRO IRRELEVÂNCIA – FRAUDE À EXECUÇÃO – MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA – PEDIDO PREVENTIVO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS IMÓVEIS OBJETO DE DOAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRIÇÃO E/OU PERIGO – FALTA DE INTERESSE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RESISTÊNCIA DOS EMBARGOS – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 303 DO STJ – REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO

No que se refere ao pedido de tutela de urgência para fins de sobrestar o andamento da ação executiva, não possuem os apelantes o necessário interesse/necessidade, uma vez que a execução encontra-se suspensa até o trânsito em julgado dos presentes embargos de terceiro.

A ausência de escritura pública no CRI não impede o reconhecimento da posse invocada pelos embargantes. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que o mero compromisso de compra e venda desprovido de registro, assim como a escritura pública sem registro, constitui instrumento hábil para justificar a posse (Súmula nº 84).

Nada evidencia se tratar de fraude de execução, já que a doação por meio de escritura pública é bem anterior ao ajuizamento da execução.

Com relação aos demais imóveis, em razão de não terem sido objeto de penhora, ou haver ameaça de constrição, falta aos apelantes o necessário interesse. É que se vislumbra do art. 674 do CPC.

A Súmula 303 do STJ dispõe que: *"Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios"*. Entretanto, havendo resistência às pretensões do terceiro, afasta-se a aplicação da referida súmula. Redistribuição da sucumbência. Possibilidade.

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, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

E. C. C. P. e D. C. D. interpõem recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de improcedência proferida nos autos da ação de embargos de terceiro interpostos em face de M. E. A. Sustentam os recorrentes

que são proprietários e possuidores de boa-fé do imóvel penhorado, eis que a escritura de doação é datada de 09.10.2007, muito anterior ao contrato de locação; que a Súmula 84 do STJ dispõe que devem ser resguardados os direitos daquele que possui escritura não levada ao registro imobiliário, mormente quando verificável por outros meios a condição de *dominus* do imóvel; que à época da lavratura da escritura de doação os embargantes estavam em tenra idade, com 13 e 5 anos, respectivamente, devendo ser resguardados seus direitos, uma vez que não participaram de qualquer relação jurídica com a exequente; que na sentença de reconhecimento e dissolução de união estável foi reconhecido que logo após o primeiro período de convivência, que se findou em setembro de 2007, foi feito acordo de partilha, no qual A. ficaria, dentre outros bens, com os 05 lotes de terrenos no Solar das Gaivotas, e que tal acordo é válido; que no acordo de partilha entre N. e A. não se viu motivos para se constar a doação para os filhos. Pugnam pela concessão de tutela de urgência para sobrestar o andamento da ação executiva e, ao final, pelo provimento do recurso, reconhecendo a posse dos embargantes sobre o imóvel objeto de litígio, ante a escritura de doação e os demais documentos constantes dos autos, desconstituindo-se a penhora efetuada.

Contrarrazões f. 211-215.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por E. C. C. P. e D. C. D. objetivando a reforma da sentença de improcedência proferida nos autos da ação de embargos de terceiro interpostos em face de M. E. A. Sustentam os recorrentes que são proprietários e possuidores de boa-fé do imóvel penhorado, eis que a escritura de doação é datada de 09.10.2007, muito anterior ao contrato de locação; que a Súmula 84 do STJ dispõe que devem ser resguardados os direitos daquele que possui escritura não levada ao registro imobiliário, mormente quando verificável por outros meios a condição de *dominus* do imóvel; que à época da lavratura da escritura de doação os embargantes estavam em tenra idade, com 13 e 5 anos, respectivamente, devendo ser resguardados seus direitos, uma vez que não participaram de qualquer relação jurídica com a exequente; que na sentença de reconhecimento e dissolução de união estável foi reconhecido que logo após o primeiro período de convivência, que se findou em setembro de 2007, foi feito acordo de partilha, no qual A. ficaria, dentre outros bens, com os 05 lotes de terrenos no Solar das Gaivotas, e que tal acordo é válido; que no acordo de partilha entre N. e A. não se viu motivos para se constar a doação para os filhos. Pugnam pela concessão de tutela de urgência para sobrestar o andamento da ação executiva e, ao final, pelo provimento do recurso, reconhecendo a posse dos embargantes sobre o imóvel objeto de litígio, ante a escritura de doação e os demais documentos constantes dos autos, desconstituindo-se a penhora efetuada.

Da Tutela de urgência

Inicialmente, no que se refere ao pedido de tutela de urgência para fins de sobrestar o andamento da ação executiva, não possuem os apelantes o necessário interesse/necessidade, uma vez que a execução encontra-se suspensa até o trânsito em julgado dos presentes embargos de terceiro, conforme se vislumbra do despacho proferido à f. 137 daqueles autos.

Do mérito

Pelo que se vislumbra dos autos, E. C. C. P. e D. C. D. ingressaram com embargos de terceiro alegando que imóvel especificado pela matrícula nº 38.415 é um dos 05 lotes de terreno localizados no loteamento Solar das Gaivotas, em Três Lagoas, os quais foram doados aos embargantes em 09/10/2007, com reserva de usufruto à genitora A., por força de escritura pública não levada a registro; que aludida doação ocorreu oito anos antes da separação dos pais dos autores, bem como da empresa da genitora sofrer processo de execução. Ao final requereram a liberação da constrição judicial em face do bem penhorado objeto da matrícula nº 38.415, e, preventivamente, dos outros quatro lotes de terrenos determinados pelas matrículas nºs 21.014, 43.952, 21.013 e 44.169.

Pois bem.

Como cediço, a propriedade de bem imóvel se transfere somente com o registro do ato translativo no órgão competente, em decorrência de expressa disposição legal (artigo 1.245 do Código Civil); no entanto, restou demonstrado que os embargantes detêm a posse sobre o imóvel penhorado em data bem anterior à propositura da ação executiva. Assim, a ausência de registro da doação no CRI não impede o reconhecimento da posse invocada pelos embargantes.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que o mero compromisso de compra e venda desprovido de registro constitui instrumento hábil para justificar a posse (Súmula nº 84), o que também se estende a escritura pública sem registro. Neste sentido:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL –* ***EMBARGOS DE TERCEIRO –*** *COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO –* ***ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA – SÚMULA 84/STJ – CABIMENTO – AQUISIÇÃO DE IMÓVEL ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO –*** *MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. (Súmula 84/STJ). 2. No caso, a Corte de origem, com fundamento na prova documental e testemunhal produzida, concluiu que os embargantes comprovaram que a aquisição do imóvel mediante escritura pública, embora não registrada, foi anterior ao ajuizamento da execução e, em consequência, ao registro da penhora, reconhecendo a boa-fé dos adquirentes. A modificação desse entendimento exigiria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Não enseja a interposição de recurso especial matéria que não tenha sido debatida no acórdão recorrido, tendo em vista a ausência do necessário prequestionamento. Aplicação, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do STF. 4. Agravo interno a que se nega provimento."* (AgInt no AREsp 900.090/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 09/09/2019) destaquei.

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL –* ***EMBARGOS DE TERCEIRO*** *– DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO – INSURGÊNCIA DO EMBARGADO. 1. É inviável a análise de teses não deduzidas no apelo extremo, alegadas apenas em agravo interno por se caracterizar inovação recursal, rechaçada por este Tribunal Superior. Precedentes. 2. O Tribunal local dirimiu a matéria efetivamente submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. Não havendo qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, inocorrente a ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973. 3.* ***Não configura fraude à execução a existência de doação por escritura pública, ainda que não levada a registro em cartório, realizada em momento anterior à constituição da hipoteca e subsequente penhora, mesmo que haja relação de parentesco entre os doadores e os donatários, como no caso dos autos. Aplicação da Súmula 84 do STJ. Incidência do teor da Súmula 83/STJ. 4. Agravo interno desprovido.*** *"* (AgInt no REsp 1295643/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 17/09/2018) destaquei.

E mais,

> *"EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA – DESCONSTITUIÇÃO – ESCRITURA PÚBLICA DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. 1. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de do compromisso de compra e venda, ainda que desprovido de registro (Súmula nº 84/STJ). 2.* ***Não obstante a ausência de registro, a Escritura Pública de Cessão e Transferência de Direitos, se apresenta como justo título para amparar a pretensão da parte embargante.*** *"* (TRF-4. Apelação Cível 5045003-56.2015.4.7100. Pub. 30/01/2018) destaquei.

> *"EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA E ESCRITURA PÚBLICA – CONSTRIÇÃO IRREGULAR – RECURSO PROVIDO.* ***O comprador de imóvel pode, ainda que a escritura pública não tenha sido levada a registro,***

> ***por meio de embargos de terceiro, excluir a constrição do citado bem**, objeto de compra e venda realizada antes da existência do direito que se busca resguardar mediante a medida de indisponibilidade, desde que ausente demonstração de má-fé."* (TJMG. Apelação Cível 10422120001751001. Pub. 22/09/2017) destaquei.

Consequentemente, há que ser reformada a sentença de improcedência, ao menos em relação ao imóvel penhorado e registrado sob nº 38.415. É que com relação aos demais imóveis, em razão de não terem sido objeto de penhora, ou haver ameaça de constrição, falta aos apelantes o necessário interesse.

É o que se vislumbra do art. 674 do CPC:

> *"Quem, não sendo parte no processo, s**ofrer 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." destaquei.*

Daí que o presente recurso não há que ser conhecimento em relação aos imóveis identificado pelos registros 21.014, 43.952, 21.013 e 44.169.

Com relação a condenação em verba honorária, dispõe a Súmula 303 do STJ:

> *"Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".*

A rigor, não poderia a requerida responder pela sucumbência nos presentes, uma vez que o bem indicado à constrição não mais pertencia a devedora/executada em face da escritura pública de doação não levado ao registro no Cartório de Imóveis.

Entretanto, havendo resistência às pretensões do terceiro, afasta-se a aplicação da referida súmula.

Este Tribunal vem decidindo a questão:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – SÚMULA Nº 303 DO STJ – INAPLICABILIDADE – OFERECIMENTO DE RESISTÊNCIA PELA PARTE CREDORA EMBARGADA – DEVER DE ARCAR COM OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – VERBA HONORÁRIA REDUZIDA – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO. I. Afasta-se a aplicação da referida Súmula quando o embargado (exequente) opõe resistência às pretensões do terceiro embargante, desafiando o próprio mérito dos embargos. II. Nas hipóteses como a presente, em que não houve condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, nos termos do § 4º, do art.20, do código de processo civil."* (TJMS; APL 0800326-77.2011.8.12.0018; Paranaíba; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson; DJMS 07/05/2013; Pág. 26)

Ainda,

> *"PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DO REGISTRO DO IMÓVEL PENHORADO – RESISTÊNCIA DO EMBARGADO – PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CUSTAS PROCESSUAIS – REEMBOLSO DEVIDO. 1. 'Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.' (Enunciado nº 303, Súmula STJ) 2. Somente não se aplica a referida súmula quando o embargado (exequente), mesmo com a ausência de registro do imóvel penhorado, opõe resistência às pretensões do terceiro embargante, desafiando o próprio mérito dos embargos. Precedentes STJ. 3. A isenção da Fazenda Pública em arcar com as custas e despesas processuais não abrange a obrigação de reembolsar as despesas processuais feitas pela parte vencedora. Precedentes TJES."* (TJES; APL 0700612-79.2007.8.08.0024; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; Julg. 26/01/2015; DJES 05/02/2015).

Diante do exposto, conheço em parte do presente recurso de apelação e dou-lhe provimento apenas para o fim de excluir da penhora respectiva o lote de terreno matriculado sob nº 38.415 perante o CRI de Três Lagoas/MS. Consequentemente, redistribuindo a sucumbência, cada parte deverá arcar com 50% das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 17 de dezembro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0000537-93.2005.8.12.0039 – Pedro Gomes

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE DESTINAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO DE RECEITA DE IMPOSTOS NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO – ART. 212 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRESENÇA DO DOLO GENÉRICO – CONFIGURAÇÃO DE ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) – SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS MANTIDAS – MULTA CIVIL REDUZIDA.

Configura-se ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa) a ausência de destinação do percentual mínimo de receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino prevista no art. 212 da Constituição Federal.

As cominações previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/91 podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Manutenção das sanções de suspensão dos direitos políticos de proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e redução do valor da multa civil.

Recurso conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1º de outubro de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Manoel Alves de Morais Neto interpõe recurso de apelação, f. 615-619, contra a sentença de parcial procedência do pedido formulado em ação civil pública por ato de improbidade administrativa (f. 558-584). O réu foi condenado, com fundamento no art. 12, III, da Lei 8.429/92, nas seguintes penalidades: a) suspensão dos direitos políticos pelo período de 03 (três) anos; b) 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 período de 03 (três) anos; c) multa civil no valor de 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida pelo réu no exercício do cargo de prefeito, cuja quantia resultante deverá ser corrigida monetariamente pelo INPC desde o ajuizamento desta ação (art. 1º, § 2º, da Lei 6.899/81) e acrescida de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 CC c/c art. 161, § 1º, CTN), a contar da citação.

Sustenta a legalidade no ato praticado ante a insignificância da conduta, pois houve erro de cálculo na inicial, apontando diferença de R$ 3.541,20 entre o valor arrecadado e o aplicado na educação. Alega a impossibilidade de utilização de cálculos elaborados pelo Tribunal de Contas, para fundamentação da procedência do pedido. Afirma ausência de dolo na conduta, apenas mera irregularidade administrativa ou simples erro de cálculo e, por isso, não estaria configurado ato de improbidade administrativa. Pretende a reforma da sentença. Subsidiariamente, a redução das sanções aplicadas, mantendo somente a multa civil na quantia de uma vez a remuneração recebida pelo réu.

Contrarrazões às f. 624-635. O Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, f. 642-657.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Manoel Alves de Morais Neto interpõe recurso de apelação, f. 615-619, contra a sentença de parcial procedência do pedido formulado em ação civil pública por ato de improbidade administrativa (f. 558-584). O réu foi condenado, com fundamento no art. 12, III, da Lei 8.429/92, nas seguintes penalidades: a) suspensão dos direitos políticos pelo período de 03 (três) anos; b) 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 período de 03 (três) anos; c) multa civil no valor de 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida pelo réu no exercício do cargo de prefeito, cuja quantia resultante deverá ser corrigida monetariamente pelo INPC desde o ajuizamento da ação (art. 1º, § 2º, da Lei 6.899/81) e acrescida de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 CC c/c art. 161, § 1º, CTN), a contar da citação.

Fundamentação

O Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Manoel Alves de Morais Neto. Alegou que o réu, na condição de Prefeito de Pedro Gomes, teve sua prestação de contas relativa ao exercício do ano 2000 rejeitada pelo Tribunal de Contas do Estado, porque não aplicou o mínimo obrigatório na manutenção e desenvolvimento do ensino, em violação à Constituição Federal. Assim, sustentou ocorrência de dano ao erário, com fundamento no art. 10, IX e XI, e art. 11, ambos da Lei nº 8.429/92 e pretendeu a condenação do réu nas sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Quando se trata de responsabilização por ato de improbidade administrativa, é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/92, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.

Não há necessidade da ocorrência de efetiva lesão ao erário quando se trata da conduta prevista no art. 11 da LIA. Nesse sentido, é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao consignar "para a configuração da conduta como ímproba, tipificada pelo art. 11 da Lei 8.429/92 - violação de princípio da administração, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo, por outro lado, torna-se despicienda a demonstração de dano ao erário" (AgInt nos EAREsp 262.290/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 17/08/2016).

Por sua vez, para a configuração da conduta tipificada no art. 11 da Lei nº 8.429/92, é necessária a demonstração do dolo genérico (consciência e vontade do agente praticar os elementos objetivos do tipo).

Na hipótese, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não se trata de conduta insignificante e tampouco ocorreu erro de cálculo na apuração dos valores não repassados à educação.

Conforme se depreende dos relatórios confeccionados pela 4ª Inspetoria Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas, análise processual nº 405/2001 (f. 130-145) e análise conclusiva nº 671/2001 (f. 157-180), relativos ao exercício financeiro de 2000, bem como o parecer nº 230/2002 emitido pelo Corpo Especial da Auditoria do Tribunal de Constas do Estado (f. 183-189), foi aplicado percentual inferior ao exigido pela Constituição para a manutenção e desenvolvimento do ensino público, ao se verificar o total das arrecadações.

De acordo com os documentos, em 2000, o Município de Pedro Gomes/MS teve a arrecadação total de R$ 4.097.277,94 (quatro milhões, noventa e sete mil, duzentos e vinte sete reais e noventa e quatro centavos).

A Constituição Federal prevê no art. 212 que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Dessa forma, em 2000, o Município deveria ter aplicado, para a manutenção e desenvolvimento do ensino, R$ 1.024.319,48 (um milhão, vinte e quatro mil, trezentos e dezenove reais e quarenta e oito centavos).

Entretanto, foi apurada a destinação de apenas R$ 965.971,09, correspondendo a 23,57% (vinte e três, cinquenta e sete por cento). Ou seja, faltaram R$ 58.348,39 para a correta transferência.

Além disso, verifica-se na tabela juntada à f. 185, que além de aplicada quantia menor em relação ao recurso constitucional, também houve irregular repasse dos valores provenientes de convênio com a União, de forma que ao todo R$ 82.120,01 não foram aplicados.

Assim, os cálculos apresentados na inicial estão corretos e não se trata de pequeno valor, ao contrário do sustentado pelo recorrente. A sentença fora proferida nos limites apresentados. Saliento, também, a possibilidade de utilização dos cálculos realizados pelo Tribunal de Contas Estadual para embasar a ação civil pública por ato administrativo (sequer a condenação administrativa pelo órgão de fiscalização teria o condão de afastar eventual apuração de ato de improbidade administrativa pelo mesmo fato).

O dolo genérico (consciência e vontade do agente praticar os elementos objetivos do tipo), de outro lado, também está demonstrado. A conduta de não repassar tais quantias na manutenção e desenvolvimento do ensino é tão reprovável que, inclusive, a depender das circunstâncias, pode se autorizar a intervenção do Estado no Município, conforme prevê o inciso III do art. 35 da Constituição Federal.

Nesse contexto, é evidente o dolo genérico na conduta do réu de não direcionar os valores destinados ao ensino, conforme determina a Constituição Federal, suficiente para a caracterização do ato ímprobo atentatório aos princípios. Foram mais de oitenta mil reais não repassados ao ensino de Município que à época, ano 2000, tinha aproximadamente 8.500 habitantes[1]. A omissão no repasse adequado ao ensino municipal, dessa forma, certamente afetou a população local.

Saliento, não é possível acolher a justificativa de desorganização, pois tal afirmativa ofende ao princípio da razoabilidade. Este objetiva impedir atuação desarrazoada do administrador, de forma a não ser possível a atuação do agente público, valendo-se do cargo ou função, com falsa intenção de cumprir a lei, agindo de forma arbitrária, fora dos padrões éticos e adequados ao senso comum.

A conduta de se omitir em relação ao repasse das quantias determinadas pela Constituição Federal foi consciente e voluntária, voltada para a realização dos elementos objetivos que compõem os atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NÃO DESTINAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO DE RECEITA DE IMPOSTOS NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO*

1 Disponível em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/MS/Anexos/Mapa%20Oportunidades/Livreto_Pedro%20Gomes.Pdf (consulta realizada em 05/09/2019, às 16:19h).

DO ENSINO – ART. 212 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONDUTA COMISSIVA POR OMISSÃO, CUJA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO COMPETE AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS.

1. Recurso especial no qual se discute a caracterização de ato ímprobo em razão da não destinação de 25% das receitas provenientes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme determinação do art. 212 da Constituição Federal.

2. O administrador público, que não procede à correta gestão dos recursos orçamentários destinados à educação, salvo prova em contrário, pratica conduta omissiva dolosa, porquanto, embora saiba, com antecedência, em razão de suas atribuições, que não será destinada a receita mínima à manutenção e desenvolvimento do ensino, nada faz para que a determinação constitucional fosse cumprida, respondendo, assim, pelo resultado porque não fez nada para o impedir.

3. Caracterizado o ato ímprobo, verifica-se que não há desproporcionalidade na aplicação das penas de suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e de pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município.

4. Recurso especial não provido." (REsp 1195462/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013)

Assim, mantenho a condenação do réu por ato de improbidade administrativa, disposto no art. 11, VI, da Lei nº 8.429/92.

Subsidiariamente, o réu pretende a exclusão da sanção de suspensão dos direitos políticos e a redução da multa civil para 01 remuneração.

A regra prevista no art. 12 da Lei 8.429/92 autoriza aplicar de forma isolada ou cumulativa as sanções nele previstas, avaliadas pelo magistrado de acordo com a gravidade do fato.

Na hipótese, o apelante foi condenado com fundamento no art. 11 da Lei nº 8.429/92, nas sanções de suspensão dos direitos políticos pelo período de 03 (três) anos; 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 período de 03 (três) anos; multa civil no valor de 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida pelo réu no exercício do cargo de Prefeito, cuja quantia resultante deverá ser corrigida monetariamente pelo INPC desde o ajuizamento da ação (art. 1º, § 2º, da Lei 6.899/81) e acrescida de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 CC c/c art. 161, § 1º, CTN), a contar da citação.

O inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa dispõe:

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos."

O réu agiu contra diversos princípios da administração pública ao deixar de repassar porcentagem direcionada ao ensino por ordem constitucional. Conforme citado, não observou os princípios da publicidade,

da indisponibilidade do interesse público e da razoabilidade atuando em nítida desvantagem do Município de Pedro Gomes ao não cumprir seu dever com relação ao ensino municipal.

Assim, por ter transgredido os bens jurídicos protegidos pelo artigo 11 da Lei nº 8.429/92, conduta de acentuada gravidade, convém manter a suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos ao réu.

Em relação ao valor da condenação ao pagamento de multa em 10 (dez) vezes o valor da última remuneração percebida na função pública exercida, impõe-se sua redução para 05 (cinco) vezes, ao se considerar a ausência de parâmetro mínimo legal, mas a existência de limite em cem vezes o valor da remuneração.

O valor equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da última remuneração percebida na função pública exercida revela-se razoável e não configura excesso, sendo suficiente a punir a conduta ímproba do réu em deixar de prestar as contas solicitadas.

Por fim, quanto à 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 período de 03 (três) anos, também deve ser mantida, pois adequada às circunstâncias do caso concreto.

Dispositivo

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor da multa ao valor correspondente a 05 (cinco) vezes a última remuneração.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, em parte com o parecer, 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, 1º de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0809214-05.2019.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ALTERAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO NO REGISTRO CIVIL – EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO – ABANDONO AFETIVO – SITUAÇÃO QUE CONFIGURA JUSTO MOTIVO – POSSIBILIDADE

Em que pese a imutabilidade conferida aos nomes pela Lei dos Registros Públicos, excepcionalmente e com justo motivo, há possibilidade de exclusão de apelido de família por meio de decisão judicial.

O abandono afetivo e material configuram justo motivo a permitir a exclusão do sobrenome de genitor, respeitando-se, assim, a unidade familiar concreta e a dignidade da pessoa, que não pode ser constrangida a carregar patronímico gerador de angústias. Precedentes do STJ e do STF.

Recurso conhecido e provido.

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

Campo Grande, 8 de outubro de 2019

Des. Vilson Bertelli

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de recurso de apelação interposto por C. A. P. R. da S. e C. A. P. R. da S. contra a sentença de improcedência dos seus pedidos formulados na inicial (f. 26-27).

As apelantes alegam, em suma, que o patronímico paterno pode ser excluído de seus nomes, vez que entendem que o abandono afetivo caracteriza justo motivo para alteração dos nomes civis na certidão de nascimento (f. 31-35).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Fundamentação

Inicialmente cumpre fazer constar que as recorrentes se insurgem tão somente quanto ao indeferimento do pedido de exclusão do sobrenome do pai biológico de seus nomes, expressamente deixando de pleitear a reforma da sentença para remoção da filiação paterna.

Se infere dos autos que as requerentes C. A. P. R. da S. e C. A. P. R. da S. pretendem a remoção do patronímico paterno "da S.", ante o completo abandono material e afetivo por parte do pai biológico, J. F. da S.

Bom, por não existirem quaisquer questões que devam ser analisadas preliminarmente, passo ao exame do mérito da apelação.

Conforme narrado na inicial, a última vez que a mãe das apelantes viu ou teve notícias do pai biológico foi no ano de 2000, quando estas tinham aproximadamente 2 (dois) anos.

Na declaração de f. 16, C. informou que ela e a irmã nunca tiveram convívio ou laços emocionais com o genitor.

Importante mencionar também que os documentos juntados às f. 9-14 indicam que as recorrentes só passaram a ter ciência da inclusão do patronímico paterno, "da S.", na certidão de nascimento, aos 20 anos de idade.

A sentença julgou improcedente a retificação dos registros civis por entender que os arts. 56 e 57 da Lei dos Registros Públicos fixam como regra a imutabilidade do nome no ordenamento jurídico pátrio e que não houve motivo bastante a justificar a alteração.

A sentença deve ser reformada.

A seguir, os artigos aludidos:

> *"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.*
>
> *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."*

A lei que dispõe sobre os registros públicos (Lei 6.015/73 ou LRP), de fato pretendeu a proteção da sociedade e da ordem jurídico-social, enrijecendo, assim, a possibilidade desimpedida de mudança do nome.

No entanto, apesar da hipótese disposta no art. 56 da LRP (pessoa com 18 anos) expressamente impossibilitar a alteração dos apelidos de família, mesma orientação não foi tomada pelo legislador no que concerne ao art. 57, visto que não traçou concatenação direta entre ambos, bastando que exista justo motivo para que o nome possa ser alterado.

O nome de uma pessoa é um direito de fundamentação legal e constitucional, que recebe amparo na dignidade da pessoa, princípio este que engloba os direitos à personalidade. O art. 16 do Código Civil apregoa que "*toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*". Já a Constituição Federal de 1988 emana que é fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB).

Por conta disso, as cortes superiores passaram a entender que a imutabilidade do nome é um princípio de aplicabilidade mitigada, já que, podendo obstar a efetividade de direitos fundamentais (qual seja, o da dignidade humana), sua supremacia irretocável poderia opor-se ao "*próprio papel que o nome desempenha na formação e consolidação da personalidade da pessoa*"[1].

1 Ministra Nancy Andrigui, REsp nº 1412260/SP.

Máxime se faz destacar também que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o abandono afetivo é justo motivo a fundar a supressão do apelido de família. Pela relevância que se denota, seguem julgados que retratam o explanado:

> *"HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA – MODIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO – ACRÉSCIMO DO NOME DE PADRASTRO –* **EXCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO PAI BIOLÓGICO –** *SITUAÇÃO CONCRETA EXAMINADA PELA CORTE DE JUSTIÇA DA BAVIERA, ALEMANHA –* **PRESERVAÇÃO** *DO INTERESSE DO MENOR E* **TUTELA DA PERSONALIDADE** *– INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA – SOBERANIA NACIONAL PRESERVADA –* **REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO.**
>
> *Verificado pelo juízo de delibação que a decisão homologanda fez atuar os direitos da personalidade, não se observa embargo à procedência do pedido de homologação, na medida em a inclusão de novo patronímico ao nome do menor, com a exclusão do nome de família do pai biológico, respeita sua vontade e preserva sua integridade psicológica perante a unidade familiar concreta.*
>
> *Precedentes desta Corte em superação à rigidez do registro de nascimento, o que afasta eventual ferimento à ordem pública ou à soberania nacional.*
>
> *Interpretação condizente com o respeito à dignidade da pessoa humana, que é fundamento basilar da República Federativa do Brasil.*
>
> *Pedido de homologação deferido."* (SEC 5.726/EX, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 29/08/2012, DJe 13/09/2012) – Destaquei.
>
> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL –* **REGISTRO CIVIL – NOME – ALTERAÇÃO – SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO – ABANDONO PELO PAI NA INFÂNCIA – JUSTO MOTIVO – RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO – INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI Nº 6.015/73 – PRECEDENTES.**
>
> *1.* **O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro**
>
> **2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público.**
>
> **3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna.**
>
> *4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial.*
>
> *5. Recurso Especial Provido."* (REsp 1304718/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015) – Destaquei.

Não fosse suficiente, os documentos supracitados, juntados às f. 9-14, asseveram que as recorrentes tiveram as suas identidades enquanto pessoas solidificadas, ao longo de toda a sua vida nos sobrenomes "P. R.", só passando a ter ciência da inclusão do patronímico paterno "da S." na certidão de nascimento, aos 20 anos de idade.

Assim, estando presente aos autos os elementos indicativos de que houve durante toda a vida das apelantes o abandono afetivo, consubstanciado em desapego moral e negligência material por parte do pai biológico, diante do constrangimento que a associação a tal sobrenome resulta às recorrentes (seja pelas

memórias negativas ou inexistência completa de vínculo, etc) e em respeito às suas personalidades, que foram moldadas nos patronímicos "P. R." ao longo de toda as suas vidas, julgo procedente o pedido das recorrentes.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto e dou-lhe provimento, a fim de que volte a constar, no assentamento da certidão de nascimento das recorrentes, os nomes C. A. P. R. e C. A. P. R., resultado da exclusão do patronímico paterno.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 8 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0802770-63.2013.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - SUCESSÃO EMPRESARIAL – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – PROVA DISPENSADA – DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – QUITAÇÃO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

Em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça a sucessão empresarial não se equipara aos casos de identificação errônea do sujeito passivo. A empresa sucessora assume o patrimônio da sucedida e passa a responder em nome próprio pelas dívidas desta última. Responsabilidade automática. Alegação de ilegitimidade passiva afastada.

Decisão conforme documentos constantes no processo, sendo desnecessária dilação probatória. Recorrente não demonstra a pertinência da realização de prova pericial. Cerceamento de defesa não configurado.

Conforme Súmula 555 do Superior Tribunal de Justiça, na ausência de declaração do imposto devido, o prazo decadencial quinquenal para lançamento inicia no primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado.

Ausência de comprovação da quitação do tributo. Auto de lançamento regularmente constituído pelo fisco.

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, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. (Sust. oral: Dr. Carlos Marcelo Gouveia)

Campo Grande, 10 de dezembro de 2019.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Brf - Brasil Foods S/A interpõe apelação cível (f. 322-337) contra sentença (f. 292-302) de rejeição dos embargos à execução fiscal, apresentados em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega ter realizado apuração e recolhimento do ICMS, ainda que a menor (f. 155-161). Dessa forma o termo inicial do prazo decadencial de cinco anos para homologação do lançamento pela administração pública é a ocorrência do fato gerador, conforme art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Pretende seja acolhida a prejudicial de decadência. Ademais, aduz ter atuado nos limites legais, pois apurou o tributo devido utilizando saldo credor existente e devidamente escriturado em seus livros fiscais, tendo transportado o remanescente para período posterior. Sustenta ser nula a Certidão de Dívida Ativa, pois consta como devedora

pessoa jurídica extinta por incorporação (Eleva Alimentos S/A). Também alega ser nula a sentença, pois indeferida prova pericial postulada pela ora recorrente, a fim de esclarecer a cobrança indevida do imposto.

Contrarrazões às f. 425-432.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Brf - Brasil Foods S/A interpõe apelação cível (f. 322-337) contra sentença (f. 292-302) de rejeição dos embargos à execução fiscal, apresentados em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Fundamentação

Ilegitimidade passiva

Em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça a sucessão empresarial não se equipara aos casos de identificação errônea do sujeito passivo. A empresa sucessora assume o patrimônio da sucedida e passa a responder em nome próprio pelas dívidas desta última.

Assim, se inexiste comunicação aos órgãos cadastrais, antes da notificação do lançamento tributário, há responsabilidade automática da empresa incorporadora, independentemente de qualquer outra diligência da Fazenda Pública.

Confira-se o precedente do STJ:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS CADASTRAIS COMPETENTES – RETIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO – DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA – HIPÓTESE QUE NÃO COMPORTA A APLICAÇÃO DA SÚMULA 392/STF – MATÉRIA UNIFORMIZADA NA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO STJ 1. A controvérsia sub examine versa sobre Execução Fiscal ajuizada contra empresa incorporada, sem que tal evento societário tenha sido regular e devidamente comunicado aos órgãos cadastrais específicos. 2. O Tribunal a quo afastou a aplicação da Súmula 392/STJ ao caso, por entender que a incidência do referido verbete sumular somente se justifica nas hipóteses de erro ou equívoco do Fisco, à luz do princípio da causalidade, o que não se verifica na situação dos autos, em que, em razão da ausência de comunicação, no momento adequado, dos dados cadastrais do veículo no Detran, a Fazenda foi levada a erro e propôs a ação contra a empresa incorporada. Concluiu o acórdão recorrido ser permitido o processamento da demanda contra a sucessora da empresa incorporada, nos termos do art. 132 do CTN, sendo descabida a extinção do feito por ilegitimidade de parte. 3. A recorrente defende que o feito deveria ter sido extinto porque, em tais casos, seria necessária a substituição da CDA, com a retificação do sujeito passivo; acrescentou que tal procedimento esbarraria na orientação de que não é possível promover tal tipo de alteração, à luz da Súmula 392/STJ - "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução". 4. A jurisprudência das turmas que compõem a seção de direito público era controvertida, no que tange à incidência da Súmula 392/STJ na situação em análise. Todavia, por ocasião do julgamento dos EREsp 1.695.790/SP (Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 26/3/2019), consagrou-se a orientação de que a sucessão empresarial não se equipara à hipótese de identificação errônea do sujeito passivo, pois a empresa sucessora assume todo o patrimônio da empresa sucedida, respondendo em nome próprio pela dívida desta última. Inexistindo comunicação aos órgãos cadastrais competentes, antes da notificação do lançamento, a hipótese enseja responsabilidade tributária automática*

da empresa incorporadora, independentemente de qualquer outra diligência do ente público credor. 5. Recurso Especial não provido." (REsp 1702084/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/10/2019, DJe 16/10/2019)

No caso, apesar de ajuizada a execução contra Eleva Alimentos S/A, esta foi incorporada pela Brf - Brasil Foods S/A, o que enseja sua automática responsabilidade pelo débito, nos termos da fundamentação acima. Inclusive, a incorporadora atuou durante todo o trâmite processual e só levantou a preliminar de ilegitimidade no recurso, ato contrário à boa-fé e à cooperação processual.

Portanto, deve ser afastada a alegação de ilegitimidade passiva.

Cerceamento de Defesa

Afasto a preliminar de cerceamento de defesa. O juiz decidiu conforme documentos constantes no processo e entendeu desnecessária a dilação probatória, motivo pelo qual passou ao imediato julgamento.

Ademais, o recorrente não demonstra a pertinência da realização de prova pericial, a qual não serve para demonstrar quitação de tributo quando inexistente qualquer prova documental neste sentido.

Decadência

A embargante sustenta decadência do direito de o fisco constituir o crédito tributário.

Houve imposição de multa à recorrente em 07/10/2010 (f. 246), a fim de constituir o crédito tributário de fatos geradores ocorridos em junho de 2005 (f. 246).

Nos termos da Súmula 436 do Superior Tribunal de Justiça a declaração entregue pelo contribuinte, em que reconhece o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensadas outras providências pelo fisco.

Na hipótese, a embargante não reconheceu como devido o débito, pois pretendeu utilizar-se de creditamento, motivo pelo qual a súmula é inaplicável. Tampouco houve demonstração do alegado recolhimento a menor do imposto.

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 (01/01/2006), tendo terminado em 30/12/2010.

Portanto, deve ser afastada a prejudicial.

Alegação de quitação do débito

A parte recorrente aduz ter atuado nos limites legais, pois apurou o tributo devido utilizando saldo credor existente e devidamente, escriturado em seus livros fiscais, tendo transportado o remanescente para período posterior.

No entanto, não há qualquer demonstração neste sentido. Os documentos de f. 155-161 mencionados pelo recorrente, além de praticamente ilegíveis, não comprovam existência de saldo credor a ser compensado, tampouco recolhimento efetivo do tributo, ainda que a menor.

Por outro lado, o saldo de ICMS constatado pelo fisco foi devidamente discriminado e fundamentado, sendo o ato dotado de presunção de regularidade e legitimidade, elementos que não foram desconstituídos pelo contribuinte.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos pela recorrente ao patrono da parte recorrida para 15% sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. (Sust. oral: Dr. Carlos Marcelo Gouveia)

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, 10 de dezembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Agravo de Instrumento nº 1410334-40.2019.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NA OBJEÇÃO OPOSTA ANTERIORMENTE PELO SÓCIO ADMINISTRADOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO ENVIADA AO ENDEREÇO DE SÓCIO QUE NÃO MAIS PERTENCIA À SOCIEDADE – ENVIO EM CONFORMIDADE COM OS DADOS CONSTANTES NO CADASTRO FISCAL – ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO QUE DEVERIA TER SIDO COMUNICADA AO FISCO – ÔNUS DO SUJEITO PASSIVO DO TRIBUTO – PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A solução da objeção de pré-executividade, apresentada pelo sócio-administrador, estende seus efeitos àquela oposta posteriormente pela sociedade empresarial, dado o litisconsórcio passivo necessário existente entre eles.

Se a época da notificação realizada pelo Fisco o referido sócio já havia se retirado do quadro societário, era dever da agravante providenciar a alteração no cadastro fiscal, consoante determinação contida nos arts. 7º e 17 do Anexo IV do Regulamento do ICMS (Aprovado pelo Decreto Estadual nº 9.203, de 18 de setembro de 1998).

O proceder do litigante deve entravar o trâmite processual e causar prejuízo a parte contrária, a fim de que seja possível responsabilizá-lo por dano processual, o que não ocorreu na espécie, motivo pelo qual deve ser afastada a pena por litigância de má-fé.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Platina Comércio, Importação Exportação Ltda interpõe recurso em face da decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que não conheceu da objeção de pré-executividade, oposta nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Defende que a decisão proferida na objeção de pré-executividade oposta pelo sócio Moacir Oliveira não pode surtir efeitos em relação ao agravante, pois apenas ingressou na lide por ocasião da apresentação da presente objeção.

Afirma que além do tema da ocorrência da prescrição, que segundo o juízo *a quo* já foi apreciado quando do julgamento da objeção apresentada pelo sócio Moacir, a presente objeção defende também a nulidade do crédito tributário, pois não houve a devida notificação do lançamento do crédito tributário, pois segundo o procedimento administrativo fiscal anexado aos autos, a notificação teria sido realizada pelo Correio, entretanto, em endereço que jamais pertenceu à agravante (Av. Marechal Floriano, s/nº, Distrito de Sanga Puitã, Município de Ponta Porã/MS), pois à época estava estabelecida na rua Pedro Celestino Varela, 573, Jardim Flórida II, no Município de Dourados, conforme descrito na Sétima Alteração Contratual (f. 823 dos autos na origem). Inclusive, além de enviar a notificação para endereço equivocado, o agravado ainda remeteu a pessoa que se encontrava desligada dos quadros societários à época (Sr. Georges Youssef Ibrahim Júnior).

Aduz que há época detinha filial na cidade de Dourados/MS, onde inclusive foram enviadas as mercadorias que originaram a cobrança do crédito tributário, logo, era de conhecimento do agravado que a agravante estava estabelecida no Município de Dourados/MS.

Pontua que a notificação por edital também deve ser tida por indevida, pois não houve uma única tentativa válida de notificação pessoal da agravante.

Por fim, pugna pela concessão da tutela antecipada para determinar a suspensão do feito executivo, sendo após dado provimento ao recurso para que seja acolhida a exceção de pré-executividade para determinar a extinção do feito executivo ou, subsidiariamente, afastada a multa por litigância de má-fé.

Recurso tempestivo e devidamente recolhido o preparo recursal, sendo indeferido o pedido de tutela antecipada.

Contraminuta pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Platina Comércio, Importação e Exportação Ltda interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que não conheceu da objeção de pré-executividade, oposta nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

A agravante opôs objeção de pré-executividade em face do feito executivo ajuizado pelo agravado, tendo o magistrado proferido a seguinte decisão:

> *"Trata-se de Objeção de Pré-executividade proposta por Platina Comércio Importação e Exportação Ltda, qualificada nos autos, em face do Estado de Mato Grosso do Sul, igualmente qualificado, na qual aparte excipiente alega, em suma, a nulidade de notificação realizada no processo administrativo e a decadência do crédito tributário.*
>
> *Impugnação à peça de objeção às f. 836-844.*
>
> *É o importa relatar.*
>
> *Decido.*
>
> *A parte excipiente pretende a extinção do crédito tributário oriundo das CDA's nº 1770/2003T e nº 1771/2003T, sob a alegação de nulidade de notificação realizada no processo administrativo que as originou, bem como alegando a decadência dos referidos créditos.*
>
> *No entanto, da análise dos autos verifico que tais questões já foram objeto de apreciação nestes autos às f. 319-321, face a objeção proposta pelo representante legal da executada, Moacir Oliveira de Almeida, verificando-se, portanto, a coisa julgada.*

O art. 502 do Código de Processo Civil estabelece que "denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso."

A coisa julgada se caracteriza pela identidade de partes, de objeto e de causa de pedir entre dois processos, no qual já existe pronunciamento judicial com trânsito em julgado sobre o primeiro deles.

Preclusa a via recursal do ato decisório, ou seja, operado o trânsito em julgado da decisão meritória, o édito jurisdicional passa a integrar o ordenamento jurídico como expressão da vontade da Lei:

(...)

Nesse sentido, não pode o ordenamento jurídico admitir mais de um pronunciamento sobre a mesma matéria, em demanda que envolvam as mesmas partes e a mesma relação jurídica.

Destaco que embora a objeção que alega matéria similar a já julgada, tenha sido proposta por parte diversa, no caso dos autos verifica-se a hipótese de litisconsórcio passivo necessário, de modo que a decisão de mérito proferida em face de um dos executados produz efeito sobre s demais, na forma do art. 115, do CPC, contrario sensu, visto que ambos participavam da relação processual quando prolatada a decisão de f. 319-321.

Portanto, reconhecida a coisa julgada em relação ao objeto da presente objeção, não pode esta ser conhecida.

Posto isso, não conheço a Objeção de Pré- executividade de f. 793-806.

II - Da litigância de má-fé

Os arts. 80 e 81, do Código de Processo Civil, disciplinam a respeito da litigância de má-fé, bem como sobre a penalidade aplicada ao litigante desleal ao seu adversário processual:

(...)

No caso vertente, verifico que a parte excipiente deduziu defesa contra fato incontroverso e, portanto, incorreu na infração prevista pelo art. 80, I, do CPC.

Da análise dos autos, verifica-se que fora alegada matéria que já se encontrava estável pela coisa julgada, com a cópia da decisão já acostada aos presentes autos.

Não obstante ambas as objeções terem sido opostas por partes distintas, verifico que há litisconsórcio entre ambos, na qualidade de empresa e representante legal. Ademais, os excipientes (de f. 165-174 e f. 793-806) são representados pelo mesmo advogado, que é o signatário de ambas as exceções.

Nesse sentido, é manifesta a negligência da parte excipiente, de modo que se encontra satisfeito o elemento subjetivo. De seu turno, o prejuízo objetivo se caracteriza pelo óbice na marcha processual, o qual ficou paralisado aguardando pronunciamento judicial sobre a matéria, unicamente em razão do abuso do direito de petição da parte excipiente, que deduziu nova peça de defesa sobre matéria já julgada.

Posto isso, condeno a parte excipiente por litigância de má-fé, em multa que arbitro em 4% (quatro por cento) do valor atualizado da causa, pelo índice IPCA-E, desde a data da propositura da ação, até a data do pagamento.

Deixo de arbitrar a indenização prevista pelo art. 81, parte final, do CPC, visto que esta se traduzirá pela incidência de juros moratórios sobre o valor principal, posto que o dano objetivo considerado, foi o óbice na marcha processual.

Dispositivo

Ante o exposto, deixo de conhecer a Objeção de Pré-executividade proposta por Platina Comércio Importação e Exportação Ltda, em razão do reconhecimento da prejudicial de coisa julgada a respeito do pedido deduzido.

Condeno a parte excipiente por litigância de má-fé, em multa de 4% (quatro por cento) do valor atualizado da causa, pelo índice IPCA-E, desde a data da propositura da ação, até a data do pagamento.

Sem custas e honorários."

Este é o fato posto sob análise.

O agravado ajuizou demanda no intuito de cobrar débito fiscal oriundo das Certidões de Dívida Ativa nº 1770/2003 e 1771/2003, no valor de R$ 679.807,82, oriundas dos processos administrativos nº 10418/2003 e 10419/2003, respectivamente.

A dívida de natureza tributária decorre de ICMS incidente sobre operações da agravante entre os anos de 1998 e 1999.

Pois bem.

Quanto a extensão dos efeitos da decisão anterior que apreciou a objeção de pré-executividade oposta pelo sócio Moacir Oliveira de Almeida (f. 319-321 dos autos na origem), tenho pela manutenção da decisão do juízo singular.

O referido é sócio administrador da agravante, em conformidade com a Cláusula Quinta de seu contrato social (f. 809 dos autos na origem), situação mantida nas alterações contratuais posteriores, além do que, compõem o pólo passivo do feito executivo.

Em sendo assim, a solução da defesa processual incidente por ele apresentada produz efetivamente efeitos à agravante, dado o litisconsórcio passivo necessário existente entre eles, sendo totalmente descabida a afirmação de que somente ingressou nos autos com a apresentação de sua objeção de pré-executividade – alegação que de tão desarrazoada refletiu em sua sanção pelo juízo singular a pena da litigância de má-fé.

Dessa forma, resta preclusa a discussão acerca da prescrição do crédito tributário.

Ademais, o agravante defende a nulidade do crédito tributário em razão de não ter sido notificado do lançamento do crédito tributário, sendo que além de remetida a notificação por carta para o endereço que jamais possuiu, bem como o sócio que já havia se retirado do quadro societário, além do que, ainda providenciou a notificação por edital.

Ocorre que o argumento também não prospera.

As notificações dos lançamentos foram enviadas por carta no endereço daquele que constava no Cadastro Fiscal do agravado como representante legal da agravante, ou seja, ao Sr.. Georges Youssef Ibrahim Júnior, em conformidade com o disposto no contrato social (f. 809 dos autos de origem).

Assim, se a época da notificação realizada pelo Fisco o referido sócio já havia se retirado do quadro societário, era dever da agravante providenciar a alteração no cadastro fiscal. Nestes termos a determinação contida no Anexo IV do Regulamento do ICMS (Aprovado pelo Decreto nº 9.203, de 18 de setembro de 1998):

"Art. 2º A inscrição deverá ser requerida pelo contribuinte ou seu representante legal, mediante formulários apropriados, modelos anexos, nos quais constarão as informações necessárias:

I - à sua própria identificação, dos responsáveis e do técnico incumbido dos serviços fisco-contábeis (art. 44);

II - à localização do estabelecimento;

III - a complementarem o cadastro estadual, nos termos deste Anexo.

(...)

Art. 7º O sujeito passivo deve comunicar ao órgão fazendário estadual ou a outro órgão, por este especificamente indicado, qualquer alteração ocorrida em seu domicílio tributário, inclusive o domicílio tributário eletrônico, no prazo de vinte dias, contado do evento.

(...)

Art. 17. Deverá, também, ser apresentada a FAC, quando se verificar a alteração de dados cadastrais da pessoa ou do estabelecimento, relativamente à composição do capital ou dos sócios, do ramo de negócio ou da atividade, da natureza jurídica, do técnico responsável, do endereço e outras que impliquem na modificação dos dados anteriormente fornecidos, aplicando-se à hipótese o disposto no art. 12, no que couber."

Neste passo, frustrada a tentativa de notificação do lançamento (f. 221-222 e f. 278-280 dos autos de origem), com acerto a notificação realizada por edital (f. 223 e 281 dos autos de origem), nos termos do que autoriza a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), aplicável ao procedimento do lançamento:

"Art. 8º O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

(...)

IV - o edital de citação será afixado na sede do juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterá, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos corresponsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do juízo."

Portanto, não é razoável admitir que a agravante que descumpriu com seu dever de manter atualizado o cadastro fiscal, tente beneficiar-se alegando suposta nulidade por falta de notificação, de modo que com acerto os fundamentos apresentados pelo juízo *a quo* para não conhecer da objeção apresentada.

Por fim, quanto a multa por litigância de má-fé aplicada pelo juízo singular, tem-se que o art. 80 do Código de Processo Civil prevê como litigante 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.

Vislumbra-se que o proceder do litigante deve entravar o trâmite processual e causar prejuízo a parte contrária, a fim de que seja possível responsabilizá-lo por dano processual.

No presente caso, havia a discussão sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada, ou seja, se efetivamente repercutiria sobre a agravante pessoa jurídica os efeitos da decisão proferida em insurgência aventada anteriormente por um de seus sócios.

Dessa forma, a necessidade de solução judicial para indicar que os efeitos da coisa julgada repercutiriam sobre o presente feito indicam que a pretensão da agravada não possuía o viés da incontrovérsia que serve de

amparo a incidência da pena por litigância de má-fé do art. 80, I/CPC, motivo pelo qual deve ser afastada a sanção processual.

Assim, não sendo admitida a condenação por presunção, e inexistindo provas a esse respeito, rejeita-se o pedido de condenação por litigância de má-fé.

Diante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para afastar a sanção por litigância de má-fé estabelecida pelo juízo singular.

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. Alexandre Bastos.

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, 5 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Conflito de Competência Cível nº 1602031-53.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUÍZO DA 2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA E REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE CAMPO GRANDE X JUÍZO DA 16ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS PERICIAIS – PARTE VENCIDA – BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA – ESTADO – ART. 2º, ALÍNEA '"B", INCISO I, DA RESOLUÇÃO Nº 221/1994 – CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE.

Em conformidade com o disposto no art. 2º, alínea "b", inciso I, da Resolução nº 221/1994, a Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande é competente para processar e julgar o cumprimento de sentença, referente aos honorários periciais, quando o devedor é o Estado de Mato Grosso do Sul, em virtude de ser a parte vencida na demanda de conhecimento beneficiária da justiça.

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, julgar improcedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande suscita o presente conflito negativo de competência em face do juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos do cumprimento de sentença intentado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

O suscitado afirma que, por se tratar de cumprimento de sentença movido em desfavor de parte estranha à lide original, é inaplicável, à espécie, o disposto no art. 516, II, do Código de Processo Civil, mas sim o contido no art. 2º, alínea "b", inciso I, da Resolução nº 221/1994 do Tribunal de Justiça.

O suscitante, por sua vez, defende que, nos termos do art. 516, II, do Código de Processo Civil, a competência para a execução de título judicial é do juízo de formação do referido título, pois a titularidade da obrigação permanece com o autor sucumbente que, em havendo alteração de sua condição de miserabilidade no período de cinco anos, deverá ressarcir o erário, de modo que a dívida não é da Fazenda Pública.

Requereu, por fim, a instauração do conflito negativo de competência, com a posterior declaração de competência do juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande para o processamento e julgamento do cumprimento de Sentença nº 0823810-70.2014.8.12.0001.

Dispensada a requisição de informações ao juízo suscitado, por já se encontrar suficientemente fundamentada a decisão de remessa do feito ao juízo suscitante (f. 30).

VOTO

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

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande em face do juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos do cumprimento de sentença intentado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra o Estado de Mato Grosso do Sul.

Na ação de conhecimento ajuizada por Elsa Roque de Paula Chaves em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, este se sagrou vencedor, em virtude da improcedência do pedido autoral.

Considerando o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei Federal nº 8.620/93, a autarquia demandada antecipou os honorários periciais na ação em que a referida autora era beneficiária da assistência judiciária gratuita, de modo que agora propõe cumprimento de sentença contra o Estado de Mato Grosso do Sul, visando ser ressarcida da verba adiantada.

Feitas estas considerações, entendo que razão não socorre ao suscitante, pois, em se tratando de cumprimento de sentença proposto contra o Estado de Mato Grosso Sul, que não integrou a lide principal, não há vínculo com o juízo que fixou os honorários periciais em primeiro grau de jurisdição.

Logo, não procede a aplicação da regra prevista no art. 516, II, do Código de Processo Civil, eis que incabível a instauração da fase de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública perante a Vara que tramitou a demanda originária, devendo-se, portanto, ser observado o disposto no art. 2º, alínea "b", inciso I, da Resolução nº 221/1994, redigido nos seguintes termos:

> *"Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:*
>
> *(...)*
>
> *b) aos das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:*
>
> *1. os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público, com exceção daqueles de competência das Varas de Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos;"*

Em situação análoga, já tive oportunidade de assim decidir:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUÍZO DA 2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA E REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE CAMPO GRANDE – COMPETENTE – PROCESSAR E JULGAR CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS PERICIAIS – PARTE VENCIDA – BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – ESTADO – ART. 2º, ALÍNEA 'b', INCISO I, DA RESOLUÇÃO TJMS N. 221/1994 – CONFLITO PROCEDENTE. Em conformidade com o disposto no art. 2º, alínea 'b', inciso I, da Resolução TJMS n. 221/1994, a Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande será competente para processar e julgar o cumprimento de sentença, referente aos honorários periciais, quando o devedor é o Estado de Mato Grosso do Sul, em virtude de ser a parte vencida beneficiária da justiça"* (TJMS. Conflito de competência cível n. 1601438-58.2018.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 31/10/2018, p: 05/11/2018).

No mesmo sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS PERICIAIS FIXADOS EM AÇÃO EM QUE A PARTE SUCUMBENTE É BENEFICIÁRIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – DEMANDA EXECUTIVA AUTÔNOMA INSTAURADA CONTRA O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM A LIDE ORIGINÁRIA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA E DE REGISTROS PÚBLICOS - Conforme previsto na da Resolução nº 221/1994 do TJMS, é competente o juízo da vara de fazenda pública e de registros públicos para examinar pretensão executiva que tem por objeto a cobrança de honorários periciais fixados em desfavor de beneficiário da assistência judiciária gratuita, mormente porque o executado não foi parte na demanda originária, o que não vincula o juízo de origem e o feito é, obviamente, de interesse das Fazenda Pública Estadual. - Conflito de competência julgado improcedente" (TJMS. Conflito de competência cível n. 1601121-26.2019.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 27/09/2019, p: 30/09/2019).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL DECORRENTE DE HONORÁRIOS PERICIAIS PROMOVIDA EM FACE DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PARTE AUTORA DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – CRÉDITO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – COMPETÊNCIA DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA – CONFLITO IMPROCEDENTE. Conforme consta no art. 2º, alínea 'b', I, da Resolução n. 221/94, é da competência da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos os processos em que a parte autora era beneficiária da justiça gratuita e o título que se originou o crédito tem como devedor o Estado, diante da inexistência de vínculo com o juízo onde se discutiu o título, ou seja, da 2ª Vara Cível Residual, haja vista que a execução em tela é movida contra Fazenda Pública, atraindo, pois, a competência do juízo especializado" (TJMS. Conflito de competência cível n. 1601590-72.2019.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 21/08/2019, p: 22/08/2019).

Ante o exposto, julgo improcedente o presente conflito negativo, e, via de consequência, declaro a competência do juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande para processar e julgar o cumprimento de sentença ajuizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face do Estado de Mato Grosso do Sul (Autos nº 0823810-70.2014.8.12.0001).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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, 26 de novembro de 2019.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Conflito de Competência Cível nº 1602032-38.2019.8.12.0000 – Aquidauana

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – CUMPRIMENTO DO ACORDO CELEBRADO EM AÇÃO DE DIVÓRCIO – VENDA E ALUGUEL DO IMÓVEL – COMPETÊNCIA RELATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE O JUIZ, DE OFÍCIO, DECLINAR DA COMPETÊNCIA – SÚMULA 33 DO STJ – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ANASTÁCIO – CONFLITO PROCEDENTE.

Segundo a Súmula nº 33 do STJ: "*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*".

Sendo relativa a regra da competência territorial, cuja questão foi objeto de acordo nos autos do divórcio processado na Comarca de Anastácio, não é permitido ao magistrado singular, de ofício, declinar de sua competência.

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

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, com o objetivo de ver reconhecida a competência do juízo da Comarca de Anastácio, para processar e julgar a ação de extinção de condomínio c/c cobrança de aluguéis proposta por S. S. R. em face de M. A. de S. C. (Proc. nº 0800388-68.2018.8.12.0052).

Alega que se tratando de competência relativa e ausente impugnação de qualquer parte ou interessado, é defeso ao juiz reconhecer a incompetência de ofício.

Requer a instauração do conflito negativo de competência e, após seu regular processamento, que seja declarado competente o juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio, para processar e julgar a ação de extinção de condomínio c/c cobrança de aluguéis proposta por S. S. R. em face de M. A. de S. C. (Proc. nº 0800388-68.2018.8.12.0052).

Dispensada a requisição de informações ao juízo suscitado por já encontrar-se suficientemente fundamentada sua tese de incompetência do feito (f. 2-3).

VOTO

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

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, com o objetivo de ver reconhecida a competência do juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio, para processar e julgar a ação de extinção de condomínio c/c cobrança de aluguéis proposta por S. S. R. em face de M. A. de S. C. (Proc. nº 0800388-68.2018.8.12.0052).

Requer a instauração do conflito negativo de competência e, após seu regular processamento, que seja declarado competente o juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio, para processar e julgar a ação de extinção de condomínio c/c cobrança de aluguéis proposta por S. S. R. em face de M. A. de S. C. (Proc. nº 0800388-68.2018.8.12.0052).

Pelo que se pode observar dos autos principais, a autora S. S. R. ingressou com a ação de extinção de condomínio c/c cobrança de aluguéis em face de M. A. de S. C., "*divorciou-se do requerido na data de 25 de junho do ano de 2013, fazendo prova pela juntada do Termo de Audiência e Mandado de Averbação de Sentença de Divórcio, extraídos dos Autos nº 0800368-87.2012.8.12.0052 - (doc. 03/04).*"

> *"(...) As partes convencionaram na audiência de divórcio, que o imóvel caracterizado por, 01 (um) lote de terreno situado na Comarca de Aquidauana - MS, no lugar denominado Vila Nossa Senhora Aparecida, determinado sob nº 17, com frente para a Rua Antonio João, medindo doze metros de frente por vinte e sete metros e meio, onde acha-se edificada residência popular não averbada, devidamente cadastrado no CRI da Comarca de Aquidauana - MS, Transcrição nº 20008, do Lº 3-Q, às f. 138, seria partilhado entre requerente e requerido, com posterior avaliação para venda futura, sendo esta homologada na ocasião do divórcio.*
>
> *Contudo, após inúmeras tentativas por parte da requerente, esta não obteve amigavelmente êxito em partilhar o bem do casal, em decorrência da não aceitação pelo requerido, que após algum tempo voltou a residir no referido imóvel, alegando ser de sua propriedade e por isso não pretende desocupá-lo, tampouco concorda em vendê-lo.*
>
> *Esclarece a requerente que o requerido chegou a desocupar o imóvel, porém, cerca de três meses depois, após ter o mesmo separado da outra esposa, aproveitando que um filho do casal estava no imóvel, voltou para o mesmo sem a anuência da requerente, contudo, até então a requerente não havia tomado nenhuma providência, pois acreditava que a qualquer tempo iriam vender o imóvel;*
>
> *Em virtude do passar do tempo e não terem resolvido a venda do imóvel, a requerente procurou pelo requerido e exigiu do mesmo um aluguel, o qual então há exatamente seis meses vem pagando para a mesma a quantia de R$250,00 (duzentos e cinquenta reais) até que a casa fosse vendida.*
>
> *Inúmeras foram as vezes que a requerente tomou conhecimento que o requerido informa que a casa não está à venda, sendo assim, ultimamente como a requerente paga aluguel no valor de R$350,00 (trezentos e cinquenta reais), não acha justo o que está acontecendo e então procurou novamente o requerido, propondo ao mesmo pagar um valor maior e justo pelo aluguel ou a desocupação da casa, ou seja, pagar o valor de R$450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), cujo momento, o requerido recusou tal proposta e ainda ameaçou a requerente de morte, conforme boletim de ocorrência registrado na Delegacia de Polícia desta cidade sob nº 505/18 - (doc. 05).*
>
> *Dessa forma, não resta se não outra opção à requerente, em pedir a tutela jurisdicional, para que esta situação seja regularizada, ou seja, que o requerido desocupe o imóvel, a fim de ser o mesmo avaliado e vendido, com a consequente partilha na proporção de 50% para requerente e requerido.*"

Constou do acordo homologado entre as partes nos Autos nº 0800368-87.2012.8.12.0052.

> *"(...). As partes chegaram no seguinte acordo: Concordam com o divórcio do casal. O autor desiste do pedido indenizatório e a requerida desiste do pedido de alimentos e da partilha da motocicleta. As partes concordam que irão partilhar o imóvel descrito na inicial,*

> *colocando à venda e dividindo o produto. A venda será feita por valor a ser levantado por avaliação judicial do imóvel, podendo, entretanto, ser alienada por valor inferior, desde que ambas as partes estejam de acordo. A casa será colocada, imediatamente, à venda, entretanto, tem o autor o prazo de 90 dias para deixar o imóvel. Enquanto isso, será ele obrigado a permitir a visita de possíveis compradores levados pelo advogado da requerida, desde que contactado antes.*"

Verifica-se, portanto, que a pretensão deduzida na ação de extinção de condomínio c/c cobrança de aluguéis é o cumprimento do acordo celebrado entre as partes, na ação de divórcio litigioso, cuja ação foi interposta no juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio.

Não se aplica, portanto, ao caso o disposto no art. 47 do CPC/2015.

Segundo a Súmula nº 33 do STJ: "*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*".

No caso em apreço, sendo relativa a regra da competência territorial, não é permitido ao magistrado singular, de ofício, declinar de sua competência.

A respeito do tema, lecionam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, *in* Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, volume 1, 15ª edição revista e atualizada, Editora: Revista dos Tribunais, p. 149:

> *"(...).*
>
> *Visto essa matéria sob o ângulo da parte, isto é, daquele que demanda ao Poder Judiciário uma solução para determinada lide, a competência territorial nos leva à determinação do foro competente, isto é, do local em que se deva ajuizar ação contra determinada pessoa.*
>
> *Em princípio, quando uma norma se servir de critério territorial para fixar a competência, o desrespeito a esse dispositivo gera, como regra geral vício relativo. (...)*"

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para reconhecer a competência do juízo da Comarca de Anastácio, para processar e julgar a ação de extinção de condomínio c/c cobrança de aluguéis proposta por S. S. R. em face de M. A. de S. C. (Proc. nº 0800388-68.2018.8.12.0052).

Comunique-se aos juízos interessados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

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, 26 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1410554-38.2019.8.12.0000 – São Gabriel do Oeste

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXCEÇÃO PRÉ-EXECUTIVIDADE – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA DEVEDORA – CONTRATO FIRMADO APENAS COM A PESSOA DO SÓCIO – ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA DA EMPRESA – REJEITADA – DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA – CONFUSÃO PATRIMONIAL DEMONSTRASDA – FORMULAÇÃO DE DIVERSOS INSTRUMENTOS DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – REPRESENTANTE LEGAL CREDOR E DEVEDOR DA PRÓPRIA FACTORING – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Restando demonstrada nos autos a confusão patrimonial, em que o executado se utilizou da proteção da pessoa jurídica para firmar instrumentos de confissão de dívida, de forma a ocultar todos os seus bens bem como, que a empresa agravante fechou as portas de forma irregular, deve ser mantida a decisão agravada com a desconsideração inversa da personalidade jurídica, admitindo-se a empresa no polo passivo da execução a fim de que também responda pelas obrigações de seu sócio.

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, 1º de outubro 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 agravo de instrumento interposto por Capital Mercantil e Factoring Ltda na Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0800169-58.2013.8.12.0043, proposta por Vani Terezinha Basso, contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS, que rejeitou objeção de pré-executividade, sob o argumento de ser a agravante parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, diante da confusão entre a pessoa física João Batista Medeiros, sócio administrador, e a pessoa jurídica.

Argumenta que inexistem provas da confusão patrimonial e, nos contratos exequendos não consta a assinatura do representante legal da empresa agravante, não sendo devedora do título, razão pela qual não há falar em título hábil em face da recorrente, configurando assim a sua ilegitimidade passiva, impondo-se a extinção do processo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, f. 68-69.

Contraminuta, f. 72-77.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Capital Mercantil e Factoring Ltda na Ação de Execução de Título Extrajudicial nº 0800169-58.2013.8.12.0043, proposta por Vani Terezinha Basso, contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de São Gabriel do Oeste/MS, que rejeitou objeção de pré-executividade, sob o argumento de ser a agravante parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, diante da confusão entre a pessoa física João Batista Medeiros, sócio administrador, e a pessoa jurídica.

Argumenta que inexistem provas da confusão patrimonial e, nos contratos exequendos não consta a assinatura do representante legal da empresa agravante, não sendo devedora do título, razão pela qual não há falar em título hábil em face da recorrente, configurando assim a sua ilegitimidade passiva, impondo-se a extinção do processo.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, f. 68-69.

Contraminuta, f. 72-77.

Uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, conheço do presente agravo de instrumento e passo ao exame do mérito.

Em que pesem os argumentos, a pretensão recursal não merece ser acolhida.

Neste sentido, primeiramente, em consulta o SAJ, constata-se que a empresa agravante possui contra si várias execuções, inclusive com concessão de liminar para tornar indisponíveis os seus bens e o bloqueio de suas contas, movimentações financeiras bem como, também, a declaração de indisponibilidade dos bens do seu sócio João Batista de Medeiros.

A propósito, o art. 50 do Código Civil estabelece a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa em caso de abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, senão vejamos:

> *"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."*

Neste sentido, o desvio de finalidade é constatado quando os sócios de forma intencional fraudam terceiros com o uso da personalidade jurídica. No que tange à confusão patrimonial, por sua vez, é compreendida quando não se pode, de fato, separar o patrimônio da pessoa jurídica dos bens de seus sócios, ou do de outras pessoas jurídicas.

Portanto, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional que demanda a efetiva comprovação de que houve desvio de finalidade da sociedade com o abuso da personalidade jurídica ou a confusão patrimonial.

Com efeito, a decisão objurgada é clara é irretocável ao consignar, de acordo com prova dos autos que, efetivamente, a empresa agravante fechou as portas de forma irregular, captava dinheiro e era o sócio quem assinava o contratos, bem como, após a absoluta falta de recursos para pagar os investidores, o executado João Batista Medeiros passou a negociar as dívidas e firmar os instrumentos de confissão de dívida com estes investidores lesados, havendo portanto, indubitável confusão entre a pessoa física e a jurídica, cujas operações eram assinadas pelo sócio administrador sem que houvesse distinção entre um e outra. A propósito, vejamos o teor da decisão:

"(...) No caso em tela a executada, ora excipiente, alega não possuir legitimidade para figurar no pólo passivo da ação porque seu nome não consta como devedora do título executivo apresentado.

Depreende-se das alegações trazidas na petição inicial e dos documentos juntados (f. 09-12) que o título executivo consubstancia-se num instrumento de confissão de dívida da empresa Capital Mercantil e Factoring Ltda, firmado pelo seu sócio administrador João Batista Medeiros, em nome próprio, reconhecendo que ele faz jus à restituição de valor emprestado à empresa de factoring, nas condições previstas no ajuste. Restou comprovada a patente confusão realizada entre a pessoa natural e a pessoa jurídica, uma vez que aquele agia em nome próprio, porém operando a segunda.

(...)

***É público e notório neste município que a empresa, ora excipiente, "fechou as portas" irregularmente em razão do excesso de dívidas**. De acordo com os documentos de f. 09-12 juntados aos autos como meio de prova, a empresa atuava captando dinheiro e pagando por juros remuneratórios superiores aos praticados pela caderneta de poupança, sendo que era o próprio embargante quem assinava os contratos. Num determinado momento, a empresa se desestruturou e "quebrou", deixando de pagar não só os juros remuneratórios contratados, mas de devolver o valor principal aos investidores, por absoluta falta de recursos.*

Foi nesse contexto que o primeiro executado, João Batista Medeiros, teria passado a negociar as dívidas e passou a firmar os instrumentos de confissão de dívida com os investidores lesados, entre eles o ora excepto. E é desse contexto que se depreende que houve uma confusão entre a pessoal natural João Batista Medeiros e a pessoa jurídica Capital Mercantil e Factoring Ltda, cujas operações eram assinadas pelo sócio administrador sem que houvesse distinção entre um e outra.

Se os documentos de f. 09-12 são meio de prova da situação econômico financeira do primeiro executado e da empresa Capital Mercantil e Factoring Ltda, o são também para demonstrar que a dívida objeto do instrumento de confissão não tem origem em simples mútuo feneratício, pois os mesmos fatos que comprovam a situação econômica financeira comprovam a operação da empresa de factoring pelo sócio João Batista Medeiros sem a devida distinção entre a figura da pessoa natural e da pessoa jurídica e sem a devida observância da legislação de regência.

*Como se vê, a origem do título não reside num negócio simples (mútuo feneratício entabulado entre duas pessoas naturais), mas sim num contrato atípico, o que afasta qualquer alegação de ilegalidade pela inobservância das regras pertinentes ao contrato típico, seja qual for ele. **Assim, não se pode falar em ilegitimidade da excipiente para figurar no pólo passivo da ação.***

*Diante do exposto, **julgo improcedentes** os pedidos formulados na exceção de pré-executividade movida pela excipiente **Capital Mercantil e Factoring Ltda,** determinando, por conseguinte, o prosseguimento da ação Executiva."(...)* (grifei)

Assim, restando efetivamente demonstrada a confusão patrimonial e certo também que a empresa agravante, apesar de não constar como devedora no título executivo judicial, responde pelos atos praticados pelo seu sócio João Batista Medeiros, sendo, em consequência, aplicável a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Ante o exposto, conheço do recurso e, nego provimento ao agravo de instrumento interposto por Capital Mercantil e Factoring Ltda, para manter integralmente a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Relator, o Exmo. Sr. 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. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 1º de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1410511-04.2019.8.12.0000 – Jardim

EMENTA – AÇÃO DE EXECUÇÃO – MEDIDAS COERCITIVAS INDIRETAS – SUSPENSÃO DA CNH DO DEVEDOR – ARTIGO 139, IV, DO CPC – ADEQUAÇÃO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A medida pleiteada pelo agravante, concernente a suspensão da CNH da parte agravada, não demonstra utilidade prática ao cumprimento da obrigação, configurando-se muito mais como medidas punitivas do que coercitivas, razão pela qual deve ser inadmitida.

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, 9 de outubro de 2019

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Valdemiro Mendes Arguilheira, interpõe agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Jardim que, nos autos de Cumprimento de Sentença nº 0002463-22.2007.8.12.0013, proposta em face de Flávio Affonso Barbosa, indeferiu o pedido de medida executiva atípica (suspensão da CNH do executado/agravado).

O agravante sustenta que vem tentando receber, há muito tempo, o seu crédito do executado e que todas as tentativas restaram infrutíferas.

Alega que pediu a suspensão da CNH do executado, visando a satisfação do seu crédito, medida que foi indeferida pelo magistrado, contudo, deve tal decisão ser reformada.

Aduz que, com o advento do novo Código de Processo Civil, a razoável duração do processo, a boa-fé e o dever de cooperação foram novamente prestigiados.

Pede, por fim, o provimento do recurso e a reforma da decisão, deferindo-se a suspensão da CNH do executado.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (f. 17-18).

Sem contrarrazões, f. 22.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Como se percebe, o artigo 139, IV, do CPC, ampliou o poder coercitivo do magistrado que, em atenção à situação fática e às peculiaridades do caso concreto, poderá determinar ou autorizar a realização das mais diversas medidas para fins de assegurar o cumprimento de ordem judicial.

Com efeito, o novo ordenamento processual civil prevê a possibilidade de o magistrado determinar, inclusive de ofício, medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou até mesmo sub-rogatórios necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial.

Contudo, para a adoção dessas medidas, deve-se levar em consideração a razoabilidade, a proporcionalidade e a adequação do pleito ao fim a que se pretende com a medida a ser adotada.

No caso em comento, as medidas pleiteadas pelo agravante não se demonstram razoáveis, proporcionais e muito menos adequadas para o fim de compelir o agravado, executado na ação subjacente, de efetuar o pagamento da quantia devida, uma vez que se mostram exacerbadas ao fim pretendido.

Ora, a suspensão da CNH é medida que visa, claramente, apenas dificultar a liberdade de locomoção do devedor, sem, contudo, afetar a disponibilidade patrimonial dele, que é justamente fim precípuo do processo executório.

Inclusive, este tem sido o entendimento adotado por este órgão julgador (1ª Câmara Cível) em casos semelhantes. Vejamos:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MEDIDAS COERCITIVAS INDIRETAS – ARTIGO 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SUSPENSÃO DE CNH – MEDIDA QUE VIOLA A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO PROVIDO. A medida de suspensão da CNH do devedor, mormente em se tratando de motorista, não garante a satisfação do crédito e só servem para o fim de constranger o inadimplente. Ainda, a execução se processará pelo meio menos gravoso ao executado."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1401900-62.2019.8.12.0000, Fátima do Sul, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 04/04/2019, p: 08/04/2019)
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS – ADOÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS AUTORIZADAS PELO ART. 139, IV, CPC – SUSPENSÃO DA CNH E CANCELAMENTO DOS CARTÕES DE CRÉDITO – INDEFERIMENTO – AUSÊNCIA DE UTILIDADE PRÁTICA PARA FINS DE PAGAMENTO DA DÍVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. As medidas pleiteadas pelo agravante, concernentes a suspensão da CNH e cancelamento dos cartões de crédito da parte agravada, não demonstram utilidade prática ao cumprimento da obrigação, configurando-se muito mais como medidas punitivas do que coercitivas, razão pela qual devem ser inadmitidas."* (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1400319-12.2019.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 21/02/2019, p: 25/02/2019)
>
> *"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – MEDIDAS COERCITIVAS INDIRETAS – SUSPENSÃO DA CNH E DOS CARTÕES DE CRÉDITO DO DEVEDOR – ARTIGO 139, IV, DO CPC – ADEQUAÇÃO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA – ANÁLISE DO CASO CONCRETO QUE REVELA A AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA DAS PARTES PARA A PENHORA DE BENS LOCALIZADOS DO DEVEDOR – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. As medidas de suspender a CNH e cancelar os cartões de crédito do devedor serviriam apenas para o fim de constranger o devedor inadimplente e pouco provavelmente conduziriam à quitação do débito perseguido. A execução deve-se aliar ao interesse do exequente, porém é princípio processual que, se por mais de uma maneira se possa promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao*

executado (artigo 805, do CPC). Recurso desprovido." (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1411504-81.2018.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 22/01/2019, p: 24/01/2019)

Assim, o recurso não merece provimento.

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.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, no entanto, nego-lhe provimento, para manter inalterada a decisão recorrida.

É como voto.

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.

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

Campo Grande, 9 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Apelação Cível nº 0803028-80.2017.8.12.0019 – Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DE V. E. M. V. – PETIÇÃO DE HERANÇA – DIREITO À MEAÇÃO DE BENS – PARTICIPAÇÃO NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS COM SEU ESFORÇO – INSUBSISTENTE – NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE FORMA ONEROSA NA AQUISIÇÃO DE BENS – CONTINUIDADE TÁCITA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL – MEAÇÃO SOBRE SEUS RENDIMENTOS – REJEITADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não havendo comprovação da participação de forma onerosa na aquisição de bens, não há como acolher a pretensão de declaração do direito de meação, consoante interpretação conferida à Súmula nº 377/STF.

A morte do usufrutuário, acarretou a extinção do usufruto nos termos do art. 1.410, I, do Código Civil), acarretando igualmente a extinção do contrato de arrendamento rural por ele celebrado, não se podendo falar em meação sobre seus rendimentos.

APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DE A. F. V. – PETIÇÃO DE HERANÇA – IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA AFASTADA – INSURGÊNCIA QUANTO AO DEFERIMENTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA CÔNJUGE SOBREVIVENTE EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTRO BEM EM NOME DELA – INSUBSISTENTE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ARTIGO 1.831 DO CÓDIGO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Muito embora possa a parte adversa oferecer impugnação à justiça gratuita, o ônus de provar alteração na situação financeira do impugnado ou que tem ele plenas condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, é do impugnante, mediante a juntada aos autos de documentos hábeis a justificar a revogação do benefício.

Deve-se manter a sentença que garantiu à cônjuge sobrevivente o direito real de habitação nos termos do artigo 1.831 do Código Civil, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais.

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, 5 de novembro 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 recurso de apelação cível interposta por V. E. M. V. contra A. F. V., E. F. V. e D. A.de C., em face da sentença proferida às f. 385-395, pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Ponta Porã/MS, que julgou

parcialmente procedente o pedido inicial tão somente para lhe conferir o direito real de habitação ao imóvel de matrícula 24.334 do Cartório de Registro de Imóveis local.

Afirma a apelante que ao contrário da premissa da qual partiu equivocadamente o magistrado, ela é meeira, pois efetivamente contribuiu com seu esforço para a continuidade da avença firmada no arrendamento realizado em vida por seu finado marido, tendo participado da evolução patrimonial dele.

Argumentou que foi casada com o finado por quase 15 anos e, neste tempo, sempre participou ativamente da condução dos negócios da família, da manutenção do lar e ainda nos últimos anos de vida do falecido, cuidou pessoalmente de sua saúde e dos negócios da família (o que inclui o contrato de arrendamento aqui mencionado), sem nenhuma ajuda dos demais co-herdeiros.

Defendeu a adoção da Súmula nº 377 do STF para o caso em apreço, para fazer jus à meação dos bens, dentre eles, o contrato de arrendamento rural firmado em vida entre seu ex-marido e o Sr. I. da C. R. J., em 28/01/2008, para o plantio de soja em propriedades rurais, nas quais o Sr. A. era usufrutuário vitalício (f. 23 a 26).

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a sentença invectivada, declarando o direito à meação dos bens e direitos adquiridos na constância do casamento com o Sr. A., determinando, em face de sua efetiva participação na sua obtenção e gestão dos negócios, que os valores que foram e serão pagos, referentes ao contrato de arrendamento firmado com o Sr. I. da C. R. J. – arrendatário - (f. 23 a 27 dos autos do processo), sejam devolvidos/pagos à apelante, na proporção de 50% do valor recebido, sob pena de multa diária.

Os apelados apresentaram contrarrazões às f. 433-441, pelo não provimento do recurso.

Por sua vez, o requerido A. F. V. interpôs apelação cível contra V. E. M. V., em face da sentença proferida às f. 385-395, pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Ponta Porã/MS, sob o argumento de que concedida à apelada, equivocadamente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita, eis que além de ser funcionária pública, recebe pensão por morte deixada pelo *de cujus*, assim como possui bens em seu nome, não estando enquadrada na hipótese de hipossuficiente.

Outrossim, aduziu que não há falar em direito de habitação quando a pessoa possui outros imóveis e, tampouco reside o direito real de habitação no imóvel de moradia do casal, já que o *de cujus* construiu uma casa no terreno da apelada, justamente para ela morar quando ele morresse.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a sentença nos pontos referentes à concessão da justiça gratuita, bem como ao deferimento do direito real de habitação concedido à apelada.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 429-432, pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de apelação cível interposta por V. E. M. V. contra A. F. V., E. F. V. e D. A. de C., em face da sentença proferida às f. 385-395, pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Ponta Porã/MS, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial tão somente para lhe conferir o direito real de habitação ao imóvel de matrícula 24.334 do Cartório de Registro de Imóveis local.

Afirma a apelante que ao contrário da premissa da qual partiu equivocadamente o magistrado, ela é meeira, pois efetivamente contribuiu com seu esforço para a continuidade da avença firmada no arrendamento realizado em vida por seu finado marido, tendo participado da evolução patrimonial dele.

Argumentou que foi casada com o finado por quase 15 anos e, neste tempo, sempre participou ativamente da condução dos negócios da família, da manutenção do lar e ainda nos últimos anos de vida do falecido, cuidou pessoalmente de sua saúde e dos negócios da família (o que inclui o contrato de arrendamento aqui mencionado), sem nenhuma ajuda dos demais co-herdeiros.

Defendeu a adoção da Súmula nº 377 do STF para o caso em apreço, para fazer jus à meação dos bens, dentre eles, o contrato de arrendamento rural firmado em vida entre seu ex-marido e o Sr. I. da C. R. J., em 28/01/2008, para o plantio de soja em propriedades rurais, nas quais o Sr. A. era usufrutuário vitalício (f. 23 a 26).

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a sentença invectivada, declarando o direito à meação dos bens e direitos adquiridos na constância do casamento com o Sr. A., determinando, em face de sua efetiva participação na sua obtenção e gestão dos negócios, que os valores que foram e serão pagos, referentes ao contrato de arrendamento firmado com o Sr. I. da C. R. J. – arrendatário - (f. 23 a 27 dos autos do processo), sejam devolvidos/pagos à apelante, na proporção de 50% do valor recebido, sob pena de multa diária.

Os apelados apresentaram contrarrazões às f. 433-441, pelo não provimento do recurso.

Por sua vez, o requerido A. F. V. interpôs apelação cível contra V. E. M. V., em face da sentença proferida às f. 385-395, pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Ponta Porã/MS, sob o argumento de que concedida à apelada, equivocadamente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita, eis que além de ser funcionária pública, recebe pensão por morte deixada pelo *de cujus*, assim como possui bens em seu nome, não estando enquadrada na hipótese de hipossuficiente.

Outrossim, aduziu que não há falar em direito de habitação quando a pessoa possui outros imóveis e, tampouco reside o direito real de habitação no imóvel de moradia do casal, já que o *de cujus* construiu uma casa no terreno da apelada, justamente para ela morar quando ele morresse.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a sentença nos pontos referentes à concessão da justiça gratuita, bem como ao deferimento do direito real de habitação concedido à apelada.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 429-432, pelo não provimento do recurso.

Admissibilidade do recurso:

Os requisitos de admissibilidade encontram-se presentes, pois, além de tempestivo, a apelante V. E. M. V. é beneficiária da justiça gratuita e o apelante A. F. V. recolheu o preparo às f. 425. Assim, recebo o recurso em seus efeitos devolutivo e suspensivo (art. 1012 e 1.013, ambos do CPC).

A parte dispositiva da sentença constou o seguinte:

> *"(...) Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido inicial para o especial fim de conferir à autora V. E. M. V. o direito real de habitação ao imóvel de matrícula 24.334 do Cartório de Registro de Imóveis local.*
>
> *Julgo improcedentes os pedidos da reconvenção.*
>
> *Houve sucumbência recíproca. Condeno as partes, na proporção de 60% a autora e 40% os requeridos pro rata, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 8.000,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC. Suspensa a exigibilidade em relação à autora ante a gratuidade conferida."*

Do recurso interposto por V. E. M. V.:

Trata-se de ação de petição de herança em que a apelante alega ser herdeira superveniente, embora tenha casado em regime de separação obrigatória de bens, e que teria sido excluída do inventário extrajudicial, fazendo requerimentos ao suposto direito de meação.

A apelante alega em seu recurso que é meeira, pois efetivamente contribuiu com seu esforço para a continuidade da avença firmada no arrendamento realizado em vida por seu finado marido, tendo participado da evolução patrimonial dele.

Argumentou que foi casada com o finado por quase 15 anos e, neste tempo, sempre participou ativamente da condução dos negócios da família, da manutenção do lar e ainda nos últimos anos de vida do

falecido, cuidou pessoalmente de sua saúde e dos negócios da família (o que inclui o contrato de arrendamento aqui mencionado), sem nenhuma ajuda dos demais co-herdeiros.

Entretanto, sabe-se que diante da condição de viúva, casada sob o regime de separação obrigatória de bens, não é meeira de pleno direito, devendo ser comprovada efetiva participação na aquisição onerosa para fins de meação.

No caso em apreço, tenho que a apelante não se desincumbiu de comprovar a efetiva participação, de forma onerosa, para a aquisição dos bens que pretende partilhar.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL – DIREITO DE FAMÍLIA – UNIÃO ESTÁVEL – CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II. CC/2002, ART. 1.641, II) – PARTILHA – BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE – NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM – PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO – MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA Nº 377/STF – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula nº 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao Recurso Especial."* (STJ; EREsp 1.623.858; Proc. 2016/0231884-4; MG; Segunda Seção; Rel. Des. Fed. Conv. Lázaro Guimarães; Julg. 23/05/2018; DJE 30/05/2018; Pág. 1532)

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO DE FAMÍLIA – CASAMENTO – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (ARTS. 258, II, DO CC/1916 E 1.641, II, DO CC/2002) – PARTILHA – PATRIMÔNIO – ESFORÇO COMUM – PROVA – INDISPENSABILIDADE – SÚMULA Nº 377/STF – INTERPRETAÇÃO – ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL – HERANÇA – CÔNJUGE – DESCENDENTES – CONCORRÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – LEGISLAÇÃO – APLICABILIDADE – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA – REVOLVIMENTO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2.* ***A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que, no regime de separação obrigatória de bens, comunicam-se aqueles adquiridos na constância do casamento desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição, consoante interpretação conferida à Súmula nº 377/STF.*** *3. O regime da separação convencional de bens, escolhido livremente pelos nubentes, à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (arts. 1.641 do Código Civil de 2002 e 258 do Código Civil de 1916) e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente. 4. Eventual direito à divisão de bens objeto de esforço comum depende de prova, o que não pode ser avaliado nesta fase processual por ensejar usurpação de competência e pelo óbice da Súmula nº 7/STJ. 5. Agravo interno não provido."* (STJ; AgInt-AgRg-AREsp 233788; Proc. 2012/0183267-5; MG; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva; Julg. 19/11/2018; DJE 21/11/2018; Pág. 2471) (grifei)

Portanto, constata-se que não cabe simplesmente dizer que faz jus à meação por mera participação na gestão dos negócios e que, inclusive, não restou devidamente comprovada. Deve-se atestar a efetiva participação de forma onerosa na aquisição dos bens.

Nesse sentido, a apelante não logrou êxito em comprovar suas alegações, sendo que neste aspecto, pouco acrescentou a prova testemunhal, já que não houve uma efetiva participação de forma onerosa por parte dela na aquisição de bens.

A aplicação da Súmula 377 do STF na forma pretendida pela apelante também não se mostra aplicável, conforme jurisprudência acima descrita, devendo ser comprovado o esforço comum.

O magistrado ressaltou muito bem que *"tese autoral baseou-se muito na participação dela nos negócios gerais do falecido, porém, esqueceu-se de comprovar o ponto principal, qual seja, a participação direta na aquisição do bem imóvel."*

Em relação ao arrendamento rural, melhor sorte não assiste à apelante, pois ela não é sucessora no contrato, tampouco meeira de valores remanescentes.

Isso porque, com o falecimento do arrendador/usufrutuário, extinguiu-se o contrato de arrendamento nos termos do art. 1.410, I, do Código Civil.

O usufruto não possui caráter patrimonial ou econômico para justificar sua transmissão.

Nesse sentido, confira-se o entendimento doutrinário de Francisco J. Cahali e Giselda M. F. N. Hironaka, *litteris*:

> *"O conteúdo da herança, objeto da sucessão, atualmente, tem caráter eminentemente patrimonial ou econômico, sendo a universalidade das relações jurídicas do finado, com essa natureza, transmitida aos seus herdeiros. Como inicialmente visto, substitui-se o sujeito (o sucessor assume os direitos e obrigações do falecido), mantendo-se íntegra a relação jurídica mesmo após o desaparecimento do seu primitivo titular, não se aplicando, nestas condições, o preceito 'mors omnia solvit'.*
>
> *Entretanto,* ***são em regra excluídas da herança as relações jurídicas não patrimoniais e as personalíssimas****, mesmo com conteúdo econômico, tituladas pelo falecido, como, por exemplo, o poder familiar, a tutela ou a curatela eventualmente exercidos pelo 'de cujus, Documento: 87091528 - Despacho/Decisão - Site certificado - DJe: 03/09/2018 Página 3 de 7 Superior Tribunal de Justiça* ***o usufruto****, o uso, o direito real de habitação, as rendas vitalícias, a pensão previdenciária, contrato de trabalho, porque o sucessor não é a continuação da pessoa do de cujus.*
>
> *Já o patrimônio a ser objeto de sucessão, ressalvadas as exceções acima, tem sua abrangência estendida à integralidade não só dos bens, como dos direitos e obrigações pertencentes à pessoa no momento de seu falecimento, acrescido, em situações especiais, aos doados a herdeiros como adiantamento de* legítima". (cf. Capítulo 24).(Direito das sucessões. [livro eletrônico]. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, item 1.4.1, sem grifos no original)

Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CPC/1973 – AÇÃO POSSESSÓRIA E INDENIZATÓRIA –* ***MORTE DA USUFRUTUÁRIA – EXTINÇÃO DO USUFRUTO*** *– TRANSMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AOS HERDEIROS – DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 1. Controvérsia acerca da transmissibilidade de pretensão indenizatória decorrente de esbulho em propriedade objeto de usufruto. 2. "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". (art. 1.784 do Código Civil) 3. "O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança". (art. 943 do CC) 3. Transmissibilidade da pretensão indenizatória aos herdeiros. Doutrina e julgado desta Corte Superior. 4.* ***Distinção com o direito real de usufruto, que é intransmissível****. 5. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para enfrentamento das demais questões devolvidas por meio da apelação. 6. Recurso Especial PROVIDO".* (STJ; REsp 1.591.142; Proc. 2015/0277683-1; SP; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Julg. 29/08/2018; DJE 03/09/2018; Pág. 7303) (grifei)

Sendo assim, não há como acolher os argumentos da apelante para justificar sua inclusão à meação dos bens e direitos supostamente adquiridos na constância do casamento, relativos ao arrendamento rural, devendo ser mantida a sentença objurgada em todos os seus termos.

Do recurso interposto por A. F. V.:

Alega o recorrente A. que foi deferido equivocadamente a concessão dos benefícios da justiça gratuita para a recorrida, eis que além de ser funcionária pública, recebe pensão por morte deixada pelo *de cujus*, assim como possui bens em seu nome, não estando enquadrada na hipótese de hipossuficiente.

Entretanto, tenho que razão não lhe assiste.

É que, muito embora possa a parte adversa oferecer impugnação à justiça gratuita, o ônus de provar alteração na situação financeira do impugnado ou que tem ele atualmente plenas condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais é do impugnante, mediante a juntada aos autos de documentos hábeis a justificar a revogação do benefício.

Neste sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – REVISÃO DAS TARIFAS BANCÁRIAS – PEDIDO RECONVENCIONAL – TARIFAS DE REGISTRO E DE AVALIAÇÃO DO BEM – RECURSO REPRESENTATIVO – ABUSIVIDADE IDENTIFICADA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO INDICADO NAS TARIFAS – IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA – ÔNUS DA PROVA DO IMPUGNANTE – NÃO CUMPRIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Conforme entendimento consolidado no STJ, através do recurso representativo da controvérsia. REsp nº 1.578.553. é válida a cobrança das tarifas de registro e de avaliação do bem, ressalvada a abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. Na hipótese, não há provas de que os serviços de registro do contrato e de avaliação do bem foram efetivamente prestados para justificar a cobrança das respectivas tarifas, o que evidencia a abusividade na contratação e consequente invalidade da cobrança.* ***O ônus da prova de que o impugnado tem condições financeiras de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, sem prejuízo do seu sustento e de sua família, cabe ao impugnante, através da juntada de documentos hábeis capazes de justificar a revogação do benefício. Não atendido tal encargo, deve ser mantida a decisão que defere os benefícios da justiça gratuita ao impugnado****"* (TJMS; AC 0800296-38.2018.8.12.0037; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues; DJMS 26/07/2019; Pág. 76) – destaquei

No caso dos autos, não trouxe o apelante um único documento que capaz de justificar a revogação do benefício da justiça gratuita.

Analisando os comprovantes de rendimento da apelada de f. 42-44, percebe-se que indicam salário líquido em torno de 01 salário mínimo.

Dessa forma, diante da ausência de comprovação do apelante, afasto a impugnação, a fim de manter à apelada os benefícios da justiça gratuita.

O apelante insurgiu-se também em face da concessão do direito real de habitação concedido à cônjuge sobrevivente (apelada).

Entretanto, melhor sorte não assiste ao recorrente, pois o juízo de primeiro grau apenas cumpriu o disposto na legislação pátria.

É que o art. 1.831 do Código Civil é expresso no sentido de garantir o direito real de habitação ao cônjuge no imóvel de moradia do casal, independente do regime de bens, não havendo espaço para maiores interpretações sobre o texto legal que assim dispõe:

> *"Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar."*

Da redação do dispositivo legal indicado acima podemos extrair que para sobrevir o direito real de habitação há dois pressupostos: o primeiro, que ele recaia sobre o bem destinado à residência da família, ou seja, que tenha abrigado o núcleo familiar quando ainda vivo o *de cujus* e permaneça o mesmo nessa qualidade após o falecimento; e o segundo que seja o único bem daquela natureza (imóvel residencial) a ser inventariado.

Confira-se o seguinte julgado:

> *"EMBARGOS DE TERCEIRO – DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – ART. 1831, DO CÓDIGO CIVIL – REQUISITOS NÃO COMPROVADOS – Do art. 1831, do cc, podemos extrair que para sobrevir o direito real de habitação há dois pressupostos: o primeiro que ele recaia sobre o bem destinado à residência da família, ou seja, que tenha abrigado o núcleo familiar quando ainda vivo o de cujus e permaneça o mesmo nessa qualidade após o falecimento; e o segundo que seja o único bem daquela natureza (imóvel residencial) a ser inventariado. no presente caso, a terceira interessada não comprova nenhum dos pressupostos, não havendo documentos do tempo em que supostamente teria residido com seu falecido marido no imóvel, tampouco trazendo aos autos as cópias do inventário, apesar de dele ter conhecimento."* (TRT 1ª R.; APet 0000021-39.2016.5.01.0041; Nona Turma; Relª Desª Volia Bomfim Cassar; DORJ 09/04/2018)

Ressalte-se que a lei não deixa, todavia, de respaldar o direito de propriedade dos herdeiros, que inquestionavelmente já lhes é garantido pelo direito positivo.

Portanto, não há como acolher a insurgência do recorrente que pretende afastar o direito real de habitação da recorrida pelo simples fato de seu genitor ter construído uma casa no terreno dela, para que ela não ficasse desamparada em caso de sua falta, não sendo esse fato suficiente para a denegação do direito real de moradia.

Parte dispositiva:

Em face do exposto, conheço do recurso interposto por V. E. M. V. contra A. F. V., E. F. V. e D. A. de C. e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo integralmente a sentença objurgada.

Por sua vez, conheço do recurso interposto por A. F. V. contra V. E. M. V. e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo integralmente a sentença objurgada.

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. 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, 5 de novembro de 2019.

***

Jurisprudência Criminal



3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0000906-49.2015.8.12.0003 – Bela Vista

EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADOS PELAS PROVAS – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA IMPROPRIEDADE DA CARNE APREENDIDA PARA CONSUMO – PERÍCIA PRESCINDÍVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Comprovada a materialidade do delito pelo termo de apreensão da vigilância sanitária, o qual atesta que o produto é carne sem selo daquele Órgão e oriunda de matadouro clandestino, e sendo formal o crime tipificado no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, desnecessária a demonstração da impropriedade do produto para consumo, quando comprovada a sua irregularidade.

Estando a autoria do réu, inclusive o dolo de sua conduta, e a existência do crime sobejamente demonstradas pelas provas dos autos, não há que se falar em absolvição.

Recurso não provido. Contra 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 maioria, negaram provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto da relatora (Des.ª Dileta), vencido o 2º vogal (Des. Bonassini), que dava provimento ao apelo.

Campo Grande, 7 de novembro 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 Paulo Yoshio Niki contra a sentença (f. 228-236) que o condenou a 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90 e, ainda, aplicou as seguintes medias cautelares: comparecimento bimestral em juízo para informar o atual paradeiro e justificar as atividades; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias folga.

Em suas razões recursais (f. 243-250), a defesa alega a ausência de materialidade ao argumento que, quando da abordagem e apreensão ocorrida, a equipe da Vigilância Sanitária não possuía equipamento necessário para constatação da condição da carne e, consequentemente, para concluir que esta era imprópria ao consumo. Alega, ainda, a ausência de provas, de que a carne localizada seria destinada ao comércio. Sob esses argumentos, requer a absolvição do apelante com fulcro no art. 386, incisos II ou VII do Código de Processo Penal.

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 255-264).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso para fins de absolver o apelante com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo Yoshio Niki como incurso nas sanções do art. 7º, IX, da Lei 8.137/90, porque, segundo narrou na inicial acusatória:

> *"Consta do incluso inquérito policial que, no dia 02 de junho de 2015, por volta das 08h30min, no estabelecimento comercial denominado Casa de Carne Arroba Ltda – ME, localizado na Rua Teodoro Sativa, Centro, município de Bela Vista/MS – dentro das dependências do Supermercado Arco-Iris, o denunciado Paulo Yoshio Niki, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, mantinha em depósito, para o comércio, mercadoria em condições imprópria para o consumo.*
>
> *Conforme se apurou, no dia dos fatos, a Vigilância Sanitária do Município de Bela Vista/MS deslocou-se até o estabelecimento comercial de propriedade do denunciado Paulo Yoshio Niki (Casa de Carne Arroba Ltda ME) e, no local, os Agentes de Fiscalização e Inspeção flagraram o descarregamento de aproximadamente 133 quilos de carne bovina decorrente de abate clandestino.*
>
> *De acordo com o laudo de constatação de irregularidade elaborado pela vigilância sanitária municipal, no momento da fiscalização, a carne clandestina encontrava-se na carroceria de um veículo tipo camionete de propriedade do denunciado Paulo Yoshio Niki.*
>
> *Além disso, restou constatado que o produto cárneo clandestino encontrava-se envolvido em lonas de plástico com sujidade, sangue e barro, conforme demonstram as fotos acostadas no citado laudo.*
>
> *Logo, tais produtos encontravam-se sem as mínimas condições de higiene e, por consequência, não poderiam ser destinados para comércio e consumo.*
>
> *Ademais, foram apreendidos na carroceria do citado automóvel couros in natura (verde) e as vísceras do gado abatido (buchadas), sendo que este último produto, certamente, também seria comercializado pelo denunciado no estabelecimento Casa de Carne Arroba Ltda ME.*
>
> *Dispensável afirmar que, em face de tal clandestinidade, desconhece-se por completo a sanidade do animal abatido, as condições higiênico-sanitárias, bem como a preservação dos produtos quanto à contaminação até serem levados para a venda, o que determina o alto e elevado risco de contaminação da população que consome produtos de origem animal, sujeitando-a a doenças graves, infecto contagiosas - tuberculose, brucelose, toxoplasmose, etc..*
>
> *Frisa-se que os Agentes de Fiscalização e Inspeção constataram que a carne apreendida se encontrava sem a devida inspeção sanitária, portanto clandestina, e imprópria para ser comercializada.*
>
> *Não bastassem os problemas acima constatados, os Agentes de Fiscalização e Inspeção da Vigilância Sanitária encontraram outras irregularidades no estabelecimento comercial do denunciado Paulo Yoshio Niki, tais como:*
>
> *a) 40 quilos de charque em mau acondicionamento;*
>
> *b) 37 quilos de carne suína com vencimento do produto industrializado;"*

Recebida a peça acusatório, o réu foi citado (f. 73), houve concessão da suspensão condicional do processo (f. 75-76). No entanto, o benefício foi revogado considerando instauração de novo processo por fatos semelhantes (f. 180-181).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (f. 229-236) julgando procedente a exordial acusatória, a fim de condenar o acusado à pena de dez dias-multa, à razão de um salário mínimo para cada dia multa, por infração ao art. 7º, IX, da Lei 8.137/90.

Inconformado com a condenação, Paulo Yoshio Niki interpõe o presente recurso de apelação, com o qual objetiva sua absolvição ao argumento da ausência de materialidade alegando que, quando da abordagem e apreensão ocorrida, a equipe da vigilância sanitária não possuía equipamento necessário para constatação da condição da carne e, consequentemente, para concluir que esta era imprópria ao consumo. Alega, ainda, a ausência de provas de que a carne localizada seria destinada ao comércio (f. 243-250).

Passa-se à análise do apelo defensivo.

Na hipótese vertente, o apelante Paulo Yoshio Niki foi preso em flagrante após fiscais do departamento de vigilância sanitária municipal da cidade de Bela Vista, com apoio da delegacia de polícia civil daquela urbe, realizarem diligências no açougue "Casa de Carnes Arroba", propriedade do acusado, que funciona dentro Supermercado Arco-Íris, e em suas dependências localizaram na carroceria de uma camionete Ford/Ranger, de propriedade do apelante, uma rês abatida clandestinamente, inclusive o transporte da carne não observava o mínimo de higiene no acondicionamento do produto.

A materialidade resta comprovada pelos elementos reunidos durante o curso do inquérito, em especial pelo auto de apreensão de f. 26-27, fotografias de f. 37-40, e, especialmente, pelo termo de apreensão lavrado pelos agentes do departamento de vigilância sanitária de Bela Vista-MS, que descreve ter sido encontrada "*carne sem certificação, sem procedência da origem, carne considerada clandestina, sendo que este produto (carne bovina) totalizando, aproximadamente 220 kilos, transportada em camionete de cor prata, coberta por lona*" (f. 31).

Também vislumbro provas da autoria delitiva no caso em voga, diante da prova testemunhal produzida (f. 08-09; 11-12; 13-14; 15-16 e 238), bem como pelas circunstâncias fáticas.

Na fase preparatória os policiais que participaram da abordagem foram uníssonos ao afirmar que *"encontraram dentro do depósito do referido estabelecimento comercial uma camioneta Ford/Ranger, prata, tendo sido constatado que na carroceria da referida camionete, de propriedade do conduzido, um animal vacum carneado*" (f. 08-10 e 11-12).

O apelante em juízo, confessou parcialmente os fatos, mas disse que a destinação da carne não seria o açougue. Afirma que um rapaz, o qual não soube identificar, estava movimentando um gado e ligou para um funcionário do interrogando informando que tinha quebrado uma res e se ele queria fazer alguma coisa com essa carne. Diz que os funcionários pegaram a camionete e foram lá buscar essa res. Por esse fato, alega não saber a origem da carne. Assegura que ia levar esta carne para alimentar porcos. Aduz que a carne estava dentro do depósito do Mercado Arco-Íris. Diz que os funcionários não levaram direto para a chácara porque o interrogado estava no mercado, e então levaram a carga para aquele local. Afirma que carnearam a novilha para poder tirar o couro e assim levar para os porcos. Mas o couro também estava junto com a novilha. Que a carne estava cortada em seis pedaços, mas não pequenos. Declara que a outra carne do dia 23 encontrava-se nas dependências atrás do açougue e também seria destinada aos porcos da chácara; só uma única vez destinou uma carne inteira para os porcos. Por fim, informa que além de comprar carne da JBS, comprava gado de fazendeiros, tirava as notas fiscais, e levava para abater no abatedouro de Bela Vista (f. 238).

Pois bem. Embora o réu negue a prática delitiva, certo é que as circunstâncias fáticas apontam pela sua responsabilidade criminal.

Em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a servidora do departamento de vigilância sanitária, Deusa Maria Santos Costa, afirmou que no dia dos fatos, fora chamada por sua coordenadora para fazer um termo de apreensão no supermercado Arco-Íris. Ao chegar no açougue, notou que a carne estava armazenada na caminhonete, pronta para ser colocada à venda. A coordenadora da vigilância sanitária verificou que a carne tinha origem clandestina, uma vez que não possuía nota fiscal ou certificação sanitária. Destacou

que, para a venda, faz-se necessária a certificação sanitária ou o selo de que a carne foi vistoriada tecnicamente. Afirmou ainda que nas dependências foi alegado que a carne era destinada para venda. (mídia de f. 238).

A coordenadora da vigilância sanitária, Maria Aparecida Arguelho, fiscal responsável pela apreensão da carne, em seu depoimento em juízo, afirmou que em atendimento a solicitação da ouvidoria do Ministério Público Estadual passou no estabelecimento, oportunidade que constatou que no local estavam descarregando as carnes. Declara que o próprio apelante disse que era de abate clandestino. Afirma que de acordo com as normas das vigilâncias sanitárias é imprópria para consumo, pois a carne de abate clandestino não se tem como aferir as condições de higiene e também pela irregularidade do transporte utilizado

O policial Ramão Aguinaldo Nunes dos Santos que participou da apreensão também foi ouvido em juízo, ocasião em que ratificou o teor do depoimento prestado durante o curso do inquérito (f. 238).

E por mais que o acusado tente fazer crer que tal carne não seria destinada à venda, sua alegação soa vazia e não comprovada a contento nos autos.

Isso porque a novilha abatida clandestinamente, foi apreendida nas dependências do açougue do apelante, sendo que a coordenadora da vigilância sanitária foi diligente e, após denúncia anônima junta a ouvidoria do Ministério Público Estadual, compareceu ao local e verificando a situação, possibilitou a apreensão da carne irregular.

Importante consignar que a ação foi movido à título de dolo, já que a carne bovina proveniente de abate clandestino (e portanto em condições impróprias ao consumo) e era transportado com o fim exclusivo de entregar ao consumo de outrem, sendo o apelante conhecedor dessa circunstância, até porque se trata de pessoa que labora no ramo de comercialização de alimentos (proprietário de açougue), de modo que não poderia simplesmente ignorar as regras necessárias ao desenvolvimento de sua atividade profissional. Ademais, não se tratando de mera imprudência, negligência ou imperícia.

Outrossim, cumpre anotar que não se desconhece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra pacificada no sentido de que no caso de apreensão de produto impróprio para o consumo, obrigatória a realização da perícia de modo a comprovar a materialidade delitiva[1].

Contudo, as provas produzidas ao longo do caderno processual levam para particularidades do caso concreto que afastam precedentes do Superior Tribunal de Justiça, embora estes não sejam de aplicação obrigatória.

Assim, muito embora a mercadoria realmente não tenha sido submetida à exame técnico, tal circunstância desponta irrelevante à comprovação da impropriedade ao consumo.

Neste sentido, colho os julgados:

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – CRIME DE DEPÓSITO PARA VENDA DE CARNE IMPRÓPRIA PARA O CONSUMO – ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVAS – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – RECURSO DESPROVIDO. No que tange a alegação de inexistência de laudo que confirme a nocividade da carne apreendida, tenho que este se torna prescindível, uma vez que a impropriedade para o consumo do produto foi constatada e confirmada em juízo por um Fiscal da Vigilância Sanitária e por uma Médica Veterinária Inspetora do Matadouro do Município onde ocorreram os fatos, tendo ambos analisados e constatado in loco a situação."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001088-72.2010.8.12.0015, Miranda, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 11/04/2018, p: 18/04/2018)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – CRIMES CONTRA O CONSUMO – EXPOR À VENDA CARNE IMPRÓPRIA PARA O CONSUMO – PERIGO*

1 RHC 60.937/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 01/03/2016; AgRg no REsp nº 1.768.297/SP, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 18/2/2019

PRESUMIDO – AUSÊNCIA DE INSPEÇÃO SANITÁRIA DO ESTADO – PERÍCIA PRESCINDÍVEL – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO PROVIDO. Para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é prescindível a realização de laudo pericial para a comprovação da nocividade e impropriedade dos produtos, bastando a mera exposição à venda em desacordo com as normas regulamentares e inspeção estatal." (TJMS. Apelação Criminal nº 0000814-91.2014.8.12.0040, Porto Murtinho, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 28/08/2018, p: 29/08/2018)

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRELIMINARES (...) – MÉRITO – ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA – AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE – NORMA PENAL EM BRANCO – PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL – COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE QUE AS MERCADORIAS ESTAVAM IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO – MATERIALIDADE DEMONSTRADA – AUTORIA – FIRMES DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – AMPARO NA VERSÃO APRESENTADA PELO RÉU – PROVA SEGURA – DOLO COMPROVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – ALMEJADA APLICAÇÃO ISOLADA DA PENA DE MULTA – NÃO RECOMENDAÇÃO – PLEITO DE DIMINUIÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – DESACOLHIDO – RECURSO IMPROVIDO. (...) Para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, norma penal em branco que tem seu conteúdo integrado normativamente pelo artigo 18, § 6º, da Lei nº 8.078/90, é prescindível a realização de laudo pericial para a comprovação da nocividade e impropriedade dos produtos, bastando a mera exposição à venda em desacordo com as normas regulamentares e inspeção estatal. Assim, havendo nos autos prova cabal de que as mercadorias expostas à venda estavam em desacordo com as normas regulamentares, não há falar em ausência de materialidade e, consequentemente, justa causa para a persecução penal. Existindo nos autos provas seguras de que o réu é o proprietário e responsável direto pelo estabelecimento onde foram expostos à venda produtos impróprios para o consumo, tendo ele próprio afirmado que estava irregular perante a Lei, eis que não havia inspeção sanitária municipal "liberada", de rigor a manutenção do édito condenatório pela prática do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90. (...)." (TJMS; ACr 0002273-66.2015.8.12.0017; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Jonas Hass Silva Júnior; DJMS 11/04/2019; Pág. 60)

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – APREENSÃO DE CARNE ORIUNDA DE ABATE CLANDESTINO, CHARQUE EM ESTADO DE PUTREFAÇÃO, IOGURTE VENCIDO, QUEIJO E MEL SEM ORIGEM – PROBLEMAS DE REFRIGERAÇÃO NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL – PRODUTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO – RECURSO IMPROVIDO. A apreensão de produtos oriundos de abate clandestino, produzidos sem a inspeção do serviço oficial, com o prazo de validade vencido, acondicionados em câmara fria com defeito e, ainda, de charque em estado de putrefação, autoriza a condenação pela prática do delito descrito no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90." (TJMS. Apelação Criminal nº 0000734-65.2015.8.12.0017, Nova Andradina, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª Elizabete Anache, j: 10/04/2019, p: 12/04/2019)

Assim, respeitadas as vozes divergentes, não podem ser generalizados casos que merecem tratamento distinto.

A necessidade ou não de perícia deve ser analisada com muita cautela e caso a caso, dependendo das peculiaridades de cada situação concreta.

No caso sem apreço, o crime contra as relações de consumo configurou-se no momento em que o réu tinha em depósito para vender carne bovina, com peso estimado em aproximadamente 220 kg (duzentos e vinte quilos), sem qualquer controle dos órgãos de vigilância sanitária.

O tipo penal em apreço é assim redigido:

"Art. 7° - Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

> *IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;*
>
> *Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa."*

Como se vê, a norma proibitiva não fornece o alcance da elementar normativa "impróprias ao consumo", sendo, pois, complementada pelo disposto no art. 18, par. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> *"Art. 18. (omissis)*
>
> *parágrafo 6º. São impróprios ao uso e consumo:*
>
> *I - os produtos cujo prazo de validade estejam vencidos;*
>
> *II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;*
>
> *III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam."*

Debruçando-se atentamente sobre a questão, conclui-se que em alguns casos, de fato, exigirão seja realizado o exame pericial para aferir a potencialidade lesiva do produto, principalmente quando a denúncia imputar ao réu o fornecimento ao consumo de produtos "*deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos*" (primeira parte do inciso II, do § 6º, do artigo 18, do CDC).

No entanto, quando a conduta consistir em fornecimento de produto "*em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação*" (segunda parte do mesmo dispositivo), prescindível se mostra a realização de exame pericial específico para tal fim, bastando para comprovar a materialidade delitiva a correta e regular autuação do Poder Público, por infração às normas administrativas que regem a matéria.

No caso, não foram observadas as regras relacionadas ao controle de qualidade da matéria prima "carne", sujeita a rigorosa inspeção pelos órgãos incumbidos da vigilância sanitária municipal e estadual.

Como bem anotou o magistrado primevo às f. 232:

> *"(...) A exigência de que o produto seja submetido a inspeção sanitária trata de um critério mínimo previsto pela legislação para que a mercadoria seja considerada em condições minimamente adequadas para o consumo e que visa tutelar sobretudo a saúde do consumidor. Ausente tal certificação, é forçoso reconhecer a impropriedade do produto destinado ao consumo."*

Destarte, a autoria e materialidade, bem demonstradas nos autos, sendo a condenação medida de rigor.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso interposto, para manter incólume a sentença.

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.

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (1º vogal)

Acompanho o voto da relatora.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º vogal)

Peço vênia para divergir da eminente relatora.

Segundo a denúncia,

> *"(...) no dia 02 de junho de 2015, por volta das 08h30min, no estabelecimento comercial denominado Casa de Carne Arroba Ltda – ME, localizado na Rua Teodoro Sativa, Centro, município de Bela Vista/MS – dentro das dependências do Supermercado Arco-Iris, o denunciado Paulo Yoshio Niki, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, mantinha em depósito, para o comércio, mercadoria em condições imprópria para o consumo."*

Tenho que o recurso merece provimento em razão da ausência de prova da materialidade do delito, porquanto inexiste nos autos laudo técnico apto a comprovar que a carne apreendida estava ou não em condições impróprias para o consumo.

Dispõe o artigo 7º, IX, da Lei 8.137/90:

> *"(...) Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *(...)*
>
> *IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo."*

No entanto, o tipo penal previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.037/90 é norma penal em branco que necessita, portanto, de complementação. O art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor define o que vem a ser "impróprio para consumo". Vejamos:

> *"Art. 18. (...)*
>
> *§ 6º. São impróprios ao uso e consumo:*
>
> *(...)*
>
> *II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;*
>
> *III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam."*

Nesse aspecto, para a configuração do citado delito torna-se imprescindível a demonstração da impropriedade do produto ao consumo.

Assim, em que pese a demonstração de que o apelante tinha em depósito produto de origem animal sem documentação comprobatória de procedência e registro no órgão oficial, o que configuraria simples infração administrativa, não há nos autos laudo técnico apto a comprovar que os produtos apreendidos estavam ou não em condições impróprias para o consumo humano.

Importante registrar que as fiscais da vigilância sanitária responsáveis pela vistoria do estabelecimento comercial, Maria Aparecida Arguelho e Deusa M. S. Costa, consignaram que a carne foi apreendida por não apresentar certificação de origem, sem fazer qualquer referência à sua suposta impropriedade – f. 31.

A impropriedade do produto ao consumo não pode ser presumida. Ao reverso, exige-se prova material de sua imprestabilidade. Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MERCÊ DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL – INSURGÊNCIA – INSTÂNCIA POR PROSSEGUIMENTO DO FEITO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PERÍCIA NAS MERCADORIAS – MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA – APELO DESPROVIDO. Na linha de intelecção prevalente no e. Superior Tribunal de Justiça, " (...). Conquanto parte da doutrina e da jurisprudência entendam que o delito previsto no art. 7º,*

IX, da Lei nº 8.137/1990, crime formal, de perigo abstrato, seja norma penal em branco, cujo elemento normativo do tipo 'impróprio para consumo' deve ser complementado pelo disposto no art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que há necessidade de realização de exame pericial nos produtos pretensamente impróprios, a fim de que seja comprovada a sua real nocividade para consumo humano, sob pena de inaceitável responsabilidade penal objetiva" [RHC 69692/SC, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2016/0096555-2, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 06.06.2017]." (TJMT; APL 9133/2018; Juara; Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza; Julg. 18/04/2018; DJMT 23/04/2018; Pág. 238)

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO PREVISTO NO ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 C/C ART. 18, § 6º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL CONTRA ABSOLVIÇÃO DO RÉU COM BASE NO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NECESSIDADE DE PERÍCIA ESPECÍFICA PARA ATESTAR A IMPROPRIEDADE DA CARNE APREENDIDA PARA CONSUMO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A venda de produtos impróprios ao uso e consumo constitui delito que deixa vestígios, sendo indispensável, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal, a realização de exame pericial que ateste que a mercadoria efetivamente é imprópria para o consumo, não bastando, para tanto, mero laudo de constatação. 2. Agravo regimental desprovido. " (AGRG no RESP 1556132/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Dje. 31.3.2016) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO*."* (TJSC; ACR 0004871-77.2013.8.24.0033; Itajaí; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. José Everaldo Silva; DJSC 11/07/2017; Pag. 435)

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – TER EM DEPÓSITO E EXPOR À VENDA PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO (ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/90) – NORMAL PENAL EM BRANCO – COMPLEMENTAÇÃO PELO ART. 18, § 6º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – MATERIALIDADE – NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL A FIM DE COMPROVAR A EFETIVA NOCIVIDADE DO PRODUTO – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIA PENAL E ADMINISTRATIVA – MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA – AUSÊNCIA DE PERÍCIA NAS CARNES APREENDIDAS – ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA – RECURSO PROVIDO. 1. O delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, revela-se uma norma penal em branco, eis que não explicita a expressão "em condições impróprias ao consumo", bem como não a exemplifica, devendo, pois, ser integralizada por outra norma jurídica que lhe dê suporte. No caso esta norma é a prevista no art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Segundo o atual posicionamento das Cortes Superiores, para configurar o delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível a comprovação da impropriedade do produto exposto ao consumo, o que somente é possível por meio de perícia. 3. No caso, demonstrou-se que o apelante mantinha em depósito no seu estabelecimento comercial carnes fruto de abatimento clandestino, as quais seriam futuramente comercializadas, em total desrespeito às normas regulamentares sanitárias. Todavia, em momento algum a mercadoria apreendida foi devidamente periciada, a fim de comprovar se, efetivamente, estava imprópria para consumo, o que afasta a comprovação da materialidade do delito descrito no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, e, consequentemente, acarreta a impossibilidade de uma condenação penal. 4. O simples descumprimento de normas administrativas referentes às condições higiênico-sanitárias não implica, necessariamente, nocividade à saúde do consumidor, sendo imprescindível a realização do exame pericial para aferir essa potencialidade lesiva. 5. Recurso provido, a fim de absolver o apelante da prática do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal." (TJES; APL 0000985-58.2010.8.08.0021; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Subst. Heloisa Cariello; Julg. 16/11/2016; DJES 02/12/2016)

Diante da inexistência da imprescindível prova pericial para atestar a imprestabilidade da carne bovina ao consumo, impõe-se a absolvição do apelante com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com a devida vênia, com o parecer, dou provimento ao recurso para absolver Paulo Yoshio Niki da prática do crime descrito no artigo 7º, IX, da Lei 8.137/90.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto da relatora (Desª Dileta), vencido o 2º vogal (Des. Bonassini), que dava provimento ao apelo.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

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, 7 de novembro de 2019.

***

2ª Seção Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Mandado de Segurança Criminal nº 1410994-34.2019.8.12.0000 - Amambai

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TRANSFERÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO PARA LUGAR PRÓXIMO DE SUA FAMÍLIA – TRANSFERÊNCIA DETERMINADA COM FUNDAMENTO NA CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL – INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À LOTAÇÃO NO LOCAL DE RESIDÊNCIA DOS FAMILIARES (LEP, ART. 42 C/C ART. 103) – PRECEDENTE DO STJ – COM O PARECER, ORDEM DENEGADA.

Sustentada afronta ao direito à assistência familiar. Inocorrência. Permanência em estabelecimento prisional próximo à parentela que não constitui direito de caráter absoluto. Sobreposição do interesse público ao particular. Precedentes.

Com o parecer, ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança. (Sust. oral: Dr. Ewerton Araújo de Brito)

Campo Grande, 13 de novembro de 2019.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ronaldo Rojas Flores, representado por seu advogado, contra r. decisão proferida pelo MM. juiz de direito da Vara Criminal da Comarca de Amambai/MS, que indeferiu o pedido de transferência do impetrante para a cidade de AmambaiMS.

Relata, em síntese, que teve sua prisão preventiva decretada no dia 06/12/2018 sob o fundamento que, em tese, estava a forjar provas na investigação do crime apurado nos Autos nº 0003362-61.2018.8.12.0004. Inicialmente foi recolhido no presídio da cidade de Amambai/MS, no entanto, foi transferido para penitenciária de Dois Irmãos do Buriti/MS que distancia aproximadamente 400 km da cidade onde estava inicialmente preso.

Alega que seus familiares residem na cidade de Coronel Sapucaia/MS e não conseguem suportar financeiramente os gastos do deslocamento as visitas.

Diante de tais fatos, pleiteou sua transferência para a cidade de Amambai junto ao juiz corregedor do presídio local, o qual restou indeferido.

Discorre acerca do direito de entende cabível e a existência de violação a direito líquido e certo.

Pleiteia seja deferida a segurança de maneira liminar a fim de ser reconduzido ao estabelecimento prisional próximo a seus familiares e, ao final, no mérito, seja concedido definitivamente a segurança para que o impetrante seja definitivamente transferido para a Comarca de Amambai/MS.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 45-46).

Após a prestação das informações solicitadas à autoridade acoimada de coatora, remeteu-se o feito à douta Procuradoria-Geral de Justiça, a qual, opinou pelo conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ronaldo Rojas Flores, representado por seu advogado, contra r. decisão proferida pelo MM. juiz de direito da Vara Criminal da Comarca de Amambai, que indeferiu o pedido de transferência do impetrante para a cidade de Amambai/MS.

Alega que seus familiares residem na cidade de Coronel Sapucaia/MS e não conseguem suportar financeiramente os gastos do deslocamento as visitas.

Diante de tais fatos, pleiteou sua transferência para a cidade de Amambai junto ao juiz corregedor do presídio local, o qual restou indeferido.

Discorre acerca do direito de entende cabível e a existência de violação a direito líquido e certo.

Pleiteia seja deferida a segurança de maneira liminar a fim de ser reconduzido ao estabelecimento prisional próximo a seus familiares e, ao final, no mérito, seja concedido definitivamente a segurança para que o impetrante seja definitivamente transferido para a Comarca de Amambai/MS.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 45-46).

Após a prestação das informações solicitadas à autoridade acoimada de coatora, remeteu-se o feito à douta Procuradoria-Geral de Justiça, a qual, opinou pelo conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o que me cabia rememorar.

Passo à análise do *mandamus*.

De início, importa consignar que o mandado de segurança presta-se para a proteção "*de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*", redação extraída do artigo 1º, *caput*, da Lei 12.016/2009, igualmente consagrada no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, a título de direito fundamental de tutela constitucional da liberdade civil e política.

Por direito e líquido e certo, na esteira da intelecção dos dispositivos constitucional e legal, há de se ter em vista a dispensabilidade da dilação probatória, que, por seu turno, não se assemelha à prova pré-constituída, esta, sim, traduzida na demonstração da ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Nessa senda, extrai-se do escólio de Alexandre de Moraes[1]:

1 **Direito constitucional**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 166.

"Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.

Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança."

Pois bem.

O objetivo da impetração, como dito alhures, é a transferência do impetrante para o presídio de Amambai/MS, ao argumento de que sua família não possui condições financeiras de se deslocar até a cidade de Dois Irmãos do Buriti/MS para visitá-lo.

Afirma o autor da ação constitucional que tem o preso tem o direito a permanência em local próximo ao seu meio social e familiar nos termos do art. 103 da Lei de Execução Penal.

Porém, sem razão.

Extrai-se dos autos que Ronaldo Rojas que teve sua prisão preventiva decretada no dia 06/12/2018 sob o fundamento que, em tese, estava a forjar provas na investigação do crime apurado nos Autos nº 0003362-61.2018.8.12.0004. Inicialmente foi recolhido no presídio da cidade de Amambai/MS, no entanto, foi transferido para penitenciária de Dois Irmãos do Buriti/MS que distancia aproximadamente 400 km da cidade onde estava inicialmente preso.

A defesa formulou requereu ao Juiz Corregedor do presídio de Amambai pedido de transferência para unidade prisional de Amambai pelas razões já relatadas, o que foi indeferido, pelos seguintes fundamentos:

"Nada obstante o direito do apenado de permanecer preso próximo do local onde reside sua família, conforme prevê o artigo 103 da Lei de Execuções Penais, o pleito não comporta acolhimento.

Isso porque o estabelecimento foi projetado para receber 67 (sessenta e sete) detentos e, na inspeção realizada em julho de 2019, constatou-se que abriga 193 (cento e noventa e três) presos em regime fechado. Logo, o Estabelecimento Penal da Comarca de Amambai/MS encontra-se superlotado e não possui condições para o recebimento do apenado."

De mais a mais, conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o direito de transferência do reeducando não é absoluto, sendo que ao magistrado da execução penal cumpre o dever de avaliar a conveniência da medida. Nesse caminhar:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA UNIDADE PRÓXIMA DA RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA – CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – [...] MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA PARA INDEFERIMENTO DO PEDIDO – [...] I ***- A decisão vergastada está de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, consolidada no sentido de que a transferência do preso para estabelecimento prisional situado próximo ao local onde reside sua família não é norma absoluta, cabendo ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da medida.*** *[...]"* (AgRg no HC 462.085/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 09/10/2018) grifo nosso.

"In casu, a transferência do reeducando violaria não só os seus direitos humanos básicos, mas também dos demais detentos da Unidade Prisional desta comarca. Além disso,

ante a superlotação, o deferimento do pleito atentaria também contra as condições de segurança do Estabelecimento, revelando-se inconveniente para a Administração da Justiça.

Do exposto, indefiro a transferência do reeducando Ronaldo Rojas Flores para o Estabelecimento Penal da Comarca de Amambai/MS."

Assim, não lhe assiste razão no tocante à alegação de que há de prevalecer seu direito à assistência familiar, de maneira que deve ser transferido para aquele presídio, situado em município no qual residem seus familiares.

Com efeito, não se olvida que a Lei 7.210/1984, aplicável aos presos provisórios por força de seu art. 2º, parágrafo único, prevê no art. 103 a permanência do segregado em local próximo ao seu meio social e familiar.

Todavia, esse direito não é absoluto, uma vez que o interesse público sobrepõe-se ao do particular, cabendo ao juízo de primeiro grau e à administração do sistema prisional analisar a conveniência da transferência pretendida.

Nessa vereda o "*Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o pedido de transferência do sentenciado não é direito absoluto do réu, podendo o juiz ou o Tribunal de origem indeferir o pleito, desde que de forma fundamentada*" (AgRg no HC 352.561/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17-8-2017).

Também assim, este Areópago já se manifestou:

"MANDADO DE SEGURANÇA – CRIMINAL – TRANSFERÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO DO INSTITUTO PENAL DE CAMPO GRANDE PARA A CADEIA PÚBLICA DE COXIM, LUGAR PRÓXIMO DE SUA FAMÍLIA – DIREITO RELATIVO – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – ORDEM DENEGADA. 1. Na linha de precedentes do STJ e deste Tribunal, o direito que o preso tem de cumprir pena em local próximo à sua residência, onde possa ser assistido pela família, é relativo, cabendo a avaliação da transferência ser decidida, de forma fundamentada, pelo Juízo condutor do processo (em caso de preso provisório), ou o juízo da execução (em caso de cumprimento de pena). 2. No caso versando, consta que a remoção do impetrante para Campo Grande deu-se através de pedido da administração penitenciária da cidade de Coxim, sob a alegação de que o preso provisório detinha liderança negativa sobre a massa carcerária local, além da superlotação daquele estabelecimento penal. Mais conveniente, destarte, que o impetrante permaneça no Instituto Penal de Campo Grande, mais consentâneo com o interesse coletivo, além de preservar sua dignidade física e moral, haja vista a superlotação carcerária na Comarca de Coxim." (TJMS. MS 1402364-23.2018.8.12.0000; Seção Criminal; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 26/06/2018; Pág. 50)

E ainda, como bem pontuou o Procurador Geral de Justiça em seu parecer às f. 70:

"In casu, o(a) d. magistrado(a) indeferiu o pedido de transferência porque "o Estabelecimento Penal da Comarca de Amambai/MS encontra-se superlotado e não possui condições para o recebimento do apenado", relatando, ainda, que o "Estabelecimento foi projetado para receber 67 (sessenta e sete) detentos e, na inspeção realizada em julho de 2019, constatou-se que abriga 193 (cento e noventa e três) presos" (f. 23), isto é, mais de 50% da sua capacidade.

Assim, não possuindo o estabelecimento penal da Comarca de Amambai/MS condições de receber o impetrante, devido à falta de vaga em decorrência da superlotação do presídio, motivo esse que é suficiente para indeferir o pedido de transferência, tem-se que não há ilegalidade na decisão juntada às f. 23-24."

Destarte, não se vislumbra, portanto, violação a direito líquido e certo a ser afastada pela via mandamental.

Ante o exposto, com o parecer, denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança. (Sust. oral: Dr. Ewerton Araújo De Brito)

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 13 de novembro de 2019.

***

2ª Seção Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Revisão Criminal nº 1601158-58.2016.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME DO PETICIONÁRIO COMO SE AUTOR DO CRIME FOSSE – ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA A PROPOSITURA DA REVISIONAL – REVISIONAL NÃO CONHECIDA – COMPROVAÇÃO DA FALSA IDENTIDADE – REQUERENTE QUE FOI PROCESSADO E CONDENADO INDEVIDAMENTE, EM CONSEQUÊNCIA DE TER O NOME UTILIZADO PELO IRMÃO, VERDADEIRO AUTOR DO FATO DELITUOSO – EFEITOS DA CONDENAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO – CONCESSÃO.

A ação revisional somente poderá ser ajuizada pelo próprio réu, por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme o artigo 623 do Código de Processo Penal.

Nas hipóteses em que o verdadeiro autor do delito se identifica como 'outrem', ainda que condenado como se este verdadeiramente fosse, impossível conhecer da revisão criminal aviada pelo prejudicado, que não possui legitimidade para a propositura da ação.

Comprovada a utilização indevida do nome do peticionário por outrem para fins de se furtar da aplicação da lei penal, resta evidente o constrangimento ilegal ao qual o mesmo está submetido, devendo-se conceder *habeas corpus* de ofício, para excluir seu nome do rol dos culpados e de todos os registros, anotações, comunicações e etc., relacionados aos autos da ação criminal, sem prejuízo da apuração relativamente ao verdadeiro autor do delito.

Contra o parecer, revisional não conhecida com concessão de *habeas corpus* de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer da revisão criminal e, de ofício, conceder a ordem de *habeas corpus* para excluir o nome do requerente do rol dos culpados e de todos os registros, anotações e comunicações relacionados aos autos da ação criminal.

Campo Grande, 13 de novembro de 2019.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de revisão criminal interposto por E. F. de M., objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, para, ao final, condená-lo à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 dias-multa pela prática do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas (artigo 157, § 2º, inciso II, do CP) (f. 01-05).

O requerente peticionou ao juízo de primeiro grau no Feito nº 0002298-40.2009.8.12.0001 pleiteando a retificação da denúncia, uma vez que o autor do delito é C. F. de M., seu irmão, que passou se pelo recorrente.

Dada vista ao Ministério Público Estadual, o Promotor de Justiça requereu o encaminhamento do pedido para este Tribunal de Justiça, a fim de que fosse autuado e julgado como revisão criminal, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, uma vez que havia sentença penal condenatória transitada em julgado na data de 14/08/2014 (certidão de f. 210).

Deferido o pleito pelo juiz sentenciante (f. 287), a petição foi remetida a este Tribunal, onde foi recebida e autuada como revisão criminal.

Dado vista à Procuradoria Geral de Justiça para a emissão de parecer, esse se manifestou pela baixa dos autos à primeira instância, para que fosse realizada perícia grafotécnica nos documentos pessoais de E. F. de M., comparando-os com as assinaturas apostas nos documentos produzidos em sede policial, a fim de confirmar se foram produzidas pela mesma pessoa (f.52-53).

Entretanto, segundo a Polícia Civil os documentos do requerente encontravam-se em lugar certo e não sabido, inviabilizando a realização da perícia (Ofício nº 2.47/DERF/DGPC – f. 69). Em sequência, foi esclarecido pelo delegado atuante no caso que foi solicitado ao Estado de origem (GO) de E. F. de M. o seu prontuário civil, a fim de certificar se, de fato, foi ele quem assinou as peças do flagrante do IP 041/09/DERF (Autos nº 0002298-40.2009.8.12.0001).

Em nova vista ao *Parquet* para manifestação, esse pugnou, novamente, pelo retorno dos autos à primeira instância, para que se aguardasse a juntada do prontuário civil, a análise comparativa e o laudo pericial (f. 81-82).

O laudo pericial elaborado pelo Instituto de Identificação do Estado de Goiás foi juntado aos autos, concluindo que:

> *"(...) as impressões digitais constantes na cópia e planilha de identificação datada em 14/01/2009, em nome de E. F. de M., enviada pela Delegacia Especializada de Roubos e Furtos DERF, Campo Grande MS, pertencem à pessoa identificada civilmente neste instituto de identificação como C. F. de M.". [...] E que não pertencem à pessoa identificada civilmente neste instituto de identificação como E. F. de M."* (f. 126).

Instada novamente a se manifestar a d. Procuradoria de Justiça de Justiça, em parecer opinou pelo conhecimento e provimento da presente ação revisional (f. 134-138).

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de revisão criminal interposta por E. F. de M. (f. 01-05), em face de sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, para, ao final, condená-lo à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 dias-multa pela prática do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas (artigo 157, § 2º, inciso II, do CP).

Consta nos autos que o requerente foi segregado na data de 14/01/2009 (f. 05-14), em razão de prisão em flagrante e, denunciado em 16/02/2009 frente ao juiz de direito da 3ª Vara Criminal de Campo Grande - MS, pelo crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, c/c art. 29, ambos do CP.

Segundo a denúncia, um indivíduo foi preso e autuado em flagrante acusado de praticar o delito de roubo majorado pelo concurso de pessoas. Em virtude desse fato houve a instauração da Ação Penal nº 0002298-40.2009.8.12.0001, que culminou na prolação de sentença condenatória de lavra do juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

De acordo com as informações apresentadas, por ocasião do flagrante o indivíduo detido disse chamar-se E. F. de M., nascido em 02/01/1982, residente e domiciliado na Rua A., n. XX, Bairro C. II, Campo Grande – MS, filho de I. F. de M. Desse modo, todos os registros e feitos criminais decorrentes desse fato foram realizados/autuados em nome de E. F. de M.

Em 20/08/2009 foi concedida liberdade provisória (f. 99-100; f. 101) e na data de 03/02/2014, foi proferida sentença condenatória em regime inicial semiaberto (f. 187-197, dos Autos Principais nº 0002298-40.2009.8.12.0001), que transitou em julgado no dia 14/08/2014 (f. 210, dos referidos autos).

Em virtude de ter sido decretada a revelia do réu, foi também decretada sua prisão para garantia da aplicação da Lei Penal, com consequente determinação de expedição de competente mandado.

Durante o cumprimento da ordem judicial, o requerente E. F. de M. comunicou que jamais respondeu por qualquer procedimento criminal e que seu irmão C. F. de M. já teria utilizado indevidamente seu nome (E. F. de M.) em outros procedimentos criminais.

Em razão desses fatos, o requerente peticionou ao juízo de primeiro grau no Feito nº 0002298-40.2009.8.12.0001 pleiteando a retificação do polo passivo da referida demanda.

Dado vista ao Ministério Público Estadual, o Promotor de Justiça requereu o encaminhamento do pedido para este Tribunal de Justiça, a fim de que fosse autuado e julgado como revisão criminal, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, uma vez que havia sentença penal condenatória transitada em julgado na data de 14/08/2014 (certidão de f. 210).

Deferido o pleito pelo juiz sentenciante (f. 287), a petição foi remetida a este Tribunal, onde foi recebida e autuada como revisão criminal.

Encaminhando os autos à Procuradoria Geral de Justiça para a emissão de parecer, esse se manifestou pela baixa dos autos à primeira instância, para que fosse realizada perícia grafotécnica nos documentos pessoais de E. F.de M., comparando-os com as assinaturas apostas nos documentos produzidos em sede policial, a fim de confirmar se foram produzidas pela mesma pessoa (f. 52-53).

Determinada a realização da perícia para constatação dos fatos, a Polícia Civil informou que a mesma não poderia ser realizada, tendo em vista que os documentos do requerente encontravam-se em lugar certo e não sabido (Ofício nº 2.47/DERF/DGPC – f. 69). Em sequência, foi esclarecido pelo delegado atuante no caso que foi solicitado ao Estado de origem (GO) de E.F. de M. o seu prontuário civil, a fim de certificar se, de fato, foi ele quem assinou as peças do flagrante do IP 041/09/DERF (Autos nº 0002298-40.2009.8.12.0001).

Em nova vista ao *Parquet* para manifestação, esse pugnou, novamente, pelo retorno dos autos à primeira instância, para que se aguardasse a juntada do prontuário civil, a análise comparativa e o laudo pericial (f. 81-82).

O laudo pericial elaborado pelo Instituto de Identificação do Estado de Goiás foi juntado aos autos, concluindo que:

> *"(...) as impressões digitais constantes na cópia e planilha de identificação datada em 14/01/2009, em nome de E. F. de M., enviada pela Delegacia Especializada de Roubos e Furtos DERF, Campo Grande MS, pertencem à pessoa identificada civilmente neste instituto de Identificação como C. F. de M.". [...]E que não pertencem à pessoa identificada civilmente neste Instituto de Identificação como E. F. de M."* (f. 126).

Logo, ressai verossímil o fato alegado na inicial.

Todavia, essa circunstância não possibilita a rescisão da sentença condenatória, eis que não há configuração de eventual *error in procedendo* ou *error in judicando*, mas apenas torna evidente o equívoco na identificação civil lançada nos procedimentos criminais, sobretudo porque o verdadeiro autor do delito

foi fisicamente identificado, tendo sido ele corretamente citado e por defensor público, apresentou defesa preliminar, requerendo a produção de prova testemunhal, arrolando as mesmas testemunhas da acusação.

Na fase probatória foram ouvidas a vítima e duas testemunhas em comum, sendo da acusação e da defesa. Todavia o interrogatório restou prejudicado, vez que o acusado mudou de endereço sem comunicar o juízo, motivo pelo qual foi decretada a revelia.

Ademais, o requerente não se encontra no rol de pessoas legitimadas a propor revisão criminal conforme prevê o art. 623 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> *"Art. 623. A Revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão."*

Isto posto, considerando que o peticionário E. F. de M. não foi réu no processo criminal originário, tendo havido, na verdade, utilização do seu nome pelo real autor do crime, C. F. de M., seu irmão, conforme entendimento jurisprudencial, o peticionário carece de legitimidade para figurar no pólo ativo da ação de revisão criminal.

Se não bastasse, a constatação da identificação incorreta não tem o condão de macular o feito principal por meio da presente ação revisional, seja para anulá-lo, seja para reformá-lo; basta a alteração da qualificação do acusado na forma do art. 259 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, é a lição de Guilherme de Souza Nucci[1]:

> *"(...) se a ação penal é sempre movida contra pessoa certa, ainda que duvidosos os seus dados de qualificação (nome, filiação, profissão, endereço etc.), pode-se retificar ou incluir tais elementos, em qualquer momento processual, inclusive se já tiver havido condenação e estiver o feito em plena execução da pena. Por outro lado, é possível que o réu apresente documentos de outra pessoa, passando-se por quem efetivamente não é. Tal conduta não é suficiente para anular a instrução ou a condenação, bastando que o juiz, descoberta a verdadeira qualificação, determine a correção nos autos e no distribuidor, comunicando-se ao Instituto de Identificação."*

Assim, sendo impossível de se conhecer da presente revisão criminal, eis que o pleito foi aventado por parte manifestamente ilegítima, já que efetivamente não se trata do real condenado.

Em casos similares, sinaliza a jurisprudência ser impossível conhecer da revisão criminal:

> *"REVISÃO CRIMINAL – ROUBO SIMPLES (ART. 157, CAPUT, DO CP) – ALEGAÇÃO DE ERRO QUANTO A IDENTIDADE NOMINAL DO ACUSADO – VERDADEIRO RÉU QUE SE IDENTIFICOU PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL COMO SENDO SEU IRMÃO – PLEITO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – NÃO CABIMENTO – ILEGITIMIDADE ATIVA DA PARTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 623, DO CPP – NÃO CONHECIMENTO DA REVISÃO – POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, CONFORME ART. 259, DO CPP – REMESSA EX OFFÍCIO À VARA DE ORIGEM PARA PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À CORRETA IDENTIFICAÇÃO DO CONDENADO – REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA COM MEDIDAS DE OFÍCIO."* (TJPR, 4ª C.Criminal 0049947-75.2018.8.16.0000 - Maringá - Rel.: Desembargador Fernando Wolff Bodziak - J. 11.04.2019)

> *"EMENTA - REVISÃO CRIMINAL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME DO PETICIONÁRIO COMO SE AUTOR DO CRIME FOSSE – COMPROVAÇÃO DA FALSA IDENTIDADE – ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA A PROPOSITURA DA REVISIONAL – PEDIDO REVISONAL DO QUAL NÃO SE CONHECE – EFEITOS DA CONDENAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – OCORRÊNCIA – HABEAS CORPUS DE OFÍCIO – CONCESSÃO. A ação revisional somente poderá ser ajuizada pelo próprio réu, por procurador*

1 **Código de processo penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme o artigo 623 do Código de Processo Penal. Patente a coação ilegal suportada pelo peticionário em razão da utilização indevida de seus dados pessoais, é cabível, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a expedição de ordem de habeas corpus, com determinação de retificações e cancelamento de registros decorrentes de sentença condenatória, exclusão do nome do rol dos culpados, restabelecimento dos direitos políticos e instauração do procedimento previsto no artigo 259 do Código de Processo Penal." (TJMG. Revisão Criminal 1.0000.16.029144-9/000, Relator(a): Des.(a) Flávio Leite , 3º Grupo de Câmaras Criminais, julgamento em 21/11/2016, publicação da súmula em 25/11/2016)

"EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME DO PETICIONÁRIO COMO SE AUTOR DO CRIME FOSSE – COMPROVAÇÃO DA FALSA IDENTIDADE – ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA A PROPOSITURA DA REVISIONAL – PEDIDO REVISONAL NÃO CONHECIDO – EFEITOS DA CONDENAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – OCORRÊNCIA – 'HABEAS CORPUS' DE OFÍCIO – CONCESSÃO. - O ajuizamento de Revisão Criminal poderá se dar tão somente pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado para tanto ou, no caso de sua morte, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nos moldes art. 623 do CPP. - Nas hipóteses em que o agente se identifica com 'outrem', ainda que condenado como se este verdadeiramente fosse, impossível conhecer da Revisão Criminal aviada pelo prejudicado, que não possui legitimidade para a propositura da ação. - Restando consignada verdadeira qualificação do réu fisicamente identificado, imperioso se retificar o prontuário criminal do terceiro prejudicado, poupando-o dos efeitos da condenação penal registrada contra o mesmo." (TJMG. Revisão Criminal 1.0000.12.078458-2/000, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, 1º Grupo de Câmaras Criminais, julgamento em 09/12/2013, publicação da súmula em 24/01/2014)

Esse também é o entendimento desse Tribunal:

"REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – ILEGITIMIDADE DA PARTE – ACOLHIMENTO – REQUERENTE QUE NÃO INTEGRA O ROL DO ART. 623 DO CPP – PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – POSTULANTE QUE TEVE SEU NOME INDEVIDAMENTE UTILIZADO POR OUTREM DURANTE AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE – IMPERATIVA NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO DO RÉU NA AÇÃO PENAL – PERMISSIVO DO ART. 259 DO CPP – REVISIONAL NÃO CONHECIDA COM CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. I – Somente são legitimados para propor a revisão criminal o réu ou, no caso de sua morte, o cônjuge, ascendente ou descendente, não estando nesse rol aquele que, embora figure como condenado em determinada ação penal, assim está somente porque terceiro utilizou indevidamente de sua identificação civil. II – Identificado o verdadeiro autor do crime, imperativa torna-se a retificação dos dados lançados na ação penal e também nos demais procedimentos judiciais dele extraídos (como, v. g., a guia de recolhimento para execução de pena), consoante permissivo do art. 259 do Código de Processo Penal. III – Revisional não conhecida com concessão de habeas corpus de ofício para determinação a retificação do nome do autor do crime na ação penal e demais procedimentos instaurados na origem." (TJMS. Revisão Criminal nº 1405313-25.2015.8.12.0000, Campo Grande, Seção Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 09/03/2016, p: 11/03/2016)

Portanto, carece a ação de legitimidade ativa, inviabilizando seu conhecimento.

Nada obstante, é necessária, ainda que mediante a concessão da ordem *ex officio,* a retificação dos registros judiciais e extrajudiciais, a fim de que passe a constar o nome do verdadeiro condenado, evitando-se que o requerente experimente novos dissabores.

Acerca da possibilidade de retificação, dispõe o art. 259 do Código de Processo Penal que:

"Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for

descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes."

Sobre o tema:

> *"O equívoco quanto ao nome do réu em face do uso indevido do nome alheio não acarreta a nulidade da condenação quando esta incide sobre o verdadeiro autor do crime, podendo a retificação quanto ao nome ser feita a qualquer tempo – art. 259 do CPP".* (TJMS. Embargos de Declaração Criminal nº 0000214-48.2014.8.12.0015, Miranda, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 08/06/2015, p: 11/06/2015)

Nesse prospecto, caberá ao juízo de 1º grau providenciar a retificação dos dados contidos na ação penal e nos demais procedimentos que dela foram extraídos (inclusive daqueles referentes à fase executória da pena), fazendo constar o nome e a qualificação correta do autor dos fatos, sem prejuízo dos atos processuais já realizados.

Ante o exposto, contra o parecer, não conheço da presente revisional, no entanto, de ofício, concedo *habeas corpus* em favor de E. F. de M. para mantê-lo em liberdade e determinar:

O recolhimento de eventual mandado de prisão ainda em aberto que tenha sido expedido em seu desfavor (E. F. de M.) na Ação Penal nº 0002298-40.2009.8.12.0001 ou no respectivo procedimento de execução da pena; e

A retificação do nome do condenado naqueles autos (e também no procedimento de execução de pena dele extraído) a fim de que passe a constar a correta identificação civil do autor do crime (C. F. de M.), inclusive perante o rol de culpados e nos prontuários do Tribunal Regional Eleitoral e do Instituto de Identificação, ambos deste Estado.

Caso prevaleça este voto, oficie-se ao juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande (com cópia da inicial e dos documentos de f. 116-129) para a imediata adoção das providências visando o cumprimento da presente ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram da revisão criminal e, de ofício, concederam a ordem de *habeas corpus* para excluir o nome do requerente do rol dos culpados e de todos os registros, anotações e comunicações relacionados aos autos da ação criminal.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 13 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Apelação Criminal nº 0011338-38.2012.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E RELAÇÕES DO CONSUMO EM CONTINUIDADE DELITIVA – PUNIBILIDADE EXTINTA – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – RECURSO PREJUDICADO.

Conforme Súmula 497, do STF, *"Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação"*.

Eliminado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva e decorrido mais de cinco anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, reconhece-se a extinção da punibilidade dos agentes, nos termos do artigo 107, inciso IV c/c artigo 109, inciso V, ambos do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E RELAÇÕES DO CONSUMO EM CONTINUIDADE DELITIVA INDUZIMENTO DE CONSUMIDOR A ERRO MEDIANTE VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA – AFIRMAÇÃO FALSA OU ENGANOSA SOBRE A NATUREZA DO SERVIÇO – AUTORIA NÃO COMPROVADA – AGENTE PROFESSOR CONTRATADO – RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.

Absolve-se o agente da prática do delito descrito no inciso VII do artigo 7º da Lei nº 8.137/90, pelo fato de ter sido contratado para ministrar aulas no curso preparatório para carreira militar, não sendo proprietário ou gerente do mesmo, nem responsável pela divulgação da publicidade enganosa para captação de alunos.

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, de ofício, julgar extinta a punibilidade de Adriano Silveira Gimenes, pela ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa, restando prejudicado o recurso do mesmo. Também, por unanimidade, deram provimento ao recurso de Eronildo de Souza Silva.

Campo Grande, 31 de outubro de 2019.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelação criminal interposta por Adriano Silveira Gimenes e Eronildo de Souza Silva (f. 733-737), condenados pela prática do delito descrito no o artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90 c/c artigo 29 e artigo 71, ambos do Código Penal (f. 712-716).

Para tanto, afirmam que não há nos autos provas suficientes em relação à autoria do delito, uma vez que apenas trabalhavam como professores na Escola Pet Cursos, não se apresentavam como militares e nem usavam farda.

Ao final, pugnam pelo provimento do recurso a fim de reformar a sentença e absolvê-los, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f. 741-755) e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 764-771) pelo desprovimento do recurso.

Pelo relator substituto, Des. Geraldo de Almeida Santiago, às f. 773-774, levantada a preliminar de extinção da punibilidade do apelante Adriano Silveira Gimenes em decorrência da prescrição retroativa e, ainda, determinado que as partes também se manifestassem sobre o indevido reconhecimento da agravante da reincidência em relação ao apelante Eronildo de Souza Silva, com consequente redução da pena e eventual extinção da punibilidade.

Manifestação da defesa técnica dos apelantes, às f. 781-783, pelo afastamento da reincidência de Eronildo de Souza Silva, com redução da pena ao mínimo legal e pelo reconhecimento da extinção da punibilidade em razão da prescrição retroativa em relação aos dois recorrentes.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 786-789, *in verbis*, "*pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, para declarar extinta a punibilidade dos réus Adriano Silveira Gimenes e Eronildo de Souza Silva, nos termos do art. 109, VI, c/c art. 117, I, ambos do Código Penal*".

Por esta relatora suspenso o curso do presente processo em razão do possível julgamento do Tema 150, do STF.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Adriano Silveira Gimenes e Eronildo de Souza Silva (f. 733-737), condenados pela prática do delito descrito no o artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90 c/c artigo 29 e artigo 71, ambos do Código Penal (f. 712-716).

Extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual denunciou os apelantes, bem como André Luiz Pereira Benites, Leonardo Afonseca da Silva e Rodiney Pereira da Silva, pela prática de crime contra as relações de consumo, em continuidade delitiva, no decorrer do ano de 2008 e primeiro semestre de 2009 (f. 01-08).

Rodiney Pereira da Silva foi citado por edital, tendo sido o processo e o curso do prazo prescricional suspensos em relação a ele (f. 362-363).

Extinta a punibilidade de Leonardo Afonseca da Silva por ter cumprido as condições da suspensão condicional do processo (f. 431-657-658).

André Luiz Pereira Benites aceitou a proposta de suspensão condicional do processo (CP 0001085-02.2015.8.12.0029), mas descumpriu as condições impostas, sendo o benefício revogado e determinado o desmembramento do feito (f. 657-658), sendo posteriormente absolvido (Autos nº 0011539-54.2017.8.12.0002).

O processo prosseguiu somente em relação aos apelantes, sendo a denúncia foi julgada procedente para condená-los pela prática do delito descrito no o artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90 c/c artigo 29 e artigo 71, ambos do Código Penal (f. 712-716).

A pena de Adriano foi fixada em 3 anos e 4 meses de detenção e a pena de Eronildo fixada em 3 anos e 9 meses de detenção.

Pelo relator substituto, Des. Geraldo de Almeida Santigo, às f. 773-774, levantadas duas questões *ex officio*.

A primeira é a preliminar de extinção da punibilidade de Adriano em razão da ocorrência da prescrição na modalidade retroativa.

A prescrição é matéria de ordem pública a ser conhecida pelo julgador em qualquer grau de jurisdição e em qualquer fase do processo, conforme artigo 61, do Código de Processo Penal.

No caso concreto, reconhecida na sentença a continuidade delitiva, conforme f. 715:

> *"Culpabilidade normal à espécie. O réu não registra antecedentes criminais (f. 352, 398, 470 e 679-680). Sua personalidade e conduta social não foram apuradas. Quanto às circunstâncias, motivos e consequências do crime, nada de especial. As vítimas não contribuíram para o evento. A situação econômica do acusado não foi apurada.*
>
> *Diante das circunstâncias judiciais favoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de detenção.*
>
> *Sem atenuantes e agravantes. Sem causas de diminuição da pena. Dada a causa de aumento da continuidade delitiva e atento ao número considerável de vítimas, acresço 2/3 (dois terços) à pena supra, no que torno a reprimenda definitiva em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de detenção".*

Para o cálculo da prescrição em delitos em que houve o reconhecimento da continuidade delitiva, consideramos a Súmula 497, do STF, *"Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação".*

Portanto, elimina-se o acréscimo decorrente da continuidade delitiva (1 ano e 4 meses), levando-se em consideração somente a pena de 2 anos de detenção para o cálculo da prescrição.

De acordo com o artigo 109, inciso V, do Código Penal, com a redação vigente à época dos fatos (2008-2009):

> *"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: (Redação determinada na Lei nº 7.209, de 11.7.1984, DOU 13.7.1984, em vigor seis meses após a data de publicação) V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);".*

No caso concreto, a denúncia foi recebida em 27 de novembro de 2012 (f. 251- data da assinatura digital) sendo que até a publicação da sentença condenatória, em 23 de abril de 2018, (f. 717) transcorreram mais de 5 anos, sem suspensão ou interrupção do processo em relação a Adriano.

Portanto, acolho a preliminar arguida *ex officio*, estando prejudicada a análise do recurso de Adriano.

Em relação a Eronildo, em que pese o parecer favorável da PGJ, não ocorreu a extinção da punibilidade.

Colhe-se da dosimetria sentença, às f. 716,

> *"(...) Culpabilidade normal à espécie. O réu registra antecedentes criminais (f. 353-357, 399-401, 467-469 e 681-682). Sua personalidade e conduta social não foram apuradas. Quanto às circunstâncias, motivos e consequências do crime, nada de especial. As vítimas não contribuíram para o evento. A situação econômica do acusado. Diante das circunstâncias judiciais relativamente desfavoráveis, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de detenção.*
>
> *Sem atenuantes e agravantes.*
>
> *Sem causas de diminuição da pena.*
>
> *Reconhecida a causa de aumento da continuidade delitiva e atento ao número considerável de vítimas, acresço 2/3 (dois terços) à pena supra, no que torno a reprimenda definitiva em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de detenção".*

Na realidade, Eronildo ostenta maus antecedentes oriundos da condenação dos Autos nº 0003722-85.2007.8.12.0002 (fato: 3 de abril de 2006), trânsito em julgado em 12 de janeiro de 2010, pena extinta pelo cumprimento em 25 de outubro de 2013 (EP 0006110-53.2010.8.12.0002).

O delito em comento ocorreu no decorrer do ano de 2008 e primeiro semestre de 2009.

Cumpre lembrar que:

> *"(...) Condenações definitivas por fatos anteriores ao crime sob julgamento, com trânsito em julgado posterior a este delito, mas anterior à sentença dos autos em análise, justificam a análise negativa dos antecedentes."* (TJDF; EIR 2017.01.1.013516-8; Ac. 119.8011; Câmara Criminal; Rel. Des. Mário Machado; Julg. 19/08/2019; DJDFTE 06/09/2019)

A pena de 2 anos e 3 meses de detenção atrai a aplicação do artigo 109, inciso IV, do CP, o que afasta a pretensão de reconhecimento da prescrição.

Passo à análise da pretensão exposta no recurso de Eronildo, qual seja, a absolvição.

Extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual denunciou Andre Luiz Pereira Benites, Adriano Silveira Gimenez, Eronildo de Souza da Silva, Leonardo Afonseca e Silva e Rodiney Ferreira da Silva por infração ao artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90, c.c. artigo 29 e artigo 71, ambos do Código Penal (f. 01-08).

Conforme denúncia, no decorrer do ano de 2008 e no primeiro semestre de 2009, em Dourados-MS, funcionou a empresa Pet Cursos Profissionalizantes, sendo que os denunciados, através publicidade e afirmação enganosas sobre a natureza do serviço que prestavam na oportunidade, induziram, em continuidade delitiva e em unidade de desígnios, diversos consumidores a erro.

Leonardo era o proprietário do referido curso e Rodiney gerente da empresa, sendo que ambos comandaram o Curso Preparatório de Admissão Militar (CPAM), com a falsa promessa aos alunos/consumidores de acesso garantido à carreira militar.

Referido curso era ministrado por André, Adriano e Eronildo, que, supostamente, seriam militares da ativa, usavam fardas, roupas camufladas e se apresentavam com patentes.

Eronildo se apresentava como "Sargento Nido" e utilizava farda do exército.

Foi apurado que era exigido dos alunos corte de cabelo curto e das alunas cabelo preso, bem como, que o curso não tinha autorização de funcionamento do Exército Brasileiro.

Adriano, vulgo "Silveira", afirmou na fase policial que ganhou a farda do curso e não se identificava como tenente (f. 72)

Samuel Bernadino Farias, na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f. 433) narrou que inscreveu suas filhas no curso, pois havia divulgação na rádio, sendo que o curso seria preparatório para carreira militar, com aulas práticas com Sargento do Exército e outras aulas com um dos professores fardados. Expôs que um dos professores se identificava como Sargento Silveira e não houve a prova em Campo Grande-MS. Desconhece regra sobre o cabelo.

Em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 433), Valéria Cristina Lima Silva esclareceu que sua filha soube na escola do curso, pois recebeu um panfleto, sendo que foi ao local e disseram que haveria um acesso facilitado, sendo militar se passasse em uma prova em Campo Grande-MS. Contou que exigiam cabelo preso para as aulas.

Monique Eva Seabra dos Santos, em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 433), narrou que houve entrega de panfletos na escola e falaram sobre o curso preparatório para a carreira militar e, com a prova em Campo Grande-MS, seriam integrados à carreira militar, sendo Dourados-MS uma fase preparatória. Lembra

que um dos professores era o Tenente ou Sargento Silveira, que se identificava como militar, bem como havia preparação física, como um regime militar, exigindo-se cabelo preso em coque das alunas. Expôs que desistiu do curso e soube depois que ninguém fez a prova.

Na fase judicial, Giuliano Arzamendia (áudio disponível no SAJ, às f. 433), narrou que conheceu Silveira quando foi trabalhar na escola como gerente de telemarketing, sendo que foi para Campo Grande-MS e, quando voltou, não tinha mais o curso preparatório. Contou que desconhece o curso preparatório para carreira militar e uma vez viu Silveira se apresentando como militar e usava farda. Expôs que Eronildo era professor de Matemática e foram juntos para Campo Grande-MS, sendo que não sabe como funcionava o curso preparatório para carreira militar.

Marcus Vinicius Elias Pereira, em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 433) relatou que não tem conhecimento dos fatos narrados na denúncia. Afirmou que Eronildo trabalhava na referida escola e fez um curso de técnico de açúcar e álcool.

Vanessa Manoel Ferreira Miranda, na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f. 433), disse que tomou conhecimento do curso preparatório através de um folheto, sendo que haveria uma prova em Campo Grande-MS para ingresso na escola militar. Relatou que fez um teste antes do início das aulas, bem como aulas práticas; que um dos professores era fardado, sendo identificado como Sargento Silveira, e Eronildo ia como uma camiseta, como se fosse militar e os alunos tinham que chamá-los por patente, mas era mais o Silveira.

Em juízo (áudio disponível no SAJ, às f. 433), Eronildo afirmou que foi contratado para dar aula de cursos profissionalizantes, sendo apenas professor. Expôs que houve um sábado para coleta de matrículas, com uma prova, sendo que na segunda-feira pediram para dar aula de Matemática e, ainda, para dar alguns exercícios na areia e de corrida, sendo que o Silveira dava o treinamento militar. Contou que com quatro meses de curso foi transferido para escola nova em Campo Grande-MS e não participou da divulgação e das matrículas do curso preparatório militar. Narrou que recebia por hora/aula e não se identificava como militar, tendo deixado claro que havia servido por um ano, sendo que seus superiores eram Leonardo e Rudiney.

Conforme f. 117-118, Eronildo era empregado do referido estabelecimento comercial.

Diante desse conjunto probatório, inviável a mantença da condenação.

Conforme denúncia, todos os agentes, em unidade de desígnios, induziram em continuidade delitiva diversos consumidores a erro por via de publicidade e afirmação enganosa sobre a natureza do serviço prestado.

Os agentes teriam captado alunos mediante ardil de publicidade e afirmações enganosas, mediantes palestras em escolas e panfletos que garantiam acesso à carreira militar.

Para ingresso no curso era realizada uma prova de recrutamento, onde os coordenadores usavam roupas camufladas.

Prevê a Lei 8.137/1990:

> *"Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:*
>
> *VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;"*

Guilherme de Souza Nucci[1], sobre referido tipo penal esclarece que:

> *"O sujeito ativo é o empresário de bens e serviços. O sujeito passivo é o empresário. [...] é crime próprio (somente pode ser praticado pelo empresário de bens ou serviços) [...] instantâneo (a consumação ocorre em momento definido)."*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 652. v.2.

Ora, Eronildo era apenas funcionário do Pet Cursos, onde foi contratado como professor, sem poder de decisão e de gerência dentro da instituição, ou seja, não participou da divulgação do curso, entrega de panfletos e captação de alunos.

O que se tem nos autos é que o apelante ministrou algumas aulas, por curto período, antes de ir para Campo Grande-MS.

Outrossim, a consumação do delito aqui se deu com a propaganda enganosa na rádio, entrega de panfletos e captação de alunos.

Temos ainda que considerar que nenhuma testemunha afirmou que Eronildo foi às escolas entregar panfletos, fez palestras, propaganda enganosa sobre o curso, ou que tinha qualquer controle sobre referido curso ou captação de alunos.

Assim, sequer há provas da participação de Eronildo nos referidos atos, tornando duvidosa a subsunção do fato à norma.

O único ato confirmado por uma única testemunha foi ser chamado, por vezes, por patente e ir com camiseta tipo militar.

Cumpre ainda consignar que havia um contrato de consumo entre o aluno (consumidor) e a Pet Cursos (fornecedor), razão pela qual o empresário é quem responde pelo referido crime.

Contudo, o professor, ora apelante, é preposto da referida instituição de ensino, com aspectos de subordinação, e atuava dentro de sala de aula. Assim, vislumbra-se quiçá responsabilidade civil, mas não penal, conforme narrado na denúncia, por não haver relação de consumo propriamente dita neste vínculo.

Nesse ponto, Lívio Goellner Goron esclarece que:

> *"(...) O professor é preposto do estabelecimento de ensino, não sujeito dessa relação, já que entre ele e o aluno não há vínculo de consumo. [...] A relação pedagógica concretizada em sala de aula não admite regulação direta pelo Código de Defesa do Consumidor, mas os fatos dessa relação podem repercutir, indiretamente, na relação de consumo que vincula o aluno (ou responsável) à instituição de ensino"*[2].

Esse é outro tópico que torna duvidoso que um professor possa praticar crime contra relações de consumo dentro da sala de aula, uma vez que entre professor e aluno não existe o vínculo de consumo.

Ante o exposto:

Ex officio, com o parecer, julgo extinta a punibilidade de Adriano Silveira Gimenes pela ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 107, inciso IV c/c artigo 109, inciso V, ambos do Código Penal.

Julgo prejudicado o recurso interposto por Adriano Silveira Gimenes.

Contra o parecer, voto pelo provimento do recurso interposto por Eronildo de Souza Silva para absolvê-lo da imputação de infração ao inciso VII do artigo 7º da Lei nº 8.137/90, nos termos do artigo 386, inciso V, do CPP.

2 GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez. 2012. Disponível em http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/ index.php/fadir/article/viewFile/12544/8410. Acesso em 12 de setembro de 2019, às 11h21.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, de ofício, julgaram extinta a punibilidade de Adriano Silveira Gimenes, pela ocorrência da prescrição, na modalidade retroativa, restando prejudicado o recurso do mesmo. Também, por unanimidade, deram provimento ao recurso de Eronildo de Souza Silva.

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 José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 31 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Habeas Corpus Criminal nº 1413243-55.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – DELITOS COMETIDOS EM CAMPO GRANDE-MS NA DÉCADA DE 1990 – MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL POR FORÇA DE LIMINAR EM *WRIT* ANTERIOR – PACIENTE PRESO EM REGIME FECHADO – ANÁLISE DA NECESSIDADE DE PRISÃO DOMICILIAR POSTERGADA APÓS O RESULTADO DE PERÍCIA OFICIAL – PRELIMINAR DA PGJ – NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL PARA EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO – REJEITADA – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA

Apesar da matéria ser afeta à execução penal, não há impeditivo para sua discussão via *habeas corpus* considerando a pretensão de concessão imediata de prisão domiciliar até a resolução da questão pelo juízo competente.

O fato de o paciente residir em local diverso da condenação não é causa legal de mudança de competência da execução penal estabelecida na lei local de organização judiciária.

Não há como, para mera conveniência do paciente, retardar o cumprimento do mandado de prisão para realização da perícia oficial para verificação de estado de saúde, mormente porque inexiste prova pré-constituída de tratamento de saúde inadequado no cárcere.

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 as preliminares e, no mérito, denegar a ordem.

Campo Grande, 7 de novembro de 2019.

Desª Elizabete Anache – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Fábio Ricardo Trad e Luciana Abou Ghatass, com pedido de liminar, em favor do paciente Alberto Jorge Rondon de Oliveira apontando como autoridade coatora o juiz(a) de direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS.

Versa o presente *writ* acerca da ilegalidade da determinação de prisão do paciente.

Para tanto, afirmam que a autoridade apontada como coatora é incompetente para expedir o mandado de prisão, pois o domicílio do paciente é Bonito-MS, sendo que:

> *"(...) É fato que a cidade de Bonito possui vara de execuções penais própria, sendo evidente, portanto, que o mandado de prisão e a análise do pedido de prisão domiciliar deveria ser realizado naquela vara de execuções penais e, não nesta. Desta forma, deve ser decretada a nulidade do mandado de prisão do paciente, devendo ser analisado o pedido*

de domiciliar com eventual emissão de mandado judicial pela vara de execuções penais de Bonito – MS e não de Campo Grande – MS".

Contam que o paciente, ao tomar conhecimento do referido mandado de prisão:

"(...) passou mal e veio a Campo Grande em busca de auxílio médico, tanto é que acabou de ser preso na residência de sua filha em Campo Grande–MS. Destaca-se a boa fé do paciente que ao tomar conhecimento do mandado de prisão não desejou se furtar da aplicação da lei penal, dado a proximidade com a fronteira paraguaia".

Narram que:

"(...) O paciente requereu ao juízo de execuções, ora autoridade coatora, para que fosse realizada perícia médica judicial a fim de verificar a possibilidade ou não de manutenção de tratamento do paciente intramuros, haja visto que os laudos acostados apontam para diversas doenças graves e em avanço. Os laudos que estão anexados a este writ são assinados pelo Dr. Nagib Derzi, médico experiente na área endocrinóloga, ex-presidente do CRM de MS e pelo Dr. Reinaldo Oshiro, médico cardíaco e especialista em cardiopatias graves que decorrem da diabetes tipo 1, doença que acomete severamente o paciente. É de se aduzir que o laudo assinado pelo Dr. Nagib Derzi atesta o estado estável de saúde do paciente graças ao acompanhamento que recebe e às condições em que está. O Ministério Público manifestou-se no sentido de proceder a exames médicos a fim de verificar a possibilidade de cumprimento de pena em regime fechado, tanto é que enviou quesitos a serem analisados pelo médico perito que viria a ser nomeado pelo Exmo. Magistrado, ora autoridade coatora, dentre estes quesitos, ressalta-se o de número 07: " -7) Recebendo tratamento adequado pode continuar cumprindo sua pena em regime fechado?‖" Entretanto, a autoridade coatora achou por bem emitir mandado judicial de prisão e ao mesmo tempo declinar médico perito oficial para analisar se o paciente tem ou não condições de receber tratamento adequado em regime fechado. O magistrado singular resolveu decidir por si próprio se o paciente tem ou não possibilidade de cumprir a pena em regime fechado, isto sem que fosse previamente consultado por médico nomeado por ele mesmo".

Apontam que devem prevalecer a inteligência do artigo 318, do CPP, e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Discorrem sobre os requisitos da liminar.

Ao final requerem:

"a) Preliminarmente, seja reconhecida a nulidade do mandado de prisão e seu consequente cumprimento, pelo fato de que o juízo que o emitiu é absolutamente incompetente para tanto.

b) Seja sustado o mandado de prisão em desfavor do paciente para que seja, antes de prendê-lo em regime fechado, realizada perícia pelo médico nomeado pelo juízo de execuções que possa atestar a (in)compatibilidade de cumprimento em regime fechado com seu quadro clínico.

c) No mérito, que seja confirmada a liminar, para que seja a decisão de prender ou não, o paciente aguarde a perícia clínica oficial nomeado pelo juízo de execuções competente". Documentos de f. 18-45.

Liminar indeferida, às f. 28-33.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 38-39.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 43-57, pelo não conhecimento do *writ* e caso conhecido, pela denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Fábio Ricardo Trad e Luciana Abou Ghatass, com pedido de liminar, em favor do paciente Alberto Jorge Rondon de Oliveira apontando como autoridade coatora o juiz(a) de direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS.

Antes de apreciar o caso posto em julgamento, oportuno pequena incursão fática:

O paciente foi condenado nos Autos nº 0003489-33.2003.8.12.0001 à pena de 13 anos e 6 meses de reclusão pela prática do delito descrito no artigo 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal, referentes a fatos ocorridos de 1992 a 1999, crime com vítimas diversas.

A condenação transitou em julgado em 21 de novembro de 2018.

Referida ação penal tramitou na 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS, sendo expedido o mandado de prisão em 8 de agosto de 2019.

Com os mesmos fundamentos expostos na inicial deste *writ*, foram requeridos o recolhimento e suspensão do mandado de prisão, a expedição da guia de recolhimento e encaminhamento ao juízo competente para apreciar o pedido de prisão domiciliar com ou sem o monitoramento eletrônico do sentenciado.

O pedido foi indeferido em 16 de setembro de 2019, sendo atacado através do HC 1412423-36.2019.8.12.0000.

Pelo relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, deferida parcialmente a liminar para determinar a imediata expedição da guia de recolhimento do paciente, com sua permanência em regime domiciliar até o dia que seja decidida a questão no competente juízo da execução penal.

Posteriormente, em 22 de outubro de 2019, pela 2ª Câmara Criminal, a liminar foi revogada e o *writ* não foi conhecido.

A liminar foi cumprida, expedida a guia de recolhimento e distribuída ao juízo da 1ª Vara de Execução Penal em 9 de outubro de 2019 (Autos nº 0039702-76.2019.8.12.0001), sendo novamente formulado pedido de prisão domiciliar.

Pela autoridade apontada como coatora proferida a decisão, ora atacada:

> *"[...]*
>
> *Finalmente chegamos à última celeuma, a defesa postulou a prisão domiciliar para o condenado em definitivo. Sustentou que o sentenciado possui problemas de saúde graves, capazes de acarretar o óbito.*
>
> *Analiso o pedido como se fosse 'saída para tratamento médico', haja vista que a prisão domiciliar é prevista como possibilidade 'excepcional', em casos de pena a ser cumprida em regime aberto (LEP, art. 117).*
>
> *A colega da 3ª V Criminal deliberou que a GR seria emitida assim que cumprida a ordem de prisão (f. 126-127), razão pela qual a defesa acionou o TJMS, que pela decisão de f. 129-134, entendeu em conceder a liminar para evitar a prisão, até o que o tema em voga, fosse apreciado neste juízo da execução penal.*
>
> *O i. Relator, por cautela, asseverou que por questão legislativa deveria ser obstada a ordem de prisão, para que fosse emitida a guia de cumprimento de pena, mesmo sem a efetivação da prisão. Frisou o Relator, que estava a decidir para oportunizar que o tema em discussão pudesse chegar para análise do juízo da execução penal, sem a necessidade de prisão prévia.*

Portanto, explicada a situação do processo e respectiva GR em exame, reforço que o competente relator decidiu pela suspensão da ordem de prisão 'até que a matéria ventilada, fosse examinada em primeiro grau, nesta VEP'.

Muito bem.

Quanto aos crimes, observo que foram fatos reiterados, com lesões graves e gravíssimas para diversas vítimas. A situação se estende há muitos anos, como permite a legislação brasileira.

A respeito da situação de saúde exposta, implica debater que o condenado possuiria 'diabetes, hipertensão, dislipidemia e quadro depressivo'.

Não se discute a dignidade humana do condenado em tela, como também dos milhares de presos com algum problema de saúde. Cabe frisar a inaplicabilidade isolada de princípios constitucionais amplos, sem amparo legal, que prevê regime fechado para a pena em questão. Se observados os atestados médicos de f. 159-151, temos provas indiciárias robustas dos problemas de saúde relatados pela defesa, todavia, nenhum parâmetro que possibilite este juízo deliberar de forma segura e 'isonômica' que o sentenciado não terá condições de dar seguimento ao tratamento de saúde, dentro do sistema penitenciário.

No caso da diabetes, foi apontado que é dependente de insulina, de modo que as ampolas de medicação poderão ser fornecidas para aplicação diária dentro do presídio. Se preferir, poderá receber ampolas adquiridas pela família e repassadas para o uso diário (em caso de alguma especialidade não indicada no momento).

Nota-se que o quadro de diabetes é comum na população, tanto que o sentenciado usa medicação para referida patologia há 22 anos, segundo o atestado.

Com relação à hipertensão arterial, também vem sendo tratado por medicação e acompanhamento ambulatorial, sendo que essa atuação pode prosseguir no sistema penitenciário, inclusive com caminhadas, atendimento médico local e saída com escolta, se necessário.

Atividades físicas podem ocorrer no solário, bem como a dieta do sistema penal pode ser adaptada, inclusive com outros tantos presos com hipertensão arterial.

Com relação ao quadro clínico de dislipidemia, nada mais é que 'altos níveis de colesterol e triglicérides', quadro médico comum, sem gravidade em concreto descrita.

Nada de explicativo veio aos autos sobre a depressão, exceto que estaria desenvolvendo um quadro de depressão (...) Ao final da f. 150 do atestado, o expert frisa que o quadro clínico é estável e controlado!

Portanto, examinando o caso, não estou convencido que o sentenciado não possa dar seguimento ao tratamento medicamentoso no interior do sistema penal, sem prejuízo da entrada de medicamentos e saída com escolta se necessário for.

Portanto, penso não ser o caso excepcionalíssimo de obstar sentença penal transitada em julgado, e determino a expedição do mandado de prisão.

Assim, por medida de cautela e averiguação da gravidade das doenças que acomete o sentenciado, se está impedido de cumprir sua pena em regime fechado (com acompanhamento médico internos, e se necessário, externo), reputo necessária a realização de perícia médica especializada.

Para a realização da perícia, nomeio o médico perito o Dr. Sérgio Cação de Morais, fixando os seguintes quesitos:[...]

Aguarde-se o cumprimento da pena ou novas comunicações quanto ao tratamento do custodiado, adotando a serventia – de ofício – as providências de impulso processual pertinentes.

Intimem-se. Cumpra-se."

O mandado de prisão foi cumprido no dia 23 de outubro de 2019.

A questão posta no presente *writ* é bastante singela, sendo que as preliminares não encontram guarida e a ordem deve ser denegada.

Argumenta a PGJ que "*a presente Ordem não deve ser conhecida, em razão de inadequação da via eleita, uma vez que a alegação de constrangimento ilegal, decorre de matéria afeta à execução da pena*".

No caso concreto, os pedidos formulados no presente *habeas corpus*, pela natureza e urgência, não poderiam ser formulados em agravo de execução penal.

Com efeito. É que o rito do agravo de execução penal acabaria por esvaziar a matéria em decorrência do fator tempo.

Relembrando, referido recurso é interposto na origem, com abertura de ao Ministério Público para manifestação e, após, exercido juízo de retratação para posterior remessa à instância superior e abertura de vista à PGJ.

Embora o *habeas corpus* não seja sucedâneo recursal, não se elimina a possibilidade de atos do juiz da execução penal causarem constrangimento ilegal.

Assim, rejeito a preliminar arguida pela PGJ.

Analiso, na sequência, a preliminar de nulidade da expedição do mandado por incompetência do juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS.

Relembrando, o juízo competente para a expedição do mandado de prisão é o juízo da condenação, no caso da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande -MS.

Em razão de pedido formulado pelos impetrantes no HC 1412423-36.2019.8.12.0000, a guia de recolhimento foi expedida de forma excepcional, ou seja, sem o cumprimento do mandado de prisão.

Qual a razão para distribuição da referida guia na Comarca de Bonito-MS, sem vinculação com o juízo condenatório e, diga-se de passagem, onde não há unidade prisional para recolhimento no regime fechado? Nenhuma.

Como expõe Rogério Sanches Cunha[1]:

> *"De acordo com o disposto no art. 65 da Lei nº 7.210-84, 'A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença'.*
>
> *O dispositivo confirma a natureza jurisdicional do processo de execução, etiquetando o juízo da execução como um dos seus órgãos.*
>
> *A competência do juiz da execução se inicia, em regra, com a possibilidade de que se execute a pena, seja pelo trânsito em julgado da sentença condenatória, seja pelo cumprimento das condições estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal para a execução provisória da pena. É também possível aplicar as disposições da Lei de Execução Penal para conceder benefícios nas situações em que o agente está preso preventivamente e, condenado em primeira instância, aguarda o julgamento do recurso. Neste caso, todavia, é o próprio juiz da condenação quem decide, pois ainda não há processo de execução formado.*
>
> *Quanto ao local competente para a execução, a orientação firmada pela Terceira Seção do STJ é no sentido de que a competência se firma, em regra, de acordo com as leis de organização judiciária do juízo da condenação: [...]*

1 In: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/07/06/breves-comentarios-sobre-competencia-para-execucao-penal/. Acesso em 4 de novembro de 2019, às 15h15.

> *A regra a respeito da competência do juízo da condenação vem sendo aplicada inclusive na execução de penas restritivas de direitos. O STJ firmou a tese de que a transferência de domicílio do condenado não provoca a alteração da competência, razão por que o juízo competente para a execução apenas expede carta precatória para que a fiscalização do cumprimento seja feita no local em que o condenado reside [...].”*

O Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Mato Grosso do Sul prevê que *“Art. 83. Nas comarcas com mais de uma vara, a competência de cada uma é estabelecida pelo Tribunal de Justiça, por resolução.”*

Assim, temos estabelecido na Resolução nº 221-1994:

> *“Art. 1º Na Comarca de Campo Grande haverá sessenta e quatro Varas, com a competência assim distribuída (alterado pelo art. 8º da Resolução nº 143, de 6.7.2016 – DJMS, de 11.7.2016.)*
>
> *j) três Varas de Execução Penal; (alterada pelo art. 2º da Resolução nº 142, de 6.7.2016 – DJMS, de 14.7.2016.)*
>
> *Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande: (alterado pelo art. 2º da Resolução nº 525, de 6.6.2007 – DJMS, de 14.6.2007.)*
>
> *i) das Varas de Execução Penal:*
>
> *1. 1ª Vara de Execução Penal, compete desempenhar as atribuições da Corregedoria dos Presídios, bem como a execução das sentenças de réus condenados ao cumprimento de pena no regime fechado; [...]*
>
> *3. Vara de Execução Penal do Interior, compete o processamento das execuções de sentenças de réus condenados ao cumprimento de penas nos regimes fechado e semiaberto pela Justiça Estadual, à exceção da Comarca de Campo Grande.*
>
> *Art. 13. As varas com competência para as execuções penais somente receberão a guia de recolhimento de outras varas depois da prisão do réu, sendo que, em se tratando de multa e sursis, após a conversão ou revogação.”*

De fato, a execução penal é processada no local da condenação, no caso, Campo Grande-MS, e não no lugar onde reside o condenado ou onde é cumprido o mandado de prisão, sob pena de se inviabilizar o cumprimento da reprimenda.

Observa-se que:

> *“(...) de acordo com jurisprudência consolidada desta Corte Superior, firmada com esteio no art. 65 da Lei de Execuções Criminais, o juízo competente para a execução da pena imposta é o indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, o juízo da condenação, facultando-se a transferência para local de residência do sentenciado ou de seus familiares tão somente se constatada a existência de vagas. Isto porque, embora a proximidade do apenado com seus familiares possa ser benéfica à sua ressocialização, o cumprimento da execução penal deve levar em conta não apenas as conveniências pessoais e familiares do preso, mas também as da Administração Pública. Assim, é imprescindível a transferência legal do apenado, ou seja, com prévia consulta de existência de vagas e anuência do Juízo consultado.”* (STJ. CC Nº 155.244 – RO (2017/0282458-9). Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Data da Publicação:28/11/2017).

Por oportuno:

> *“[...] a mudança voluntária de residência do apenado, per si, não teria o condão de alterar a competência da execução para Juízo diverso do legalmente estabelecido.*

Precedentes." (TJCE; CJ 0000714-54.2019.8.06.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Luiz Arruda Parente; DJCE 23/10/2019; Pág. 76)

> *" [...] o simples fato de o condenado estar preso em comarca diversa daquela competente para a execução da sentença, em cumprimento de mandado de prisão preventiva expedido por um terceiro Juízo, não constitui causa legal de deslocamento da competência originária para a execução da pena."* (STJ. CC 148.926/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 28/09/2016, DJe 27/10/2016).

> *"[...] a ausência de estabelecimento adequado ao cumprimento da sanção, ou o simples fato de o condenado morar em comarca diversa ou ter mudado de residência, por vontade própria, não constituem causas legais de deslocamento da competência originária para a execução da pena, razão pela qual deve a mesma ser mantida consoante determina o art. 65 da LEP." (*TJCE; CJ 0001897-60.2019.8.06.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Antônio Padua Silva; DJCE 22/08/2019; Pág. 147)

Assim, é até possível alterar a competência do juízo da execução penal, desde que respeitados os trâmites legais para transferência de presos entre comarcas.

O domicílio do condenado ou mudança de seu domicilio não tem o condão de modificar a competência da execução penal[2], sob pena de se inviabilizar o cumprimento de mandados de prisão.

Portanto, rejeito a preliminar arguida.

No mérito, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Temos que:

> *"(...) Por expressa disposição legal, a prisão domiciliar prevista no art. 318 do CPP constitui alternativa apenas à prisão preventiva. – 'O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade'". (HC 404.006/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 14-11-2017, V.u.)* (TJSC; AG-ExPen 0002363-08.2019.8.24.0015; Canoinhas; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Civinski; DJSC 19/09/2019; Pag. 404).

Compete ao juízo da execução penal decidir acerca da concessão da prisão domiciliar ao reeducando, sendo que, no caso concreto, conforme decisão acima transcrita, ora atacada, apenas foi determinada a realização de perícia médica e postergada referida decisão.

Não se verifica constrangimento ilegal em tal providência.

Noticiado ao juízo da execução penal que o paciente sofre "diabetes, hipertensão, dislipidemia e quadro depressivo", com base em documentos de médicos particulares, sem maiores detalhamentos e apenas constando a necessidade de ingestão de medicamento, adotada a conduta exigida ao caso concreto, qual seja, a determinação do cumprimento do mandado de prisão e designação de perícia médica.

Isto porque a perícia oficial irá determinar se o paciente tem condições ou não de cumprir pena em regime fechado e, caso haja discordância da defesa técnica, deve ingressar com incidente na Execução Penal para discutir a questão.

No caso concreto não há como suspender o mandado de prisão sem comprovação efetiva de que o paciente deixará de receber o atendimento adequado no estabelecimento prisional.

---

2 Em caso similar, em execução penal de restritiva de direitos: *"o simples fato de o condenado morar em comarca diversa ou ter mudado de residência, por vontade própria, não constitui causa legal de deslocamento da competência originária para a execução da pena."* (STJ. CC 137.899/PR, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Terceira Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 27/03/2015).

Atente-se ainda que, de acordo com os impetrantes, o paciente residia em Bonito-MS, mas os médicos consultados são de Campo Grande-MS, afastando, *a priori*, o quadro de saúde apontado como delicado, uma vez, ao que parece, fazia viagens para controle médico sem depender de maiores cuidados.

Os documentos não comprovam que o paciente está extremamente debilitado por doença grave a propiciar que aguarde a perícia médica em prisão domiciliar.

Destarte, não há como, para mera conveniência do paciente, retardar o cumprimento do mandado de prisão para realização da perícia oficial, mormente porque inexiste prova pré-constituída de tratamento de saúde inadequado no cárcere.

Observe-se ainda que pode ser pleiteada junto ao juízo da execução penal a assistência por médico particular, caso assim se entenda necessário.

Desta forma, deve a defesa técnica do paciente aguardar o resultado da perícia a ser feita pelo *expert* nomeado pelo juízo da execução penal e, havendo discordância do resultado, ingressar com pedido de providências, apresentando contra-laudo confeccionado por perito particular para que o juízo competente resolva a questão.

Por fim, não se vislumbra violação ao Pacto de San José da Costa Rica ou ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que:

> *"(...) A prisão domiciliar, benefício de caráter humanístico, é voltado àqueles que não podem, de maneira alguma, sujeitarem-se ao cárcere sem que isso implique em verdadeira tortura da sua condição humana, algo que nem de longe se aproxima da realidade vivida pelo reeducando."* (TJSP; HC 2086143-65.2017.8.26.0000; Ac. 10699421; Araçatuba; Primeira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Péricles Piza; Julg. 14/08/2017; DJESP 15/09/2017; Pág. 2510).

Documentos que apontam para quadro clínico com necessidade de cuidados específicos não se equipara a quadro de doença grave a autorizar por meio de *habeas corpus* a prisão domiciliar, mormente porque não há provas de que as doenças comprovadas não possam ser tratadas no estabelecimento prisional.

Ante o exposto:

Rejeito a preliminar de não conhecimento do *habeas corpus* arguida pela PGJ.

Rejeito a preliminar de incompetência do juízo da execução penal de Campo Grande arguida pelos impetrantes.

Com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, denegaram a ordem.

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 José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 7 de novembro de 2019.

***

2ª Seção Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Revisão Criminal nº 1409576-61.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO OCORRIDO EM 1993 – DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA – RÉU FORAGIDO – CITAÇÃO POR EDITAL – CONSTITUIÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR COM PODERES ESPECIAIS – DEFESA AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PRONÚNCIA EM 1996 – INTIMAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA – EXTRAÇÃO DE CÓPIA DO PROCESSO POR FAMILIAR – RENOVAÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO EM 2005 – ADVENTO DA LEI 11.689/08 – DESIGNAÇÃO DO JÚRI – INTIMAÇÃO DA PRONÚNCIA VIA EDITAL – INTIMAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA PARA FASE DO 422, DO CPP – DESIGNAÇÃO DA DATA DO JÚRI – INTIMAÇÃO POR EDITAL DO RÉU – RENÚNCIA DA DEFESA TÉCNICA – DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO – CONDENAÇÃO – INTIMAÇÃO DO RÉU VIA EDITAL PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO OU SE MANIFESTAR – INÉRCIA – CONDENAÇÃO – INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO DA EM 2010 – NULIDADES APONTADAS PELO NOVO PATRONO DO REVISIONANTE – INOCORRÊNCIA – PEDIDO IMPROCEDENTE.

Ausente nulidade quanto à determinação do juízo de citação via edital ao receber a denúncia, uma vez que decretada a prisão preventiva sem a localização do acusado, sendo que:

"*Encontrando-se o réu foragido, em lugar incerto e não sabido, correta a determinação da citação editalícia. Contudo, a constituição de advogado, mediante procuração nos autos, configura comparecimento espontâneo do acusado, suprindo eventual falta ou nulidade da citação (Precedentes)*". (STJ. HC 293.320/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014)."

Afasta-se a alegação de nulidade de intimação para sessão de julgamento do júri, uma vez que o revisionando, réu revel, foi intimado via edital para sessão de julgamento do júri, com o nome por extenso atrelado ao número do processo, seguida da intimação de sua defesa técnica da data designada da sessão do Tribunal do Júri.

Problemas de comunicação entre advogado e cliente são questões extraprocessuais que devem ser dirimidas no âmbito administrativo e não têm o condão de gerar nulidade processual.

A nomeação de defensor dativo para atuação perante o Tribunal do Júri, com a devida intimação do réu por edital, com posterior apresentação de apelação, aponta para garantia da ampla defesa.

Registre-se que:

"(...) *consoante o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a nulidade do julgamento deve ser arguida em tempo razoável, sob pena de, ante as particularidades concretas do caso, ser convalidada. [...]. Apesar do direito à plenitude da defesa, a inércia do defensor e o transcurso de considerável lapso temporal esvaziam a alegação de ocorrência de prejuízo [...] e evidenciam que, no afã de superar a coisa julgada e de rever a condenação criminal, a defesa alça o sistema de nulidades a uma sinuosidade técnica por onde se escoa a substância do processo, enquanto resultado, o que não se coaduna com o princípio da instrumentalidade das formas.*" (STJ. HC 272.255/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

Temos aqui o efeito sanatório do tempo, da preclusão e da coisa julgada sobre eventuais nulidades ocorridas no curso do processo, prestigiando-se a segurança jurídica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar improcedente a revisão criminal. (Sust Oral: Dr. Tiago Bunning Mendes)

Campo Grande, 13 de novembro de 2019.

Desª Elizabete Anache – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Celso Euripedes Martins da Silva, com fulcro nos artigos 621, I c.c. 626, ambos do CPP, almejando a rescisão do *decisum* condenatório (f. 391-397), transitado em julgado em 18/8/2010 (f. 400), por se mostrar contrária ao texto expresso da lei penal.

Alega que o revisionando foi denunciado em concurso com José Alexandre de Souza e Ademar Honório da Silva pelo crime de homicídio qualificado, por motivo torpe (art. 121, § 2°, I c.c. art. 29, ambos do CP), praticado contra Anízio Furtado de Souza e, ao final, restou condenado à pena de 12 anos de reclusão, a ser cumprida no regime fechado.

Destaca que, não obstante o trânsito em julgado do *decisum,* o processo encontra-se "*repleto de nulidades que o contaminam e demandam a rescisão do trânsito em julgado"* (*sic* – f. 2), o que enseja a anulação do processo.

Aponta que a primeira nulidade do processo diz respeito à citação por edital do acusado, isso porque o magistrado, ao receber a denúncia, prontamente determinou a citação por edital aduzindo que o revisionando estaria em lugar incerto e não sabido.

No que tange à segunda nulidade, indica a invalidade da intimação por edital que pretendia informar o revisionando acerca da designação da sessão de julgamento pelo Tribunal do júri, por vícios em sua causa e conteúdo. Para tanto,

> *"(...) desconsiderando a existência de endereço atualizado do revisionando, fornecido pelo MPE/MS às f. 242, foi determinada a intimação por edital – como se o acusado estivesse em local incerto e não sabido - para sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri em 15/03/2010 às 8h00 (f. 272). Como se não bastasse, o edital de intimação ao qualificar o revisionando forneceu data de nascimento e filiação erradas."* (sic)

Quanto à terceira nulidade, informa que a destituição do advogado constituído pelo revisionando ocorreu de forma errônea, desrespeitando as formalidades legais por duas circunstâncias: 1) não há previsão legal para intimação do advogado constituído para informar se continuaria representando o autor e 2) há vício na comunicação via edital de intimação, pois:

> *"(...) o próprio Poder Judiciário ao invés de intimar o acusado por edital deveria ter tentado localizá-lo no último endereço fornecido nos autos (...) Se não bastasse, o edital de intimação que comunica o revisionando acerca da destituição de seu advogado constituído foi publicado pelo prazo ínfimo de 05 (cinco) dias, conforme se observa às f. 283." (sic)*

Requer, ao final das considerações, o provimento da revisão criminal para:

> *"(...) a) Anular o processo desde a citação por edital (f. 103), nos termos do art. 564, IV c.c art. 361, ambos do CPP e art. 5º, LV da CF/88; ou b) Anular o processo desde a intimação por edital da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri (f. 272), com fundamento*

no art. 564, III, alínea "g" c.c art. 457 e art. 365, todos CPP, bem como art. 5º, LV da CF; ou ainda c) Anular o processo desde a renúncia do advogado constituído (f. 279-280) e/ou do edital de intimação do acusado (f. 283) nos termos do art. 564, inciso III, "o" e IV c/c 263 e 365 todos do CPP, c/c art. 5º LV e XXXVIII da CF e art. 8º.2 "e" do Dec. 678/92."

Junta documentos às f. 31-338.

Petição do revisionando - f. 339, com documentos, juntando o restante dos documentos necessários para o julgamento da revisão criminal.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça - f. 603-621, pelo indeferimento da revisional.

Por esta relatora, à f. 623, foram requisitados os Autos Físicos do Processo nº 0380025-61.1993.8.12.0001.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de revisão criminal interposta por Celso Euripedes Martins da Silva.

Conforme relatado, a condenação de Celso é oriunda de processo do Tribunal do Júri e, embora não haja insurgência acerca de julgamento contrário às provas dos autos, baseando a ação revisional apenas em nulidades ocorridas durante a tramitação do processo, oportuno se faz uma retrospectiva fática dos eventos ocorridos nos Autos Físicos nº 001.93.380 025-0 (0380025-61.1993.8.12.0001 - Ação Penal de Competência do Júri), requisitados por esta relatora:

Em 23 de junho de 1993, noticiada a tentativa de homicídio de Anízio Furtado de Souza, ocorrida em Campo Grande-MS (f. 08-07), sendo iniciadas as investigações. A vítima veio a óbito em 12 de julho de 1993 em decorrência dos ferimentos (f. 24-25).

A causa da morte de Anízio foi *"septicemia causada por ação pérfuro contundente - projétil de arma de fogo"* (f. 153-certidão de óbito).

Apurado no decorrer das investigações que o mandante do crime teria sido Celso, mas o alvo era Sandoval Bezerra dos Santos, em razão de desavenças envolvendo excesso de área na Fazenda Bela Vista (f. 23-26-27-37-38).

No decorrer das investigações do referido delito, em 9 de julho de 1993, Celso, representado pelo advogado Wander Silvano Correa ofereceu representação em desfavor de Sandoval Bezerra dos Santos pela suposta prática de ameaça (f. 42-55).

Na referida representação constou que Celso era domiciliado à Rua das Garças, 1.435, em Campo Grande-MS (f. 42), sendo o mesmo endereço repetido na procuração outorgada a seu advogado (f. 50).

Após representação da autoridade policial, foi decretada a prisão preventiva de Celso em 31 de agosto de 1993 (f. 76). Adianto aqui que referido mandado de prisão cautelar nunca foi cumprido, tendo o requerente, durante todo o inquérito policial e trâmite processual, permanecido na condição de foragido.

Após o encerramento do inquérito policial, em 13 de setembro de 1993, José Alexandre de Souza, Ademar Honório da Silva foram denunciados como incursos nas penas do art. 121, § 2º, I (mediante paga) e IV (mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima/surpresa) c/c artigo 20, § 3º e artigo 29 todos do CP e Celso como incurso nas penas do art. 121, § 2º, I (motivo torpe), do CP.

De acordo com a denúncia, Celso contratou Sandoval em 1989 para levantar, cercar e externar divisas da Fazenda Bela Vista, localizada em Sonora-MS, sendo que o contratado constatou excesso de área de mil hectares, sendo esta cercada e anexada ao imóvel rural do requerente.

Sandoval passou a entender ter direito à metade da área excedente, exigindo pagamento de Celso mediante ameaças.

Sandoval, em setembro de 1992, alienou a área que entendia ser sua para José Dias Neto, residente em Maringá-PR, recebeu sinal e parte do pagamento, sendo o negócio desfeito por intervenção de Celso.

Em razão de tal fato, Sandoval passou a repetir as ameaças e Celso teria resolvido matá-lo.

Para a execução do crime, Celso contratou José Alexandre de Souza e prometeu pagar sessenta mil cruzeiros reais, adiantando pequena parte do pagamento. Por seu turno, José Alexandre de Souza chamou Ademar Honório da Silva para praticar da empreitada criminosa, passando, então a observarem Sandoval.

Ocorre que no dia 23 de junho de 1993, Anízio Furtado de Souza, conduzindo o veículo costumeiramente utilizado por Sandoval, chegou ao local onde já estavam José Alexandre e Ademar.

De imediato, José Alexandre foi até o veículo, sacou a arma e efetuou disparos de arma de fogo contra Anízio empreendendo fuga em motocicleta conduzida por Honório.

Anízio foi socorrido, mas veio a óbito em razão dos ferimentos em 12 de julho de 1993.

A denúncia foi recebida em 19/9/1993 (f. 80), dando origem ao Processo 93.14259-3 (0014259-37.1993.8.12.0001 - Ação Penal de Competência do Júri) que prosseguiu somente quanto aos corréus, havendo desmembramento do feito.

Ao receber a denúncia em 17 de setembro de 1993, o juiz singular determinou a citação por edital de Celso.

Relembro aqui que a autoridade policial havia representado pela prisão preventiva de Celso pelo risco de fuga (f. 37-38 dos autos físicos), sendo o pedido acolhido e o mandado de prisão expedido em 31 de agosto de 1993 (f. 76-78 dos autos físicos), porém nunca foi cumprido, uma vez que o requerente não foi localizado, estando assim, desde a fase policial, presumidamente, em local incerto em não sabido.

Paralelamente, no dia 24 de setembro de 1993, Celso formulou pedido de liberdade provisória representado pelo advogado Dr. Rene Siufi, onde se extrai do teor da peça processual amplo domínio fático do ocorrido.

Na procuração assinada por Celso, em 20 de setembro de 1993, consta poderes especiais, entre eles, para confessar.

Tanto na petição, como na procuração, foi novamente informado que Celso residia à Rua das Garças, 1435, em Campo Grande-MS.

Na audiência que determinou o desmembramento do feito, realizada em 6 de outubro de 1993, como Celso havia sido citado via edital e constituído advogado particular, foi determinada a intimação para nova audiência (f. 133), sendo expedido mandado de intimação de sua defesa técnica (136).

A audiência não foi realizada por ausência de Celso (f. 136), sendo decretada sua revelia em 22 de novembro de 1993 (f. 137), havendo intimação de seu advogado para apresentação de defesa prévia.

A defesa prévia de Celso foi apresentada em 9 de dezembro de 1993, sendo arroladas 9 testemunhas, sem insurgência contra a citação por edital e o aproveitamento e juntada do interrogatório dos corréus no processo (f. 139-140).

Em 2 de março de 1994, o advogado Dr. Rene Siufi substabeleceu com reserva de poderes ao então advogado Dr. Renzo Siufi, OAB/MS 5.961 e o Dr. Honório Suguita, OAB/MS 4.898 (f. 149).

No mesmo dia, realizada audiência para oitiva das testemunhas, com a presença dos dois advogados de Celso (f. 154).

Destaca-se dos referidos depoimentos, colhidos na presença da defesa técnica do requerente:

Darcy Machado: que cobraram pelo serviço e falaram que o contratante era Celso Eurípedes. Que conhece Celso há muitos anos, desde 1974, que sabe que ele é grileiro de terras (f. 155-156).

Davi dos Santos Guimarães: que José Alexandre trabalhou para Celso e ouviu dizer que ele tinha rixa com Sandoval (f. 157).

Sandoval Bezerra dos Santos: que à época dos fatos andava no veículo da vítima. Que ficou sabendo que Celso queria matá-lo e, na Delegacia, que o requerente foi o mandante do crime. Afirmou que Celso o ameaçou de morte várias vezes (f. 158-159).

Celso de Araújo: que no hospital Anízio disse que "*foi o xará do depoente*" que mandou matar e contou sobre desentendimento de negócio entre Celso, ora requerente, e Sandoval (f. 160-161).

Anézia Furtado de Souza: que seu filho falou que Celso Eurípedes *"tinha mandado os elementos matarem matado Sandoval"* (f. 162-163).

Nicanor Furtado de Souza: que a vítima falou que queriam matar Sandoval a mando de Celso (f. 166).

Em 23 de agosto de 1994 ocorreu nova audiência de instrução e julgamento com a presença do advogado Dr. Honório Suguita, sendo ouvido o irmão do requerente (f. 173-175).

Em 26 de abril de 1995 realizada audiência de instrução e julgamento com a presença do advogado Dr. Honório Suguita, sendo ouvida a testemunha Luiz Roberto Rodrigues (f. 183).

Referida testemunha disse expressamente que *"morou vizinho do acusado Celso Eurípedes, que então fizeram amizade; que não sabe por onde anda o réu Celso"* (f. 183).

Manifestação de Celso através de sua defesa técnica, às f. 185-191-201, requerendo a oitiva das testemunhas faltantes, o que foi deferido às f. 186-193.

Oitiva das testemunhas de defesa Roberto Alves Vieira, João Moraes Tavares, Áureo Pereira em 10/8/1995, 19/10/1995 e 20/6/1996, com a presença do Dr. Honório Suguita (f. 187-188-195-196).

Em 5/8/1996 protocolizada a petição de alegações finais de Celso assinada pelos advogados Dr. Rene Siufi e Dr. Honório Suguita (f. 211-213).

Celso foi pronunciado em 25 de setembro de 1996 (f. 219-221), com intimação da defesa técnica via imprensa oficial conforme certidão de f. 222v.

Em 5 de agosto de 1997, Luiz Carlos Lopes Martins compareceu em cartório, afirmou ser primo de Celso e solicitou autorização para extração de cópias para encaminhar ao advogado da família, sendo o pedido autorizado (f. 225).

Portanto, estabelecido que tivemos uma primeira fase de processo afeto ao Tribunal do Júri onde Celso, apesar de citado por edital, constituiu advogado particular com poderes especiais, sendo que sua defesa técnica, formada por três advogados, participou ativamente do processo, não sendo aventada nenhuma nulidade.

Afasta-se aqui a primeira alegação de nulidade arguida na revisão criminal, qual seja, da nulidade da citação por edital sem esgotamento de todos os meios para localização do acusado.

Decorridos 25 anos da citação via edital (f. 102-103), em síntese, sustenta a parte que há nulidade nos autos porque o magistrado, ao receber a denúncia, "*prontamente, determinou a citação por edital aduzindo que o revisionando estaria em lugar incerto e não sabido* (f. 80)*." (sic).*

De fato, ao receber a denúncia em 17 de setembro de 1993, o juiz singular determinou a citação por edital de Celso, uma vez que decretada sua prisão preventiva, ele não foi localizado, estando assim, desde a fase policial, presumidamente, em local incerto em não sabido.

Contudo, tais fatos são irrelevantes porque Celso constituiu advogado particular com poderes especiais que o representou durante toda instrução criminal e apresentou alegações finais.

Dessume-se dos autos que, após o recebimento da denúncia, Celso, por meio de patrono particular, formulou pedido de liberdade provisória, juntando procuração (além de comprovantes de água e luz) e apontando que sua residência era na Rua das Garças, nº 1435, Vila Célia, nesta Capital, local onde não foi encontrado quando do mandado de intimação do sumário de acusação (f. 145-145vº).

Por se tratar de processo afeto ao Tribunal do Júri, qualquer nulidade ligada à citação deveria ter sido alegada no momento processual oportuno, seja na defesa prévia ou nas alegações finais e, ainda, podendo até consignar que na ata de julgamento.

Desta forma,

> *"(...) Encontrando-se o réu foragido, em lugar incerto e não sabido, correta a determinação da citação editalícia. Contudo, a constituição de advogado, mediante procuração nos autos, configura comparecimento espontâneo do acusado, suprindo eventual falta ou nulidade da citação (Precedentes)."* (STJ. HC 293.320/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014).

Se tal não bastasse, não se verifica a demonstração de prejuízo, considerando o histórico de atuação da defesa técnica de Celso.

Aliás:

> *"(...) A constituição de defesa nos autos demostra a inequívoca ciência do embargante acerca da ação penal movida contra si e a opção pelo não exercício do direito de presença e de autodefesa, descabendo, nesse passo, arguir nulidade a que ele mesmo deu causa (art. 565 do CPP). Rejeição dos embargos. "* (TJRJ; APL 0006307-14.2005.8.19.0026; Itaperuna; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri; DORJ 01/08/2019; Pág. 133)
>
> *"Se houvesse nulidade, estaria sanada com a constituição de defesa técnica, que atuou desde o início do processo, requerendo medidas cautelas, apresentando defesa prévia, indicando testemunhas e acompanhando as oitivas. Ordem denegada. "* (STJ. HC 85950, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 11-11-2005 PP-00029 Ement Vol-02213-03 PP-00472 LEXSTF v. 28, nº 325, 2006, p. 459-463)
>
> *"Constata-se dos autos que o interrogatório deixou de ser realizado porque, foragido, o réu frustrou sua citação pessoal e, chamado por edital, não compareceu ao ato, sendo então decretada sua revelia. Mesmo na condição de revel, o réu constituiu advogado nos autos, prosseguindo o feito regulamente, vindo a defesa a apresentar resposta à acusação, pedidos de revogação de custódia e alegações finais. A constituição de defesa nos autos demostra a inequívoca ciência do réu acerca da ação penal movida contra si e a opção pelo não exercício do direito de presença e de autodefesa, descabendo, nesse passo, arguir nulidade a que ele mesmo deu causa (art. 565 do CPP)."* (TJRJ; APL 0006307-14.2005.8.19.0026; Itaperuna; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri; DORJ 05/07/2019; Pág. 126)
>
> *"O princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser tanto a de nulidade absoluta, quanto a relativa, pois não se declara nulidade por mera presunção"*

(REsp 1446799/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 18/12/2014). (STJ. HC 314.047/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015)

"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE ESTUPRO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO AO CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – RECONHECIMENTO – ***ALEGAÇÃO DE NULIDADES FORA DO MOMENTO OPORTUNO – INCIDÊNCIA DA PRECLUSÃO –*** *PRETENSÃO DE CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A REVISÃO CRIMINAL – INVIABILIDADE.*

1. (...) ***3. No procedimento do júri, as nulidades ocorridas na primeira fase do procedimento escalonado devem ser arguidas até as alegações finais, enquanto aquelas posteriores à pronúncia devem ser suscitadas logo após anunciado o julgamento e apregoadas as partes. 4. Constatando-se que as nulidades apontadas não foram alegadas no momento oportuno, deve-se reconhecer a incidência da preclusão.(...)*** *7. Ordem parcialmente concedida, tão somente para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de tentativa de estupro na ação penal de que aqui se trata."* (HC 180.603/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 19/10/2011) (g.n.)

"PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CITAÇÃO POR EDITAL – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – PRECLUSÃO – PRONÚNCIA – INDÍCIOS DE AUTORIA – PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que só se admite a citação por edital quando não for possível localizar o réu nos endereços por ele fornecidos. No presente caso, contudo, não há como se reconhecer a nulidade desta modalidade de citação porquanto, em que pese realizada antes do cumprimento de carta precatória que buscava cita-lo, restou, logo após, evidenciado que o réu não se encontrava em nenhum dos endereços indicados nos autos. ***Além disso, malgrado constituir defensor para atuar no feito, este não alegou qualquer nulidade da citação nas oportunidades que falou no curso do processo (defesa prévia e alegações finais). Esta inércia do causídico, a teor da orientação jurisprudencial da Suprema Corte, teria o condão de sanar o vício da citação acaso existente (HC 85950/PE, 1ª Turma. Rel. Min. Eros Grau, DJ de 11/11/2005).*** *II - (...). Ordem denegada."* (HC 89.876/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/02/2008, DJe 17/03/2008) (g.n.)

Não passa desapercebido que a nulidade absoluta agride o núcleo central do devido processo legal, atingindo em cheio o contraditório e ampla defesa, o que não ocorreu no caso concreto.

Repise-se que a citação por edital não causou nenhum prejuízo a Celso, que constituiu advogado com poderes especiais para defendê-lo, sendo formulado pedido de liberdade provisória (diante da prisão preventiva decretada - porém, não cumprida) (e que foi indeferido pelo juízo), como também apresentou defesa prévia, com rol de testemunhas e ofereceu alegações finais, onde a tese de nulidade da citação por edital sequer foi apontada nas razões.

É tão cristalina a falta de nulidade que a defesa do revisionando, à época dos fatos, não suscitou a questão e é evidente que ele tinha inequívoca ciência sobre a imputação que lhe foi dirigida, tanto o é que constituiu advogado particular.

Assim, ao reverso do que foi exposto pelo revisionando[1], não obstante o edital de citação ou mesmo falta de diligências na localização do paradeiro do denunciado, a constituição de advogado que compareceu e participou dos atos processuais não acarretou nenhum prejuízo ao direito de defesa, tampouco violou outras garantias constitucionais (como o contraditório).

1 "*respondeu a todo processo em revelia; jamais teve a oportunidade de acompanhar o depoimento das testemunhas; lhe foi cerceado o direito de ser interrogado; e, principalmente, privado de participar da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri sendo que tais fatos resultaram em sua condenação tudo isso em razão da primeira citação por edital não precedida do esgotamento dos meios possíveis a sua localização*." (sic f. 14)

Relembro, outrossim, que, segundo o estatuído no artigo 563 do CPP, é princípio básico que só se declara nulidade quando evidente o efetivo prejuízo para o acusado (*pas de nullité sans grief*), fato, repito, que não ocorreu no presente caso.

Se não bastasse, repito, a malfadada nulidade sequer foi apontada pelo causídico do revisionando nas alegações finais.

Por fim, demonstrando que o revisionando tinha conhecimento de todo o "desenrolar" do processo, registro que, após a pronúncia, conforme *"termo de comparecimento/deliberação"* de f. 225, parente (primo) do revisionando solicitou autorização para tirar cópias da Ação Penal nº 93.1380025-0, com objetivo de encaminhá-las ao advogado da família, o que foi deferido pelo magistrado *a quo*.

Desta maneira,

> *"(...) não há falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa, pois a parte não pode arguir nulidade a que haja dado causa, conforme art. 565 do Código de Processo Penal, isto é, os atos não foram realizados porque o réu escolheu permanecer foragido, contentando-se com a participação do advogado constituído. 3. Agravo regimental desprovido. "* (STJ, AgRg no RHC nº 7805 BA 2016/0309895-1, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, J. 21/03/2017, P. 29/03/2017)

Após da renovação do mandado de prisão de Celso, o Ministério Público apresentou novos possíveis endereços do requerente em Campo Grande-MS e no Paraná em 2005 (f. 231-242).

Em 5 de outubro de 2009, pelo juiz singular, com base na Lei 11.689/2008 e Recomendação 24, do CNJ, determinada a realização do júri de Celso, o que encontra arrimo na jurisprudência[2], pois, apesar de citado por edital, constituiu advogado particular, que participou de todos os atos processuais, formulou pedido de liberdade provisória e ofertou alegações finais, sendo inequívoco seu conhecimento sobre a imputação, o que se tem reforçado pelo pedido de extração de cópia total do processo formulado por seu parente, às f. 225.

Após a intimação de Celso por edital da decisão de futura inclusão de seu processo para julgamento (f. 252-253-259), realizada a intimação do advogado Dr. Rene Siufi sobre novas provas a produzir (f. 268).

Renúncia dos advogados constituídos por Celso em 17/2/2019, às f. 279-280.

Intimação de Celso via edital (f. 283) da data do julgamento.

Nomeação do Dr. Ronaldo Souza Franco como advogado dativo par atuar na defesa do requerente (f. 298).

Manifestação da nova defesa técnica de Celso em 8 de março de 2010, com juntada de documentos (f. 304-315)

Júri realizado em 15 de março de 2010, sendo sustentada a tese de negativa de autoria (f. 317-320).

Celso foi condenado pela prática de homicídio qualificado por motivo torpe à pena de 12 anos de reclusão (f. 323-324).

Contra condenação interposto apelo com o argumento de decisão contrária às provas dos autos por ter sido o corréu José Alexandre absolvido e o corréu Ademar apenas cita um tal de "Celso", havendo incongruências, incoerências do inquérito policial e na instrução penal, além da ausência da vinculação objetiva com o crime (f. 335-344).

2 "Não obstante tenha o crime sido cometido em 1993, há inequívoca certeza de que o réu tomou conhecimento pessoal da imputação, uma vez que, logo no início da ação penal (antes mesmo da citação por edital), constituiu advogado de sua própria escolha, que o defendeu ao longo de toda a instrução processual, tendo inclusive apresentado alegações finais. (STJ.HC 433.468/RN, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019)". Mesmo sentido: STJ. HC n° 357.696/RO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/8/2016.

O apelo foi improvido, por unanimidade, em 29 de julho de 2010, pela Primeira Turma Criminal (f. 391-397), tendo a condenação transitado em julgado em 18 de agosto de 2010 (f. 400).

Estabelecido assim, que, na segunda fase processual do Tribunal do Júri também não foi aventada nenhuma nulidade.

Decorridos 25 anos do delito e frustrado o cumprimento dos mandados de prisão preventiva, Celso foi preso em Maringá, em sua residência localizada à Rua Clementina Basseto, 42, em 10 de julho de 2019 (f. 444).

Da segunda fase processual aventadas duas nulidades na revisão criminal.

Levanta a defesa técnica a nulidade de intimação do réu para sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, realizada por edital com dados errados.

Novamente sem razão o revisionando.

Relembrando, Celso foi pronunciado em 1996, com a devida intimação de sua defesa técnica.

Após referida decisão o processo ficou paralisado até a determinação da renovação do mandado de prisão em 2005, tendo o Ministério Público indicado possíveis endereços na cidade de Maringá-PR.

Na referida data Celso estava há mais de 10 anos na situação de foragido.

O processo foi novamente movimentado em 2009 devido ao advento da Lei nº 11.689/08, sendo determinada a inclusão do processo para julgamento pelo Tribunal do Júri.

Conforme acima exposto, houve um edital de intimação geral para todos os réus dando ciência da decisão da inclusão dos processos para julgamento pelo Tribunal do Júri em 2 de outubro de 2009 (DJMS Nº 2058, p.342).

Referido fato foi amplamente noticiado na imprensa (f. 254-257).

Para dar cumprimento à ordem de inclusão do processo para julgamento, Celso, réu revel, foi intimado por edital da decisão de pronúncia (f. 259), com publicação no DJMS Nº 2068, p.314.

Certificado em 10 de novembro de 2009 que decorreu o prazo do edital sem manifestação de Celso (f. 261).

O júri foi designado para o dia 10 de março de 2010, às 8 horas, sendo Celso intimado por edital (DJMS Nº 2135, p.182):

> *"Edital de intimação, prazo: 10 dias Aluízio Pereira dos Santos, Juiz(a) de Direito, da 2ª Vara dos Crim. Dol. Contra a Vida e Trib.do Júri, Comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, na forma da Lei, etc (...) Faz saber que, neste Juízo de Direito, da 2ª Vara dos Crim. Dol. Contra a Vida e Trib.do Júri com endereço à rua Rua da Paz, 14, Campo Grande/MS, tramita o Proc. nº 001.93.380025-0 que o Ministério Público Estadual move contra o Acusado: Celso Eurípedes Martins da Silva, nascido aos 15/06/1948, filho de Arlindo de Araújo e Marina Rodrigues, atualmente em local incerto e não sabido. Assim, fica este intimado a comparecer perante o Juízo da 2ª Vara dos Crimes Dolosos contra a Vida e do Tribunal do Júri, sito à Rua da Paz, nº 14, centro, nesta, Plenário do Tribunal do Júri, no dia 15 de março de 2010, às 8 horas, oportunidade em que será submetido a julgamento. Foi determinada a lavratura do presente, com a sua publicação na sede deste Juízo. Eu, Joice Neves da Fonseca, Analista Judiciário o digitei. Campo Grande (MS), 10 de fevereiro de 2010"*

Não verifico, pois, as nulidades aventadas.

Primeiro, correta a intimação de Celso via edital por se tratar de réu revel, não havendo que se falar em tentativa de intimação do mesmo em endereço fornecido pelo Ministério Público anos antes.

Por oportuno:

> *"INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO EM PLENÁRIO REALIZADA POR EDITAL – POSSIBILIDADE – RÉU REVEL – ARTIGOS 457, 431 E 420, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CPP"*. (TJRS; ACr 0356563-09.2015.8.21.7000; Novo Hamburgo; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio Cesar Finger; Julg. 24/08/2016; DJERS 13/09/2016)

Saliente-se que em tal data Celso continuava na situação de foragido, há anos não sendo localizado para cumprimento do mandado de prisão cautelar renovado em 2005, inexistindo razões para diligência para sua localização.

Não existe previsão legal para diligências de localização pessoal de réu revel e foragido há mais de 15 anos, com dois mandados de prisão expedido sem sua localização.

Em relação ao erro na grafia do nome dos genitores, não se verifica a ocorrência de nulidade, pois o nome completo do requerente foi escrito por extenso e atrelado ao número do processo, cumprindo com a exigência do artigo 365, do CPP, bem como, também no DJMS Nº 2135, p.182, intimado o Dr. Rene Siufi, advogado constituído por Celso.

Portanto, apesar da incorreção do edital de f. 361 (data de nascimento e filiação, apenas), intimando Celso para comparecer perante o juízo para ser submetido a julgamento do Tribunal do Júri, não vislumbra-se nenhum prejuízo, visto que era ele revel, estava foragido e, até aquele momento, tinha advogado com mandato nos autos.

Mais uma vez, não há nulidade, pois não atingido o núcleo do devido processo legal, principalmente pelas duas intimações anteriores.

De mais a mais, o então patrono do revisionando ciente da referida intimação, não levantou a nulidade à época oportuna.

Aplica-se aqui a regra de que *"a ausência de intimação pessoal para a Sessão de Julgamento perante Tribunal não invalida a decisão, quando a parte permite a ocorrência da preclusão*" (STF. RHC 89.455/CE, Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 15/12/06).

A terceira nulidade arguida na revisão criminal tem um certo desdobramento.

Primeiramente aponta a defesa técnica que "*a destituição do advogado devidamente constituído pelo Revisionando nos autos ocorreu de forma errônea"* (f. 20).

Não há o que se falar em "*destituição*" de advogado constituído por Celso.

O advogado Dr. Rene Siufi tomou ciência da inclusão do processo para julgamento pelo júri, foi intimado para, querendo, apontar as provas a produzir quedando-se silente.

Após a intimação da data da designação da data do julgamento informou, em 18 de fevereiro de 2010, a renúncia da procuração outorgada pelo acusado Celso, *"por motivo de foro íntimo"*.

Conforme artigo 45 do CPC de 1973, vigente à época (aplicado analogicamente ao processo penal),

> *"(...) O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto. Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo."* (redação dada pela Lei nº 8.952/94).

Em igual sentido, é o teor do art. 5° da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

> *"(...) O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato. (...) § 3º O advogado que renunciar ao mandato continuará, durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo."*

Portanto, não houve "destituição de advogado", mas renúncia, o que é facultado legalmente.

Atente-se ainda que os advogados Dr. Rene Siufi e Dr. Honório Suguita informaram o seguinte (f. 279-280):

> *"(...) os peticionários tentaram de todas as formas localizarem o réu Celso Euripedes Martins da Silva, mas não obtiveram êxito. Assim, em atendimento a "observação", destacada no edital da terceira reunião do mutirão da 2ª Vara do Tribunal do Júri desta comarca, os peticionários vêm renunciar a procuração outorgada pelo acusado Celso Euripedes Martins da Silva, por motivos de for íntimo."* (sic)

Logo, longe de configurar qualquer irregularidade, discussões envolvendo a forma e validade da renúncia dos antigos patronos, inclusive eventual desrespeito ao Regulamento Geral do Estatuto da OAB, não compete ao Judiciário dirimir no bojo da presente demanda.

Portanto, afasta-se qualquer alegação de nulidade pela renúncia dos advogados constituídos por Celso.

Neste norte, o juiz singular, por ser Celso réu revel e foragido, adotou as cautelas necessárias com a intimação por edital, com dados corretos (RG e CPF), acerca da renúncia do patrono, da nomeação do defensor público, inclusive para "*dizer se concorda, ficando a seu critério, se tiver interesse, contratar advogado de sua confiança",* ou seja, afastada aqui qualquer violação ao artigo 263, do CPP.

Referido edital, com prazo de 5 dias, foi publicado no DJMS N2140, de 23 de fevereiro de 2010.

Não há legislação prevendo prazo específico para referido edital, ou seja, não há nulidade a ser reconhecida por não haver desrespeito à tipicidade de forma.

A par da não previsão legal do prazo do edital, o juiz singular buscou assegurar ao denunciado os meios de conhecimento e defesa, ainda mais porque seria ele levado ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Atente-se que:

> *"(...) A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do venire contra factum proprium (proibição de comportamentos contraditórios).* (STJ; HC 274.387; Proc. 2013/0241621-2; SP; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 09/04/2014)".

No caso concreto, o requerente, por duas vezes, forneceu endereço em Campo Grande-MS onde nunca foi localizado.

Ressalte-se ainda, como, ficou esclarecido no decorrer do presente voto, Celso tinha ciência do presente processo

Celso, réu revel, não teve interesse em manter atualizado seu endereço nos autos, pois tinha também plena ciência da pendência do cumprimento do mandado de prisão preventiva.

Portanto, pelo juiz da causa adotada a única providência possível, qual seja, a intimação via edital do requerente para constituir novo advogado, não havendo como, anos depois, reconhecer nulidade que deu causa, pois não manteve endereço atualizado nos autos e nem com seu advogado constituído.

Verifica-se ainda que o juiz singular nomeou como advogado dativo o Dr. Ronaldo de Souza Franco acrescendo que era *"profissional experiente que atua no Tribunal do Júri há anos e com resultados favoráveis a outros réus, absolvidos, etc,"* (f. 387).

Aliás, o advogado dativo, não só juntou documentos pertinentes ao julgamento (f. 304-315), como participou ativamente da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, conforme leitura da ata de instalação de f. 317-322.

Ao contrário do exposto na ação revisional, Celso não ficou indefeso.

Sobre o tema, aplica-se a Súmula 523, do STF - "*No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

A simples discordância do defensor atual quanto às teses manejadas (e aquelas que deveriam ter sido formuladas durante o processo) não basta para o considerar indefeso.

Há muito consigna-se que:

> *"(...) O fato de o defensor, no desempenho autônomo de sua tarefa e ante a conveniência do caso concreto, ter deixado de arrolar testemunhas, de interferir na colheita da prova oral com reperguntas e de recorrer não implica, de forma automática, nulidade do processo por violação objetiva da defesa, pois tais atos não são obrigatórios e a recorrente olvidou de demonstrar o real prejuízo sofrido e a existência de tese recursal que pudesse ensejar a provável alteração do julgamento."* (STJ. RHC 39.788/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015).

Atente-se ainda ao seguinte: se Celso entende que houve insuficiência de defesa a tese plausível seria de julgamento contrário às provas dos autos, mas em nenhum momento as provas que levaram à sua condenação foram atacadas.

Conforme consignado no início deste voto, a causa morte constante no atestado de óbito da vítima, documento público que goza de presunção *iuris tantum* de veracidade que foi *"septicemia causada por ação pérfuro contundente - projétil de arma de fogo"*, não mera infecção como apontado na revisional.

Sequer se indica na revisional de que forma maior tempo de debate em Plenário melhoraria a situação de Celso.

Outrossim, a tese sustentada em Plenário foi de negativa de autoria e o fato do corréu José Alexandre ter sido absolvido foi amplamente explorada em alegações finais e no recurso de apelação.

A falta de interposição de recurso a Tribunais Superiores não implica ausência ou cerceamento de defesa[3] e , por si só, não constitui nulidade.

Logo, tal como ocorreu na pronúncia, não existem nulidades nesta fase do julgamento pelo Tribunal do Júri.

De mais a mais, ainda que nulidades tivessem ocorrido no feito, o revisionando, pelo defensor dativo, não as arguiu no momento oportuno, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do CPP, circunstância que, de *per si*, já se mostra suficiente para inviabilizar a pretendida anulação do processo.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO CIRCUNSTANCIADO – INTIMAÇÃO DAS PARTES NA SESSÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA – INÍCIO DO TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL – DESNECESSIDADE DE ADVERTÊNCIA EXPRESSA –* ***AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO NA SESSÃO DE JULGAMENTO E DE REGISTRO NA ATA – PRECLUSÃO*** *– INOBSERVÂNCIA DE REGRA PREVISTA NO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA DO ESTADO – INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO PARA LEGISLAR ACERCA DE DIREITO PROCESSUAL – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

3 *"A ausência de interposição de recursos contra o acórdão condenatório pelo advogado dativo, devidamente intimado, não implica ausência de defesa técnica por vigorar no sistema recursal o princípio da voluntariedade. (STJ; HC 309.810; Proc. 2014/0307950-5; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 11/10/2016)"*

[...]

2. Ademais, é pacífico o entendimento de que eventuais irregularidades ocorridas no julgamento do Tribunal do Júri devem ser impugnadas no momento processual oportuno e registradas na ata da sessão do Conselho de Sentença, sob pena de preclusão, o que não ocorreu na hipótese em testilha, na qual a defesa só arguiu a suposta nulidade depois de perder o prazo recursal e a condenação transitar em julgado a condenação.

[...]

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no RHC 83.520/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/09/2018, DJe 09/10/2018) (g.n.)

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU E REVISÃO CRIMINAL – ***HOMICÍDIO QUALIFICADO – NULIDADES –*** *MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA –* ***VÍCIO NÃO ALEGADO NO MOMENTO OPORTUNO – PRECLUSÃO –*** *PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA. [...]*

3. Ademais, prevalece nesta Corte, o entendimento de que eventuais irregularidades ocorridas durante a instrução criminal e após a decisão de pronúncia, nos processos de competência do júri, devem ser suscitadas em preliminar de alegações finais ou tão logo seja possível, com base no que dispõe o art. 571 do CPP, sob pena de preclusão.

4. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva, porquanto não decorrido prazo superior a 20 anos (art. 109, I, do CP) entre os marcos interruptivos, necessários à sua configuração. 5. Habeas Corpus não conhecido." (HC 269.480/RO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016) (g.n.)

Não passa ainda despercebido que a revisão criminal visa desconstituir julgamento realizado pelo Tribunal do Júri com base em nulidades não arguidas em momento oportuno em um processo em que atuaram três advogados constituídos diretamente pelo autor, que o representavam até a designação de data para a sessão.

Como vimos, Celso constituiu advogado particular que não se insurgiu contra a citação por edital e contra eventual irregularidade no edital de intimação e, pela nova defesa técnica não arguida nenhuma nulidade em Plenário.

Por fim, consigno que a jurisprudência atual repudia a arguição de nulidades levantadas anos depois, principalmente no caso concreto onde Celso está 26 anos foragido se furtando da aplicação da lei penal.

Aqui temos: a) crime ocorrido em 1993; b) nulidade da citação arguida 25 anos após o fato; c) nulidades de edital arguidas mais de 9 anos após o fato; d) revisão criminal quase 9 anos após o trânsito em julgado.

Registre-se que "*consoante o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a nulidade do julgamento deve ser arguida em tempo razoável, sob pena de, ante as particularidades concretas do caso, ser convalidada. [...]. Apesar do direito à plenitude da defesa, a inércia do defensor e o transcurso de considerável lapso temporal esvaziam a alegação de ocorrência de prejuízo [...] e evidenciam que, no afã de superar a coisa julgada e de rever a condenação criminal, a defesa alça o sistema de nulidades a uma sinuosidade técnica por onde se escoa a substância do processo, enquanto resultado, o que não se coaduna com o princípio da instrumentalidade das formas."* (STJ. HC 272.255/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)", o que afasta qualquer agressão ao artigo 564, do CPP, Art. 5º LV e XXXVIII da CF.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO – FALTA DE INTIMAÇÃO DO CAUSÍDICO PARA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS –

NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – INÉRCIA DA DEFESA – PRECLUSÃO – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – ALEGAÇÃO DE DIVERSAS IRREGULARIDADE PROCESSUAIS – REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Prevalece nesta Corte, o entendimento de que eventuais irregularidades ocorridas durante a instrução criminal nos processos de competência do júri devem ser suscitadas tão logo seja possível, com base no que dispõe o art. 571 do CPP, sob pena de preclusão.

3. Não tendo sido impugnada no momento oportuno a ausência de intimação do advogado para apresentação das alegações finais, o questionamento cerca de 23 anos após, quando já transitada em julgado a decisão condenatória, evidencia a preclusão do tema.

Precedentes desta Corte.

4. Ademais, não se verifica prejuízo quando o paciente é assistido durante todo o processo, tendo o defensor dativo apresentado as devidas alegações finais requerendo inclusive a desclassificação do delito para homicídio culposo, motivo pelo qual não se pode falar em nulidade.

5. A alegação de nulidade por ausência de certidão ratificando a troca de endereço do advogado, por falsidade da assinatura do defensor lançada no aviso de recebimento de intimação e por falsa certificação, pelo escrevente, de que a esposa do réu teria fornecido novo endereço, além de não terem sido discutidas pelo Tribunal de origem, demandam profunda incursão na seara fático-probatória.

6. Habeas Corpus não conhecido." (STJ. HC 342.127/GO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO – TRIBUNAL DO JÚRI – ABSOLVIÇÃO – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO – NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS – INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA – SILÊNCIO DA PARTE POR DOZE ANOS – PRECLUSÃO – EXCESSO DE LINGUAGEM – INOCORRÊNCIA. 1. [...] 2. A Defensoria Pública deve ser intimada pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade, a teor do art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal, art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950 e art. 44, I, da Lei Complementar 80/1994. 3. A despeito da falta de intimação pessoal da Defensoria Pública - intimada apenas pela imprensa oficial-, para a sessão de julgamento do apelo ministerial acolhido para fins de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, e do acórdão respectivo, não há como pronunciar a arguida nulidade, uma vez operada a preclusão, transcorridos em total silêncio a respeito mais de 11 (onze) anos entre o trânsito em julgado do acórdão da Corte Estadual e o ajuizamento da segunda revisão criminal em que veio a ser suscitado o vício. 4. [...] 6. Recurso ordinário em habeas corpus não provido." (STF. RHC 124554, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, Processo Eletrônico DJe-236 Divulg 01-12-2014 Public 02-12-2014)

"EMENTA – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CRIMES DE ROUBO QUALIFICADO E SEQUESTRO (CP, ARTS. 157, § 2º, INCISOS I E II, E 148, CAPUT) – INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO – NÃO OCORRÊNCIA – DEFENSOR PÚBLICO POSTERIORMENTE INTIMADO DO RESULTADO DO JULGAMENTO E DO RESPECTIVO ACÓRDÃO – INEXISTÊNCIA DE INCONFORMISMO DA DEFESA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO AVENTADA PASSADOS ONZE (11) ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO – PECULIARIDADE QUE AFASTA O RECONHECIMENTO DA NULIDADE

PRETENDIDA – CONSUMAÇÃO DA PRECLUSÃO – PRECEDENTES – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Embora se tenha entendido na Corte que a ausência de intimação pessoal do Defensor Público acarreta nulidade do ato processual, independentemente da demonstração de prejuízo, o caso apresenta particularidades que afastam o reconhecimento da nulidade pretendida. 2. No caso, a insurgência quanto à ausência de intimação pessoal do Defensor Público da sessão de julgamento pelo Tribunal de Justiça que veio a decretar a condenação do paciente, decorrente do recurso do Ministério Público, somente foi aventada onze (11) anos após o trânsito em julgado daquela decisão, da qual fora a defesa regularmente intimada. 3. No momento em que teve ciência inequívoca do acórdão que decidiu a apelação do Ministério Público, abriu-se para o Defensor Público a oportunidade de impugnar a decisão questionada. Contudo, em estado de letargia, a defesa manteve-se inerte, somente o fazendo onze (11) anos após o trânsito em julgado da decisão. 4. À luz dessas circunstâncias, possibilitar que, agora, a defesa, depois de consentir com a decisão do Tribunal de Justiça no julgamento do apelo acusatório, questione a ausência de intimação é permitir que o processo se transforme em um instrumento de estratégias totalmente divorciado dos seus princípios básicos, que são a busca da verdade real e a aplicação do direito. 5. [...] Esta Corte tem posicionamento no sentido de denegar a ordem de habeas corpus "em que a defesa aguarda o segundo julgamento do júri para, só então, diante do resultado desfavorável ao réu, arguir a nulidade da decisão que o mandou a novo júri" (HC nº 76.732/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º/9/2000). 6. Recurso não provido." (STF. RHC 102813, Relator (a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-086 Divulg 03-05-2012 PubliC 04-05-2012)

"EMENTA – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO DA DATA DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO – PRECLUSÃO DA MATÉRIA – [...] 3. Preclusão da matéria com o trânsito em julgado da apelação. 4. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. Cassada a liminar deferida." (STF. HC 102077, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, Acórdão Eletrônico DJe-064 Divulg 31-03-2014 Public 01-04-2014)

"EMENTA – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO QUANTO À DATA DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO – NULIDADE RELATIVA – FALTA DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO – PRECLUSÃO – ART. 370, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM – ORDEM DENEGADA. I - A falta de intimação da defensoria quanto à data de julgamento da apelação gera apenas nulidade relativa. II - A alegação de eventual nulidade decorridos mais de quatorze anos do trânsito em julgado da condenação importa no reconhecimento da preclusão. [...]" (STF. HC 95641, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-121 Divulg 30-06-2009 Public 01-07-2009 Ement Vol-02367-03 PP-00560 LEXSTF v. 31, nº 367, 2009, p. 394-401)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – SESSÃO DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO – FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO – POSTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE – ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, constatado, como no caso, o 'trânsito em julgado da condenação, não há porque declarar a nulidade da ação penal por falta de intimação pessoal do defensor dativo da pauta de julgamento da apelação perante o Tribunal de Justiça' (HC 86.128, rel. min. Gilmar Mendes, DJe-074 de 25.04.2008). Isso porque a 'jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a matéria relativa à nulidade processual torna-se definitiva com o trânsito em julgado da condenação'. Ademais, a 'publicação da pauta de julgamento na imprensa oficial' afasta a presunção da ocorrência de prejuízo (HC 86.128, rel. min. Gilmar Mendes, DJe-074 de 25.04.2008). Tal entendimento foi confirmado no julgamento do HC 95.641 (rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.07.2009), no qual esta Corte decidiu que a 'alegação de eventual nulidade decorridos mais de quatorze anos do trânsito em julgado da condenação importa no reconhecimento da preclusão'" (STF. HC 95.641, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.07.2009). Ordem denegada.(STF. HC

96777, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-200 Divulg 21-10-2010 Public 22-10-2010 Ement Vol-02420-02 Pp-00310)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – DEFENSOR DATIVO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO – PREJUÍZO POR FALTA DE SUSTENTAÇÃO ORAL – IMPROCEDÊNCIA. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto à inclusão em pauta do recurso de apelação. Intimação feita por meio da imprensa oficial. Nulidade absoluta, face à ausência de sustentação oral. Relativização: Tendo sido a defesa intimada pessoalmente do acórdão proferido no recurso de apelação e permitido, com sua inércia, o trânsito em julgado, é de ter-se por relativizada a nulidade antes absoluta, sobretudo quando a argüição é feita cinco anos após a data em que a condenação tornou-se definitiva. Ordem denegada." (STF. HC 88193, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 25/04/2006, DJ 19-05-2006 Pp-00043 Ement Vol-02233-01 Pp-00168 RTJ Vol-00201-02 Pp-00674 RT v. 95, nº 852, 2006, p. 498-500)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – INTIMAÇÃO – DEFENSOR DATIVO – PRECLUSÃO – PRECEDENTES [...] 2. O trânsito em julgado do recurso em sentido estrito ocorreu há oito anos. 3. O recurso da sentença de pronúncia e o recurso de apelação foram interpostos pelo mesmo defensor dativo, que nada argüiu quanto à existência da nulidade ou do eventual prejuízo suportado. 4. Transitada em julgado a sentença penal condenatória, e encontrando-se o feito já em execução penal, está preclusa a matéria relativa à nulidade ocorrida. Precedentes. 5. Ordem indeferida." (STF. HC 89709, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-106 Divulg 20-09-2007 Public 21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00043 Ement Vol-02290-02 Pp-00274 RT v. 97, nº 867, 2008, p. 537-540)

Não se vislumbra qualquer agressão aos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que os fatos ocorridos deixaram delineados a plena ciência de Celso sobre a imputação, sua opção em constituir advogado particular e permanecer na condição de foragido, tendo, inclusive, mudado de Estado, sendo que ao longo do processo oportunizada ampla defesa e contraditório.

Temos aqui o efeito sanatório do tempo, da preclusão e da coisa julgada sobre eventuais nulidades ocorridas no curso do processo, prestigiando-se a segurança jurídica.

Conclusão

Ante o exposto, com o parecer, julgo improcedente a presente revisão criminal ajuizada por Celso Euripedes Martins da Silva, mantendo incólume o resultado do julgamento ocorrido perante o Tribunal do Júri.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram improcedente a revisão criminal. (Sust oral: Dr. Tiago Bunning Mendes).

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 13 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Habeas Corpus Criminal nº 1412014-60.2019.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – DECRETO PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – PRESENTES OS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA PO PRISÃO DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA.

Presente o requisito instrumental de admissibilidade (art. 313, inc. I, do CPP), bem como diante da prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, torna-se possível impor a prisão preventiva para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou visando assegurar a aplicação da Lei Penal. No caso dos autos, a paciente teria, juntamente com os demais acusados (um deles que atuava do interior de um presídio), e a mando da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), cooperado para o sequestro de determinada pessoa, mantendo-a num cativeiro até que fosse julgada pelo "tribunal do crime". Desse modo, atendidos os requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, bem como presentes os pressupostos do art. 312 do CPP, deve a prisão preventiva ser mantida, não havendo falar em sua revogação.

Nos termos do art. 318, inc. II, do CPP, a prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando o acusado, comprovadamente, estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave, de modo que a mera demonstração de que a paciente padece de transtorno de personalidade e de que necessita de medicação não bastam para a concessão do benefício, sobretudo quando inexiste comprovação da incapacidade da unidade prisional em oferecer o tratamento adequado.

Ordem denegada, 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, denegar a ordem.

Campo Grande, 9 de outubro de 2019.

Des. Emerson Cafure – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Raianni Caroline Almeida Passos impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Maria Aparecida de Oliveira Matos, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Na inicial, aduz, em suma, que a paciente encontra-se presa desde 10.08.2019, sendo acusada da prática dos crimes definidos nos arts 148 e 288, ambos do Código Penal. Refere que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva mediante fundamentação abstrata, inexistindo razão que justifique a manutenção da custódia

cautelar. Destaca que os pressupostos e requisitos necessários não se encontram atendidos, sobretudo diante da primariedade, da residência fixa no distrito da culpa e da ocupação licita demonstradas nos autos. Enfatiza, ainda, que a paciente padece de grave doença neurológica que impossibilita sua manutenção em ambiente carcerário, especialmente diante da necessidade de uso de medicação continua, cujos remédios "*não podem ficar em seu poder já que são controlados e a requerente pode tomá-los de forma que o prejudique ainda mais, então, necessita dos cuidados de uma terceira pessoa*". Afirma, assim, que a decretação da custódia cautelar representa manifesto constrangimento ilegal, que espera ser reparado por intermédio deste *habeas corpus*. Desse modo, requer a concessão da liminar para que possa responder ao processo em liberdade ou mediante prisão domiciliar (f. 01-11).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Raianni Caroline Almeida Passos impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Maria Aparecida de Oliveira Matos, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Na inicial, aduz, em suma, que a paciente encontra-se presa desde 10.08.2019, sendo acusada da prática dos crimes definidos nos arts 148 e 288, ambos do Código Penal. Refere que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva mediante fundamentação abstrata, inexistindo razão que justifique a manutenção da custódia cautelar. Destaca que os pressupostos e requisitos necessários não se encontram atendidos, sobretudo diante da primariedade, da residência fixa no distrito da culpa e da ocupação licita demonstradas nos autos. Enfatiza, ainda, que a paciente padece de grave doença neurológica que impossibilita sua manutenção em ambiente carcerário, especialmente diante da necessidade de uso de medicação continua, cujos remédios "*não podem ficar em seu poder já que são controlados e a requerente pode tomá-los de forma que o prejudique ainda mais, então, necessita dos cuidados de uma terceira pessoa*". Afirma, assim, que a decretação da custódia cautelar representa manifesto constrangimento ilegal, que espera ser reparado por intermédio deste *habeas corpus*. Desse modo, requer a concessão da liminar para que possa responder ao processo em liberdade ou mediante prisão domiciliar.

Passo ao exame do *writ*.

Segundo os autos, a paciente responde à Ação Penal nº 0010084-83.2019, na qual é acusada dos delitos definidos no art. 148 do Código Penal e no art. 2º, § 2º, inc. IV, da Lei nº 12.850/13, encontrando-se cautelarmente presa desde 10.08.2019, por, em tese, cooperar com outros indivíduos para sequestrar e manter em cárcere privado a vítima Isnaira Correa Vaz, que seria "*julgada pelo tribunal do crime*" em razão da delação de outros integrantes do PCC.

Na decisão impugnada (f. 13-16), o juízo impetrado foi claro no sentido da necessidade da medida extrema para garantia da ordem pública. Confira-se:

> *"(...) Conforme esgotado na decisão de decretação da prisão preventiva da ora requerente, sua liberdade abala a ordem pública, haja vista que a autuada, juntamente com Anderson Santo Cristiano e Alisson da Silva Oliveira, e supostamente a mando da organização criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital" (PCC), foi contratada para sequestrar a vítima Isnaira Correa Vaz, tendoa mantida em sua residência com a finalidade de ser "julgada pelo tribunal do crime", ante uma suposta delação de integrantes da mencionada facção criminosa à autoridade policial com relação a um homicídio praticado em face de "Gabriele".*

Sobre o tema confira-se o entendimento do TJMS:

> *"(...)*

Ressalto ainda que a ora requerente registra atos infracionais (fls. 37), registro este que, apesar de não poder ser utilizado como reincidência ou maus antecedentes para o fim de agravamento da pena em eventual condenação, serve como fundamento para o fim de decretação da prisão preventiva, pois qualifica-se como identificação de perigo concreto de reiteração da prática delitiva, colocando em risco a ordem pública. (...).”

No mais, reputo presente o *fumus commissi delicti*, porquanto existem provas da materialidade do delito, bem como indícios suficientes da autoria, conforme restou apurado no auto de prisão em flagrante (cuja cópia integral consta na origem). Aliás, outra não é a razão pela qual a denúncia já foi, inclusive, recebida.

Nesse particular, vejamos os fatos narrados na exordial acusatória (consultada via SAJ-PG):

“(...) Depreende-se do caderno inquisitorial que, há vários meses, mas sobretudo em agosto de 2019, nesta urbe, os denunciados integravam, de modo sólido, estável e permanente, com estruturação ordenada e divisão de tarefas, organização criminosa1, com o escopo de cometer reiterados delitos de toda espécie, mormente sequestros, a mando de comparsas que se encontram reclusos na penitenciária estadual de Dourados/MS 2.

Ademais, os increpados integravam a organização criminosa primeiro comando da capital PCC.

Segundo a Polícia Civil, no dia 8.8.2019, por volta das 12h, nesta cidade, os imputados Alan Souza Corrêa, Alisson da Silva Oliveira, Anderson Santo Cristiano, Érica Cruz dos Reis, Fernando da Rosa Silva, Marco Vargas da Silva, Maria Aparecida Oliveira Matos, Pedro Henrique dos Santos Rojas, Raphael Morales Nunes, adredemente mancomunados a Edson Lins Prestes, o qual está recolhido no raio II (Pavilhão do PCC), e aos indivíduos precariamente identificados como Mutante e Iraquiana , privaram3 a liberdade de Isnaira Corrêa Vaz, mediante sequestro, por relevante período de tempo 4.

Infere-se das provas coligidas até o momento que, neste ano de 2019, especialmente no mês de agosto, os indigitados aliaram-se com vistas a perpetrar diversos crimes, em detrimento de pessoas que delataram membros da facção criminosa Primeiro Comando da Capital PCC, integrando uma verdadeira organização criminosa, mediante divisão de tarefas e devidamente estruturada para este desiderato.

Neste eito, no dia 8.8.2019, durante a manhã, os indivíduos precariamente identificados como Mutante e Iraquiana contataram a vítima Isnaira Corrêa Vaz, por intermédio de ligações telefônicas, e informaram-na de que ela seria conduzida a um imóvel e que, acaso se negasse a acompanhá-los, o irmão dela, Eduardo Mendes Corrêa, que se encontra preso no Presídio Estadual de Dourados/MS PED, seria morto.

Neste bordo, aproximadamente às 12h, o imputado Alisson da Silva Oliveira compareceu à residência da ofendida e a encaminhou à casa situada na Rua Frei Antônio, nº 130, Jardim Herondina, na motocicleta Honda Titan, cor preta, placa NRV-4738.

Sequencialmente, a vítima Isnaira Corrêa Vaz foi mantida refém no local por algumas horas pelos increpados Érica Cruz dos Reis, Marco Vargas da Silva, Pedro Henrique dos Santos Rojas e Raphael Morales Nunes, e, após, foi levada por Pedro Henrique dos Santos Rojas até a moradia localizada à Rua Prudêncio Campos Leite Filho, nº 735, Vila Cachoeirinha, de propriedade de Fernando da Rosa Silva, “Tio Chico”.

Lá, nesta segunda casa, a ofendida permaneceu privada da liberdade por mais algumas horas, sendo vigiada, desta vez, por Alan Souza Corrêa, Fernando da Rosa Silva, Pedro Henrique dos Santos e por Raphael Morales Nunes.

Ato contínuo, a vítima foi trasladada para outra residência na Rua Miguel Daniel da Silva, nº 590, onde, nesta terceira casa, perdurou rendida e monitorada pelos comparsas Anderson Santos Cristiano e Maria Aparecida Oliveira Matos.

Registre-se que os denunciados restringiram a liberdade de Isnaira Corrêa Vaz por longo período de tempo, com o desiderato de submetê-la a "julgamento" perante o "Tribunal do Crime" constituído por integrantes do Primeiro Comando da Capital PCC. A condenação dela poderia ensejar a pena de morte, em razão de a vítima ter supostamente praticado ato contra um de seus membros, qual seja, Edson Lins Prestes, que foi quem ordenou que ela fosse sequestrada.

Ocorre que, na data de 9.8.2019, policiais receberam informes, por meio da mãe da vítima, Eva Aureliano Corrêa, acerca do desaparecimento de Isnaira Corrêa Vaz, que lhes relatou que a filha fora levada por um indivíduo na moto Honda Titan, cor preta, placa NRV-4738.

Em diligências, os beleguins identificaram que o motociclo pertencia ao increpado Alisson da Silva Oliveira, que, ao ser questionado, confirmou que, no dia anterior, transportou a ofendida da casa dela até uma ponte no bairro Vila Cachoeirinha, sustentando que apenas deu-lhe.

Paralelamente, equipes policiais do SIG e do Defron obtiveram informações anônimas e lograram localizar a vítima Isnaira Corrêa Vaz trancafiada no imóvel situado à Rua Miguel Daniel da Silva, nº 590, Vila Cachoeirinha, onde também se encontravam os imputados Anderson Santo Cristiano e Maria Aparecida Oliveira.

À luz disso, foi dado voz de prisão em flagrante aos denunciados Alisson da Silva Oliveira, Anderson Santo Cristiano e Maria Aparecida Oliveira Matos, sendo eles encaminhados à Delegacia de Polícia, onde, instado, Alisson da Silva Oliveira negou os fatos que lhe são impingidos, contudo, assumiu que apanhou a vítima na casa dela e a levou até uma ponte no bairro Vila Cachoeirinha, não sabendo indicar os motivos pelos quais assim agiu. Acrescentou que é soldado do Exército Brasileiro, f. 21-23.

Por sua vez, Anderson Santo Cristiano, Alan Souza Corrêa, Fernando da Rosa Silva, Maria Aparecida Oliveira Matos, Pedro Henrique dos Santos Rojas e Raphael Morales Nunes permaneceram silentes, f. 36, 67, 81, 41, 86, 112.

Em sua hora, Edson Lins Prestes refutou qualquer envolvimento nos crimes em questão, arrazoando que ele e Isnaira Corrêa Vaz já mantiveram um relacionamento amoroso e que ostenta uma boa relação com o irmão e com a mãe dela. Por fim, expendeu que se encontra recolhido no raio II da PED, mas, externou não ser faccionado ao PCC, f. 93.

A seu turno, Marco Vargas da Silva negou participação nas práticas delitivas, expondo que Pedro Henrique dos Santos Rojas levou a vítima Isnaira Corrêa Vaz para a sua residência na Rua Frei Antônio, nº 130, Jardim Herondida, não tendo conhecimento do intento criminoso dele, f. 101.

A denunciada Érica Cruz dos Reis, ao ser ouvida (f. 121), negou a autoria delitiva, aduzindo que desconhece os membros da malta e que apenas conhece a ofendida Isnaira Corrêa Vaz por já terem permanecido presas juntas em Campo Grande/MS.

Insta salientar que, posteriormente, a ofendida Isnaira Corrêa Vaz compareceu à unidade policial e reconheceu, sem sombras de dúvidas, Alan Souza Corrêa, Raphael Morales Nunes, Pedro Henrique dos Santos Rojas, Érica Cruz dos Reis, Fernando da Rosa Silva, Edson Lins Prestes e Marco Vargas da Silva como responsáveis pelo sequestro e integrantes da organização criminosa, f. 60, 110, 84, 107, 53 e 57.

De tudo, os elementos indiciários apontam que os denunciados Alan Souza Corrêa, Alisson da Silva Oliveira, Anderson Santo Cristiano, Érica Cruz dos Reis, Fernando da Rosa Silva, Marco Vargas da Silva, Maria Aparecida Oliveira Matos, Pedro Henrique dos Santos Rojas, Raphael Morales Nunes e Edson Lins Prestes integravam verdadeira organização criminosa5, de modo sólido e permanente, estruturalmente ordenada e com nítida divisão de tarefas, com o afã de cometerem reiterados delitos de toda espécie, mormente homicídios,

a mando de integrantes da facção criminosa conhecida como primeiro comando da capital PCC que cumprem pena na penitenciária estadual de Dourados/MS PED.

Cuida-se, conforme a Polícia Civil, de societas sceleris evidentemente estruturada, com repartição de tarefas bem delineadas, composta por membros responsáveis pela idealização das empreitadas criminosas, outros incumbidos de contatar as vítimas, sendo que ainda detinha integrantes que realizavam a abordagem e o transporte dos ofendidos, além dos que atuavam diretamente na privação de liberdade dos alvos, que, posteriormente, seriam julgados por integrantes da facção criminosa Primeiro Comando da Capital PCC - no chamado Tribunal do Crime .

In casu sub examine, não se pode olvidar que os policiais apontam que Edson Lins Prestes atuou como mandante/autor mediato do delito de sequestro aquele que apesar de não praticar quaisquer dos verbos do tipo, coloca-se em posição imprescindível à prática criminosa, podendo obstar/conter ou deixar decorrer, segundo a vontade deles, a realização do tipo 6, consoante relatório de ordem de serviço (f. 62-64) e despacho de indiciamento (f. 65-66).

Saliente-se que como o crime de cárcere privado é permanente e desde o início os denunciados estavam em conluio, todos respondem pelo delito na forma consumada. De mais a mais, os increpados demonstraram estar previamente ajustados para a prática do sequestro.

À derradeira, impende pontuar que os denunciados não são neófitos no mundo do crime, muito pelo contrário, em consulta ao Sistema de Automação da Justiça SAJ, infere-se que:

(...)

A materialidade e autoria dos delitos encontram-se consubstanciadas pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 2-42), pelos autos de apreensão (f. 46/verso, 48/verso, 75, 77/verso, 69/verso), pelo boletim de ocorrência (f. 7-10), pelos autos de reconhecimento (f. 57, 60, 84, 107, 110), pelos relatórios de ordem se serviço (f. 62-64, 70, 98), pelo despacho de indiciamento (f. 65-66), pelo termo de entrega (p. 119), pelos termos de declaração (f. 18, 19-20, 33), pelos termos de declaração complementar (f. 53-54, 109), pelos termos de depoimento (f. 11-12, 16-17, 56, 80), bem como pelos termos de qualificação e interrogatório (f. 21-23, 36, 41, 67, 81, 86, 93, 101, 112, 121).

Destarte, diante do joeirado, o Parquet Estadual oferece denúncia em face de Alan Souza Corrêa, Alisson da Silva Oliveira, Anderson Santo Cristiano, Edson Lins Prestes, Érica Cruz dos Reis, Fernando da Rosa Silva, Marco Vargas da Silva, Maria Aparecida Oliveira Matos, Pedro Henrique dos Santos Rojas e de Raphael Morales Nunes por terem incidido nas condutas insculpidas no art. 2º, § 4°, inciso IV, da Lei 12.850/2013 (Organização Criminosa, com conexão com a facção criminosa intitulada Primeiro Comando da Capital PCC) e no art. 1487, caput, do Código Penal, ambos na forma dos arts. 29 e 69 do Pergaminho Repressivo. (...).”

Também entendo caracterizado o *periculum libertati*s, já que o *modus operandi* adotado pela malta denota uma periculosidade concreta e, por conseguinte, a necessidade de resguardar a ordem pública.

A paciente, juntamente com os demais acusados (sendo que um deles atuava do interior da unidade prisional de Dourados) e outros indivíduos identificados precariamente como “Mutante” e “Iraquiana”, teria sequestrado a vítima Isnaira a mando do PCC, a fim de fosse julgada pelo “tribunal do crime”, em razão de uma suposta delação de integrantes da referida facção à autoridade policial sobre um crime de homicídio.

Em especial, ela teria monitorado a ofendida enquanto privada de sua liberdade no imóvel localizado na Rua Miguel Daniel da Silva, nº 590, local onde efetivamente ocorreu a prisão em flagrante.

A propósito, esse é entendimento adotado pela jurisprudência desta Corte em casos semelhantes:

"EMENTA – HABEAS CORPUS – EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, ROUBO MAJORADO E TRÁFICO DE DROGAS – REVOGAÇÃO POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES – INVIABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA. I - Presentes os motivos autorizadores (fumus comissi delicti relativo à materialidade e indícios de autoria - e o periculum libertatis - risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I , do Código de Processo Penal delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de habeas corpus que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, extraídos dos autos, quando a acusação extorsão mediante sequestro (art. 159, do CP), de associação criminosa (art. 288, do CP), de roubo majorado (art. 157, § 2º, do CP) e de tráfico de drogas (art. 33, 'caput', da Lei 11.346/03), fato que, em princípio, traduz forte indício de periculosidade do agentes, mesmo que as condições pessoais sejam favoráveis, pois estas, por si só, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar. II – Ordem denegada. Com o parecer da PG." (*Habeas Corpus* Criminal nº 1405938-20.2019.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 30/05/2019, p: 03/06/2019)

"EMENTA – HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – CONCURSO MATERIAL – ARTIGOS 288, PARÁGRAFO ÚNICO, E 148, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – ARTIGO 14, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03 – COMBINADOS COM O ARTIGO 69, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – ORDEM PÚBLICA E GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL VERBERADAS – SEGREGAÇÃO PAUTADA TAMBÉM NA PERICULOSIDADE DA AGENTE – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – RÉU QUE CUMPRIA PENA EM REGIME SEMIABERTO – CONDIÇÕES FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA. I - A decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva está devidamente fundamentada nas hipóteses dos artigos 312 e 313 do CPP, inexistindo constrangimento ilegal, eis que demonstrada a gravidade da conduta e a periculosidade do agente, fatores alicerçantes do decreto segregatório, com vistas à garantia da ordem pública. II - A mantença da segregação pauta-se na necessidade de se impedir a reiteração criminosa, resguardando-se a paz social. III - Insurgem dos autos a prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, eis que a paciente contribuiu efetivamente, em tese, para com grupo organizado e armado, que, sob as ordens de Luiz Carlos Gregol, conhecido pela alcunha de "Tatá Gregol", era o chefe do bando, dirigindo a atividade dos demais integrantes. O "Bando de Tatá Gregol" é conhecido na região de Paranhos/MS pela prática dos crimes de tráfico de drogas e pistolagem, rivalizando, naquela região, com o "Bando do Zacarias". IV – Acrescente-se que o paciente cumpria pena em regime semiaberto, estando demonstrada sua inclinação à reiteração criminosa. V - A existência de condições favoráveis, por si só, não são suficientes para autorizar a revogação da prisão preventiva, já que tais condições devem ser analisadas diante do contexto dos autos. VI - Ordem denegada. Com o parecer da PGJ." (*Habeas Corpus* Criminal nº 1409243-80.2017.8.12.0000, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 31/08/2017, p: 01/09/2017)

Aliás, diante da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, as demais condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, infirmarem o decreto de segregação cautelar. Pela mesma razão, convém salientar, são inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão.

Portanto, inexistindo qualquer ilegalidade na manutenção da prisão preventiva do paciente, não há que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via excepcional do *habeas corpus*.

Sobre o recolhimento domiciliar, trata-se de modalidade de custódia que substitui a prisão preventiva, sendo cabível em determinadas hipóteses legais, nos exatos termos do art. 318 do Código de Processo Penal:

> *"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
>
> *I - maior de 80 (oitenta) anos;*
>
> *II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;*
>
> *III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*
>
> *IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.*
>
> *IV - gestante;*
>
> *V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;*
>
> *VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.*
>
> *Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo."*

Ocorre que a concessão da prisão domiciliar não se dá indistintamente, porquanto somente é possível diante de idônea comprovação da situação autorizadora da medida (art. 318, par. único, do Código de Processo Penal).

Desse modo, pretendendo a interessada obter o benefício sob a justificativa de se encontrar com a saúde debilitada, deve demonstrar não apenas que padece de eventual enfermidade ou patologia, mas também a absoluta impossibilidade de permanecer no cárcere em razão do não oferecimento do tratamento médico adequado na própria unidade prisional.

Em abono:

> *"APELAÇÃO – TRÁFICO DE ENTORPECENTE – ACUSADA FLAGRADA EM POSSE DE 36 PORÇÕES DE CRACK, COM PESO BRUTO DE 6,50 GRAMAS. Pleito almejando a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Ausência de comprovação de debilidade extrema em função da doença, bem como da impossibilidade de tratamento no estabelecimento prisional. Preliminar rejeitada. No mérito, pedido de desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Depoimentos firmes e coerentes prestados pelos guardas civis municipais. Acusada confessou a posse, mas alegou destinar as drogas ao próprio consumo. Versão dissociada dos demais elementos de prova. Condenação mantida. Redução da pena. Básica fixada no piso legal. Afastamento da majoração da pena em 1/6, na primeira fase, ante a nocividade da droga apreendida. Regime inicial fechado. Recurso parcialmente provido."* (TJSP; APL 0006750-09.2017.8.26.0362; Ac. 12019830; Mogi Guaçu; Décima Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci; Julg. 13/11/2018; DJESP 28/11/2018; Pág. 2651)
>
> *"HABEAS CORPUS – PENAL – PROCESSO PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRISÃO PREVENTIVA – PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR, EM RAZÃO DE DOENÇA GRAVE – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXTREMA DEBILIDADE DO PACIENTE – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. 1. Infere-se dos autos que o paciente foi julgado e condenado, à pena de 18 (dezoito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática do delito capitulado no art. 217-A, c/c arts. 69 e 71, todos do Código Penal. 2. Consoante o art. 318, II, do Código de Processo Penal, o juiz poderá substituir a prisão por domiciliar quando o paciente estiver extremamente debilitado por doença grave. No caso em apreço, não há comprovação inequívoca de que o paciente se encontra extremamente*

debilitado, muito menos prova de que, na prisão, não poderá receber o tratamento adequado à sua condição. 3. Ordem conhecida e denegada." (TJCE; HC 0629502-63.2018.8.06.0000; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Carneiro Lima; DJCE 23/11/2018; Pág. 69)

Compulsando os documentos que acompanham a impetração relativos ao estado de saúde da paciente (especialmente do atestado de f. 25-26), não se verifica a real gravidade que permita a substituição da segregação cautelar pela prisão em domicílio, tendo em vista que apenas fora diagnosticado com transtorno bipolar de personalidade.

A próprio médica que a acompanha menciona que o tratamento é realizado mediante medicação e acompanhamento psiquiátrico, em situação que não pode ser equiparada ao quadro de extrema debilidade legalmente exigida.

Inexiste, portanto, demonstração de que o estado de saúde seja absolutamente incompatível com o ambiente prisional, muito menos de que o tratamento adequado não possa ser oferecido no âmbito do próprio estabelecimento, onde a paciente encontra-se recolhida.

Logo, impossível a concessão da prisão domiciliar.

Conclusão

Destarte, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Juiz Lúcio R. da Silveira.

Campo Grande, 9 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0002812-41.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS – AVENTADA AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETIVAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE – DESCABIMENTO – PREFACIAL REJEITADA.

Inexiste óbice para que guardas municipais, assim como para que qualquer do povo, efetivem a prisão daquele que estiver em flagrante delito (art. 301 do CPP).

Preliminar rejeitada.

MÉRITO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO – NÃO ACOLHIMENTO – TRAFICÂNCIA COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE INALTERADA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ALEGAÇÃO DE POSSE PARA USO PRÓPRIO – ATENUANTE NÃO CONFIGURADA – CONCURSO ENTRE CAUSAS ESPECIAIS DE DIMINUIÇÃO – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA ÚNICA REDUTORA – ART. 68, PAR. ÚNICO, DO CP – RECURSO IMPROVIDO.

Se o conjunto probatório é suficiente e harmônico no sentido de que a substância entorpecente era destinada à circulação na forma do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, resta devidamente comprovado o crime de tráfico, não havendo falar em desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo próprio.

A pena-base não comporta redução, uma vez que a fundamentação lançada na sentença revela-se plenamente idônea e evidencia o caráter desabonador da natureza da droga, autorizando, assim, a exasperação aplicada pelo julgador monocrático.

Impossível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea se o acusado apenas admitiu que a substância entorpecente era destinada ao consumo próprio, negando, todavia, que estaria traficando drogas.

Havendo concurso entre causas de diminuição previstas na parte especial do CP ou em legislação especial, poderá o julgador aplicar uma única minorante, prevalecendo, todavia, a maior redução, nos termos do art. 68, par. único, do CP.

Recurso improvido.

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 e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 31 de outubro de 2019.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Thiago Teixeira Furtado interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que o condenou como incurso no art. 33, *caput* c/c art. 46, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão em regime inicial aberto e 194 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos.

Nas razões, preliminarmente requer o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas em juízo, em razão da revista e prisão em flagrante ter sido realizada por guardas municipais. No mérito, aduz, em síntese, que as provas amealhadas aos autos são insuficientes para a demonstração da traficância, de modo que pugna pela desclassificação da conduta para o crime de posse de drogas para uso próprio. Subsidiariamente requer: a) a redução da pena-base ao mínimo legal; b) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, e; c) o reconhecimento da minorante do tráfico eventual, em seu grau máximo de 2/3 (f. 169-186).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de prover parcialmente o recurso (f. 190-208).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela rejeição da arguição de nulidade e, no mérito, requer o parcial provimento do apelo (f. 217-227).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Thiago Teixeira Furtado interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que o condenou como incurso no art. 33, *caput* c/c art. 46, ambos da Lei nº 11.343/06, à pena de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão em regime inicial aberto e 194 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por duas restritivas de direitos.

Nas razões, preliminarmente requer o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas em juízo, em razão da revista e prisão em flagrante ter sido realizada por guardas municipais. No mérito, aduz, em síntese, que as provas amealhadas aos autos são insuficientes para a demonstração da traficância, de modo que pugna pela desclassificação da conduta para o crime de posse de drogas para uso próprio. Subsidiariamente requer: a) a redução da pena-base ao mínimo legal; b) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, e; c) o reconhecimento da minorante do tráfico eventual, em seu grau máximo de 2/3.

Passo ao exame do recurso.

Inicialmente suscita a defesa à ilicitude do flagrante que culminou na instauração da ação penal, por ausência de atribuição da guarda municipal para "*realizar abordagem, busca pessoal ou poder de polícia ostensiva e judiciária*".

Sem razão, entrementes.

De fato, os guardas municipais integram os quadros funcionais do município, tendo por missão institucional a defesa do patrimônio público, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição Federal.

No entanto, também cabe à guarda municipal a defesa da população local, pois a preservação da ordem pública é responsabilidade dos órgãos de segurança (art. 144 da Constituição Federal), de forma que eventual omissão poderia sujeitar o servidor a responder na forma do art. 13, § 2º, *a*, do Código Penal.

Aliás, não há qualquer sentido lógico em proibir guardas municipais de realizarem a prisão em flagrante de alguém, pois a legislação processual, expressamente, possibilita a qualquer do povo prender quem esteja em flagrante delito (art. 301 do Código de Processo Penal).

A esse respeito, é consolidada a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 2. É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal. (...)".* (STJ; HC 471.229; Proc. 2018/0251964-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; Julg. 19/02/2019; DJE 01/03/2019)

> *"PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – GUARDA MUNICIPAL – POSSIBILIDADE – ART. 301 DO CPP – INTELIGÊNCIA – AGRAVO DESPROVIDO. 1. Qualquer um do povo pode prender quem se encontre em flagrante delito, não obstante a atribuição da Guarda Municipal atribuída pela Constituição (ex vi do art. 144, § 8º, da CRFB/1988), máxime em se tratando do crime de tráfico de drogas - núcleo trazer consigo -, de jaez permanente, o que justifica o estado de flagrância em que se encontrava o agravante, revelando a legalidade da hipótese dos autos. Inteligência do art. 301 do CPP. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ; AgRg-HC 446.377; Proc. 2018/0091243-4; MS; Sexta Turma; Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro; Julg. 14/08/2018; DJE 29/08/2018; Pág. 1313)

Dessa forma, não há se falar em ilicitude dos elementos indiciários colhidos na fase inquisitiva, pois inexiste qualquer afronta às regras processuais e constitucionais mencionados nas razões deste apelo.

Ressalte-se, inclusive, que o inquérito policial constitui mera peça informativa, que serve de base para a propositura da ação penal, razão pela qual a eventual existência de vício não tem o condão de, por si só, invalidar o feito judicial.

Logo, impossível a decretação da nulidade das provas colhidas em juízo, por suposta derivação de ilicitude decorrente de prisão ilegal realizada por guardas municipais.

No mérito, o pedido de desclassificação não comporta acolhimento.

Vejamos.

A inicial acusatória narra que:

> *"(...) no dia 08 de janeiro de 2019, por volta das 09h40min, na rua Vasconcelos Fernandes, próximo a antiga rodoviária, bairro Amambaí, o denunciado Thiago Teixeira Furtado foi preso em flagrante delito porque trazia consigo, para fins de mercancia, 01 (uma) trouxinha de cocaína, totalizando 14,7g (quatorze gramas e sete decigramas) do entorpecente, sem autorização e em desacordo com regulamentação legal ou regulamentar".*

A materialidade vem demonstrada por intermédio do auto de prisão em flagrante (f. 06-18), auto de apreensão (f. 32-33), laudo de constatação preliminar (f. 28-30) e exame toxicológico (f. 55-59), este que, em particular, atesta que a substância apreendida trata-se de cocaína.

A destinação do entorpecente, do mesmo modo, restou bem definida pelo conjunto probatório.

É cediço, a esse respeito, que o crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade da droga, sua forma de embalagem, a natureza da substância e também, como não poderia deixar de ser, pela prova testemunhal.

Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial e inquestionável do comércio não se torna indispensável, bastando que os elementos probatórios evidenciem que a substância entorpecente apreendida se destinava à circulação, na forma do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

De outro norte, consigno que o delito tem ação múltipla, por conter várias condutas em seu tipo que ensejam a incriminação penal, em um total de 18. Assim, para a configuração do delito, basta que o agente se enquadre em quaisquer das condutas previstas na norma e esteja agindo sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, o que é o caso dos autos.

A propósito:

> *"PENAL – RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – TIPO SUBJETIVO – ESPECIAL FIM DE AGIR (FINS DE MERCANCIA) – DESNECESIDADE – DESCLASIFICAÇÃO DO DELITO – IMPOSIBILIDADE. I - O tipo previsto no art. 3 da Lei nº 1.343/06 é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento (Precedentes). I - O tipo previsto no art. 28 da Lei nº 1.343/06, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo, exige a finalidade do exclusivo uso próprio. (Precedentes). Recurso especial provido."* (Resp 13943/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, em 06/04/2010)

Na esteira desse raciocínio, infere-se dos autos ter havido a apreensão de uma porção de 14,7g de cocaína, que foi repassada pelo apelante à usuária Edriana quando aproximou-se a viatura da guarda municipal, bem como de R$ 164,00 em espécie, sem procedência lícita.

Durante o interrogatório, ele admitiu que trazia a droga consigo nas imediações da antiga rodoviária de Campo Grande, afirmando, todavia, que tal entorpecente se destinava ao consumo próprio e de Edriana (f. 92-93).

Ocorre que, ao ser ouvida em juízo, a usuária Edriana esclareceu que habitualmente frequenta a região para a compra e consumo de entorpecentes, assim como destacou que, por ocasião dos fatos, deixava o local quando Thiago colocou a droga em suas mãos e evadiu. Afirmou, ainda, que o apelante frequentemente vendia drogas naquela região, contudo raramente adquiria as substâncias por ele comercializadas, pois não eram de boa qualidade (f. 92-93).

Corroborando, tem-se os depoimentos judiciais prestados pelos guardas municipais Igor Cunha de Souza e Rafael Carmo Peixoto, os quais, em uníssono, declararam que em patrulhamento pela região da antiga rodoviária visualizaram o exato momento em que o apelante Thiago entregou uma porção de drogas a Edriana e, em seguida, empreendeu fuga. Referiram que após a localização da droga, deram continuidade às diligências e avistaram Thiago deixando um estabelecimento comercial, de forma que abordaram-no, encontrando em sua em posse a importância de R$ 164,00. Disseram, ainda, que os traficantes da região costumam trocam o dinheiro recebido com a venda da droga por cédulas de maior valor, como estratégia para mascarar a traficância (f. 92-93).

Vale destacar que os relatos apresentados pelos agentes públicos merecem crédito, até porque não se vislumbra qualquer pretensão escusa por parte deles em gratuitamente prejudicarem o apelante, imputando-lhe falsamente um crime tão grave.

Não há qualquer suspeição no testemunho de policiais e já se decidiu, por inúmeras vezes, que tais depoimentos são válidos e eficazes para embasar um decreto condenatório.

Nesse sentido:

> *"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)

Em que pese, portanto, a afirmação do apelante de que a droga serviria ao uso pessoal, sua versão encontra-se isolada e carente de arrimo probatório, impossibilitando que lhe seja atribuído qualquer grau de verossimilhança capaz de trazer ao julgador dúvida razoável sobre a finalidade da substância apreendida.

Isto porque, conforme evidências e elementos probatórios acima destacados, a prova da destinação mercantil do entorpecente é bastante robusta, não albergando a tese defensiva no sentido de que a droga servia ao consumo próprio.

Impõe-se, assim, a manutenção do édito condenatório.

Sobre a pena-base, depreende-se ter sido exasperada mediante valoração negativa da natureza da droga, nos seguintes termos:

> *"(...) Pena-base: As circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei 11.343/06 militam em desfavor do acusado, mormente a natureza da substância apreendida (cocaína), tendo em vista seu alto poder viciante. Quanto às circunstâncias do art. 59, nenhuma milita em desfavor ou contra o acusado, motivo pelo qual fixo a pena-base acima do mínimo legal em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. (...)."*

Com efeito, a Lei nº 11.343/06 expressamente determina que a quantidade e a natureza das drogas – bem como a personalidade e a conduta social – devem preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme segue:

> *"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

Essa previsão procura atender ao princípio da isonomia e individualização da pena, já que tais aspectos revelam-se primordiais para a graduação da resposta penal, porquanto encontram-se relacionados à afetação da saúde pública ou à periculosidade do agente.

Assim, considerando tratar-se de cocaína, autorizada está a exasperação da pena-base, já que se trata de substância altamente deletéria, tendo em vista sua peculiar capacidade de conduzir o usuário à dependência mediante o consumo de dose ínfima, aspecto que denota o maior dano ocasionado ao bem jurídico tutelado (a saúde pública, no aspecto abstrato).

Impende ressaltar que a exasperação aplicada na sentença revela-se adequada, pois em consideração à pequena quantidade da droga, majora a pena mínima cominada ao tipo penal em patamar inferior a 1/10 da pena média (critério atualmente admitido pela jurisprudência dominante).

Desse modo, não havendo arbitrariedade ou falta de razoabilidade, será mantida inalterada a reprimenda basilar.

No tocante à atenuante da confissão espontânea, esta não restou configurada, porquanto o apelante somente afirmou que a posse da droga tinha por finalidade o consumo próprio.

A esse respeito, é entendimento reiterado do e. Superior Tribunal de Justiça que, para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não basta a admissão do agente que o entorpecente serviria ao uso pessoal, conforme ilustra o seguinte julgado:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS – (...) CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NÃO CONFIGURAÇÃO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO (...) 3. Uma vez que, no caso, o acusado não confessou que estaria traficando drogas - mas, tão somente, admitiu que a substância entorpecente apreendida em seu poder seria para consumo próprio -, não há como aplicar-lhe a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. 4. Agravo regimental não provido."* (STJ, AgRg no REsp 1594486/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017)

Logo, impossível o reconhecimento da atenuante em questão.

Por fim, sustenta a d. Defesa que o julgador monocrático "*deixou de reconhecer e aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da LD, ao argumento de que resta impertinente diante do que dispõe o art. 68, parágrafo único do Código Penal*", de modo que pugna pelo reconhecimento da minorante em questão, com sua incidência no grau máximo de 2/3.

Pois bem.

Neste particular, a sentença restou lançada nos seguintes termos:

> *"(...) Terceira fase. Verificada causa de diminuição, nos termos do art. 46, da LD, aplicada em 2/3, tendo em vista a semi-imputabilidade do réu. No que concerne à causa de diminuição constante no art. 33, § 4º da LD, resta impertinente, nos termos do art. 68, parágrafo único, do Código Penal. (...)."*

Como se vê, o juízo *a quo* reconheceu a causa de diminuição do tráfico privilegiado (muito embora a sentença seja omissa a esse respeito), todavia deixou de fazê-la incidir na dosimetria ("resta impertinente") em razão da aplicação da semi-imputabilidade.

Ao meu sentir, a operação dosimétrica não representa afronta à lógica do sistema trifásico, pois o art. 68, par. único, do Código Penal, realmente possibilita ao julgador sopesar apenas a minorante que mais reduza a pena, quando diante de concurso entre causas especiais de diminuição, estas que são previstas na parte geral do Código Penal ou em legislação especial.

Em abono, manifesta-se a jurisprudência:

> *"(...) Em caso de pluralidade de causas de aumento de pena previstas em legislação especial, é facultado ao julgador, nos termos do que dispõe o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, limitar-se a um só aumento, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente. (...)."*. (TJMG; APCR 1.0054.14.002542-7/001; Rel. Des. José Mauro Catta Preta Leal; Julg. 07/07/2016; DJEMG 18/07/2016)

> *"(...) Considerando o concurso de causas de aumento previstas na parte especial e/ou em legislação especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente, a teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal. (...)."*. (TJMT; APL 3391/2015; Capital; Rel. Des. Alberto Ferreira de Souza; Julg. 02/09/2015; DJMT 10/09/2015; Pág. 447)

Em conformidade, portanto, com a exegese do referido dispositivo legal, somente haverá obrigatoriedade de aplicação cumulativa quando houver pluralidade de causas gerais (ou genéricas) de aumento ou de diminuição, o que não é o caso dos autos.

Nestes termos, mantenho também inalterada a 3ª etapa da dosimetria.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Destarte, em parte com o parecer, rejeito a prefacial e, no mérito, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, 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, 31 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0000878-98.2014.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CONCUSSÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE – CRIME IMPOSSÍVEL – FLAGRANTE PREPARADO – INOCORRÊNCIA – CRIME FORMAL QUE SE CONSUMA COM A MERA EXIGÊNCIA DA VANTAGEM INDEVIDA – PREFACIAL REJEITADA.

Inexiste crime impossível em decorrência de flagrante preparado se o agente, em momento anterior e sem qualquer intervenção policial, solicitou a vantagem indevida, de modo que a entrega do dinheiro constitui mero exaurimento do crime previamente consumado.

Prefacial rejeitada.

MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – CONTINUIDADE DELITIVA – ADEQUADA A EXASPERAÇÃO MEDIANTE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA – RECURSO IMPROVIDO.

No caso dos autos, os elementos probatórios reunidos aos autos durante todo o *iter* processual são suficientes a demonstrar que a acusada, vereadora do Município de Ribas do Rio Pardo, exigiu, em razão da função exercida, vantagem indevida à vítima, que consistia no repasse mensal de parte da remuneração recebida pelo exercício do cargo comissionado de assessora parlamentar. O firme relato apresentado pela ofendida em todas as oportunidades que foi ouvida, devidamente secundado por depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e demais elementos informativos colacionados na etapa inquisitorial, todos harmônicos e coerentes entre si, comprovam suficientemente os fatos narrados na inicial acusatória, tornando imperativa a manutenção da condenação pelo crime de concussão.

Adequada a exasperação máximo de 2/3 pela continuidade delitiva quando evidente pelas provas dos autos que a exigência de vantagem indevida repetiu-se durante 10 meses ao longo do ano de 2013.

Recurso improvido.

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, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de novembro de 2019.

Des. Emerson Cafure – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Lucineide Marques Nossa interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo, que a condenou como incursa no art. 316 c/c art.

71, ambos do Código Penal, à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial aberto e 100 dias-multa, substituída a reprimenda corporal por 02 restritivas de direitos.

Nas razões, suscita preliminar de nulidade, ante a ocorrência de crime impossível decorrente de flagrante preparado. No mérito, aduz, em síntese, que as provas produzidas durante a persecução penal são insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer a aplicação da fração de 1/6 para a continuidade delitiva (f. 278-289).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de rejeitar a prefacial e, no mérito, improver o recurso defensivo (f. 292-309).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pela "*rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo improvimento do recurso interposto por Lucineide Marques Nossa*" (f. 317-326).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Eis os termos da inicial acusatória (f. 01-03):

> *"(...) Consta do Inquérito Policial nº 0002002-53.2013.8.12.0041, que, entre os meses de fevereiro à novembro de 2013, na Câmara de Vereadores, nesta, a denunciada, no exercício do cargo eletivo de vereadora, exigiu, para si, diretamente, parte da remuneração paga à assessora parlamentar, por ela nomeada, sra. Éster Pereira de Souza.*
>
> *Conforme se apurou no caderno inquisitorial, a denunciada, que exerce o mandato de vereadora na Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo/MS, usando das prerrogativas do cargo e da cota de nomeação de servidores comissionados, nomeou a sra. Éster Pereira de Souza, para o cargo em comissão de assessora parlamentar na Câmara de Vereadores.*
>
> *Todavia, ao longo dos meses de fevereiro à novembro de 2013, a denunciada, exigia, para si, o repasse mensal de R$ 648,00 (seiscentos e quarenta e oito reais) da remuneração da assessora parlamentar nomeada na cota de cargos em comissão que ela teria direito. Posteriormente, a denunciada, passou a exigir a quantia de R$ 512,00 (quinhentos e doze reais) da referida servidora.*
>
> *Ocorre que, no dia 31 de outubro de 2013, às 08horas, a denunciada foi flagrada por policiais civis, recebendo a quantia indevida da vítima, a qual colocou o dinheiro dentro de um jornal e o colocou na caixa de correio da residência da denunciada.*
>
> *A materialidade delitiva resta patenteada por meio do auto fotográfico de f. 16-18, auto de entrega de f. 19 e documentos de f. 27-26 e 29.*
>
> *Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia a Vossa Excelência Lucineide Marques Nossa, qualificada nos autos, como incurso nas penas do art. 316, caput, c/c artigo 71 (10x – continuidade delitiva), do Código Penal. (...)"*

Ao final do curso da instrução processual, o juízo da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo prolatou a sentença de mérito que julgou procedente a denúncia, condenando Lucineide Marques Nossa como incursa no art. 316 c/c art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial aberto e 100 dias-multa, com a substituição da reprimenda corporal por 02 restritivas de direitos.

Irresignada, ela apela a esta Corte de Justiça.

Nas razões, suscita preliminar de nulidade, ante a ocorrência de crime impossível decorrente de flagrante preparado. No mérito, aduz, em síntese, que as provas produzidas durante a persecução penal são

insuficientes para a sustentação do édito condenatório, de modo que pugna pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Subsidiariamente requer a aplicação da fração de 1/6 para a continuidade delitiva (f. 278-289).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de rejeitar a prefacial e, no mérito, improver o recurso defensivo (f. 292-309).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pela "rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo improvimento do recurso interposto por Lucineide Marques Nossa" (f. 317-326).

Passo ao exame do recurso.

Inicialmente em relação à preliminar de nulidade processual, sustenta a apelante que a consumação do crime esteve impossibilitada ante:

> *"(...) a ocorrência de flagrante preparado", caracterizando a hipótese de crime impossível, pois a "vítima induziu a recorrente a supostamente pegar o jornal com as cédulas, sendo que neste momento os policiais estavam preparados para registrarem a ocorrência e abordarem a recorrente".*

Sem razão, entrementes.

De fato, o entendimento jurisprudencial há muito consolidado na Sumula 145 do e. Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "*não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".*

Isto porque, no flagrante preparado, inexiste a autodeterminação necessária para a tipificação da conduta, já que o agente instigador induz o suposto autor a praticar um determinado crime, retirando sua livre vontade ao criar uma verdadeira encenação.

Ocorre que, na hipótese dos autos, a apelante incorreu na conduta delitiva sem qualquer interferência de terceiros, pois em momento algum foi instigada a exigir para si a vantagem indevida.

Conforme depreende-se dos elementos indiciários e probatórios amealhados ao presente feito (os quais oportunamente serão analisados com maior profundidade), a ofendida Éster, não mais tolerando a situação que vivenciava, procurou a Delegacia de Polícia e noticiou as exigências mensalmente realizadas pela apelante para que lhe entregasse parte dos vencimentos decorrente do exercício do cargo comissionado de assessora parlamentar.

Os policiais, diante da comunicação do ilícito penal e meramente como meio de apreender aquilo que possui relação com o fato delituoso (consoante autoriza o art. 6º, inc. II, do Código de Processo Penal), aguardaram o momento em que a vítima chegou na residência da apelante para a entrega da quantia anteriormente exigida, a fim de realizarem a abordagem por ocasião do repasse do numerário, que livremente foi-lhes entregue.

Nesse cenário, o fato de Lucineide ter sido surpreendida enquanto recebia os valores exigidos representa apenas um *post factum* decorrente do exaurimento do crime (tanto é que sequer houve a autuação em flagrante), pois o delito de concussão é formal, consumando-se no momento em que a vantagem indevida é exigida pelo agente, independente da efetiva obtenção da mesma, o que de fato ocorreu, em momento posterior.

A esse respeito, colhe-se deste colegiado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO) – CONCUSSÃO (CRIME FORMAL) – ILEGALIDADE DO FLAGRANTE (DELITO PREVIAMENTE CONSUMADO) – JUSTA CAUSA (PRESENÇA) – FASE INQUISITORIAL VÁLIDA (ELEMENTOS INDICIÁRIOS MERAMENTE INFORMATIVOS) – FLAGRANTE PREPARADO (INOCORRÊNCIA). 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia*

constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (precedentes). 2. Trata-se a concussão de delito formal, que se consuma com a realização da exigência, independentemente da obtenção da vantagem indevida. A entrega do dinheiro se consubstancia como exaurimento do crime previamente consumado. 3. Caso em que não havia situação de flagrância delitiva no momento em que a prisão foi efetuada, de modo que o magistrado deveria ter relaxado o cárcere, não havendo que se cogitar de liberdade provisória, tampouco de arbitramento de fiança. 4. Todavia, estando já o paciente solto e tendo levantado os valores referentes ao pagamento da fiança, cumpre ressaltar que a constatação de ilegalidade do flagrante não há de condenar os elementos indiciários colhidos quando da lavratura do auto, que mantém sua qualidade informativa, para que se inicie a ação penal. 5. Reclamada a indevida vantagem antes da intervenção policial, não há falar em flagrante preparado. Se a atividade policial se restringiu a aguardar o melhor momento para executar a prisão, fica afastado o crime impossível. 6. Habeas corpus não conhecido." (STJ; HC 266.460; Proc. 2013/0072339-9; ES; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 17/06/2015)

Dessa forma, inviável o acolhimento da tese de crime impossível.

No mérito, o pleito absolutório não comporta acolhimento.

A materialidade o fato vem demonstrada pelo registro da ocorrência (f. 07), pelo auto de apreensão (f. 18), pelos registros fotográficos (f. 19-21), pelo auto de entrega (f. 22), pelo recibo de rescisão (f. 29) e pela cópia reprográfica de comprovante de depósito bancário (f. 32).

A autoria, a despeito da negativa apresentada pela apelante, também encontra-se robustamente demonstrada nos autos.

Veja que a ofendida Éster, confirmando os depoimentos extrajudiciais, declarou em juízo que a apelante, antes de nomeá-la para o cargo de assessora parlamentar, informou-lhe que a divisão de salários de servidores era prática comum na Câmara Municipal de Ribas do Rio Pardo, mas que tal situação não lhe seria imposta. Referiu, contudo, que a partir de sua nomeação ocorrida em janeiro de 2013, ela passou a exigir parte de sua remuneração, contrariando o que dissera anteriormente. Destacou que seu salário era recebido em cheque e depois repassada em espécie a quantia exigida nas próprias mãos da apelante, tendo posteriormente tomado conhecimento de que o numerário era destinado a Luis Fernando Cassiano. Enfatizou que possuía diversos compromissos financeiros e assim necessitava do dinheiro, de forma que não tolerava mais aquela situação, tanto que no mês de junho procurou o setor administrativo da Câmara e buscou orientação sobre a rescisão, sendo aconselhada a aguardar até dezembro, para que pudesse receber integralmente as verbas rescisórias. Acrescentou que decidiu procurar a autoridade policial quando a apelante exigiu também parte do décimo terceiro salário, dizendo-lhe para não fazer compromisso com aquela remuneração, e assim, no mês de dezembro, informou ao Delegado de Polícia que a qualquer momento seria contatada para efetuar a entrega de parte do salário, razão pela qual foram extraídas cópias das cédulas a fim de comprovar que estas seriam efetivamente entregues, permanecendo na posse do numerário por alguns dias até que a apelante telefonou pedindo para que fosse até sua residência, de modo que avisou aos policiais, os quais rumaram para o local e realizaram a apreensão do dinheiro.

Impende ressaltar que em casos deste jaez, em que o comportamento delitivo normalmente ocorre longe da presença de testemunhas, a palavra da vítima assume peculiar relevância, especialmente no presente feito, porquanto além do relato apresentado pela ofendida revelar-se firme e coerente, inexiste elemento capaz de demonstrar que ela teria motivos para, de forma injusta e vil, imputar falsamente a prática do delito à apelante Lucineide.

A esse respeito, Guilherme Nucci afirma que "*a palavra isolada da vítima pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução*" (Manual de processo penal e execução penal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 367).

Reafirmando o valor probatório conferido ao depoimento da vítima na seara processual penal, comentam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer: "*Depoimento esse de suma importância, na medida em que, em vários crimes, constitui a prova mais importante do processo, ao menos em relação à autoria*" (*in*, Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 458/459.).

No mesmo sentido é a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – CONCUSSÃO – ART. 316, CAPUT, DO CP – ABSOLVIÇÃO – INVIÁVEL – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR TESTEMUNHAS E CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS – CONDENAÇÃO NECESSÁRIA – INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO DA PENA DIANTE DA CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO ÓRGÃO COLEGIADO – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – TENDÊNCIA HASTEADA PELO STF PELO JULGAMENTO DO ARE Nº 964.246. Considerando que a publicação da sentença condenatória recorrível interrompe o curso da prescrição, nos termos do art. 117, IV, do CP, não deve ser reconhecida prescrição da pretensão punitiva se não decorrida o prazo prescricional entre os marcos interruptivos. Se restou comprovado que o réu exigiu para si vantagem indevida para realizar uma cirurgia pelo SUS, em razão de sua função pública em exercício, não há que se falar em absolvição no caso, mormente se a palavra da vítima foi corroborada por testemunhas presenciais e a negativa de autoria do acusado desafia as próprias circunstâncias do caso e a legalidade do procedimento. Conforme determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 964.246, deve ser adotado o entendimento de que, assim que exauridas as possibilidades de recurso em Segunda Instância (embargos de declaração e infringentes), é possível o início da execução da pena, quando a sentença condenatória for confirmada pelo órgão colegiado, sendo prescindível o trânsito em julgado da aludida decisão."* (TJMG; APCR 0459185-24.2008.8.13.0344; Iturama; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques; Julg. 26/03/2019; DJEMG 03/04/2019)

> *"APELAÇÃO PENAL – CONCUSSÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO – REDUÇÃO DA PENA – BIS IN IDEM NA APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 70, II, L, DO CPM – INEXISTÊNCIA – 1. É de ser mantido o juízo condenatório quando as provas coligidas aos autos, especialmente declarações da vítima e testemunhas, evidenciam com clareza a autoria e materialidade delitiva. Pretensão absolutória descabida. 2. O delito de concussão empresta notável relevância à palavra da vítima, por conta da forma oculta e dissimulada na qual costumeiramente se exige a indevida vantagem. 3. A aplicação da agravante de estar o policial em serviço não configura dupla punição, uma vez que referido aspecto não constitui elemento inserto do tipo penal descrito no art. 305 do Código Penal militar. Precedentes do STJ."* (TJRO; APL 0014392-88.2012.8.22.0501; Segunda Câmara Especial; Rel. Des. Hiram Souza Marques; Julg. 29/05/2018; DJERO 21/06/2018; Pág. 59)

> *"APELAÇÃO CRIME – CONCUSSÃO (ART. 316 DO CÓDIGO PENAL) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – VEREADOR MUNICIPAL QUE PEDIU VANTAGEM INDEVIDA PARA MANTER O CONTRATO FIRMADO ENTRE A VÍTIMA E A PREFEITURA, COM O FIM DE NÃO PREJUDICAR A FISCALIZAÇÃO – NEGATIVA DE AUTORIA – INOCORRÊNCIA – PROVAS TESTEMUNHAIS UNÍSSONAS – INFORMAÇÕES DA VÍTIMA PERFEITAMENTE VÁLIDAS, ESPECIALMENTE PORQUE A ESPÉCIE DELITIVA NORMALMENTE OCORRE NA CLANDESTINIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PROVAS CONTUNDENTES – IMPOSSÍVEL ABSOLVIÇÃO COM ESTEIO NO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – CONDENAÇÃO MANTIDA – READEQUAÇÃO DA PENA-BASE – ACOLHIMENTO – VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE QUE DEVE SER EXTIRPADA, POR SER ELEMENTAR DO TIPO PENAL – AFASTAMENTO DE APENAS UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS, COM A READEQUAÇÃO DA PENA – RETIRA-SE, DE OFÍCIO, DE UMA DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS AO REGIME ABERTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, E, DE OFÍCIO, RETIRADA UMA DAS CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO. 1. Comprovadas a autoria e a materialidade do crime*

> *de concussão, a condenação é medida que se impõe. 2. Crimes de concussão normalmente se dão na clandestinidade, assim, a palavra da vítima possui inegável valor probante. 3. A valoração negativa da culpabilidade é inerente ao tipo penal, e deve ser retirada com a readequação da pena-base. 4. Retira-se, de ofício, uma das condições impostas ao regime aberto, a teor do que preceitua a Súmula nº 493 DO C. STJ: É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto."* (TJPR; ApCr 1708091-8; Terra Roxa; Segunda Câmara Criminal; Rel. Juiz Conv. Marcel Guimarães Rotoli de Macedo; Julg. 16/11/2017; DJPR 06/12/2017; Pág. 425)

E não é só.

A testemunha Luiz Fernando Cassiano, durante a audiência de instrução, confirmou que a apelante realmente repassava-lhe mensalmente R$ 700,00 como contraprestação por sua cooperação durante a campanha eleitoral, sabendo que tal importância era dividida entre ela e a vítima. Ressaltou que a apelante, quando ocorrida algum atraso, procurava justificar-se dizendo que não poderia dar-lhe o dinheiro porque sua assessora não havia entregue uma parte da quantia necessária. Mencionou, ainda, que há época dos fatos possuía conhecimento de que a apelante firmou uma espécie de acordo com a ofendida Éster (conhecida como "Teca"), acreditando que a quantia exigida da assessora era de "*uns quinhentos e poucos*". Disse, também, que na cidade circulavam diversos rumores a esse respeito, tanto que seus amigos costumavam alertar-lhe: "*Fernando, o dinheiro que você recebe não é justo, é o salário da Teca*". Esclareceu, inclusive, que o depoimento prestado na fase de inquérito, no qual afirmou que os pagamentos recebidos se referiam à diárias por transporte de pessoas até Campo Grande, não condiz com a verdade dos fatos, sendo a versão declinada por orientação da apelante e de seu marido, em reunião realizada na residência de ambos, do qual arrependeu-se profundamente, de modo que procurou o Ministério Público Estadual visando contribuir para a correta apuração dos fatos, revelando como eles realmente se deram (f. 237).

Corroborando os elementos probatórios acima apontados, tem-se os depoimentos judiciais dos policiais Fernando Pereira de Paula e Silva e Rubens Alves da Silva, os quais, em uníssono, declararam estarem presentes no exato momento em que a vantagem indevida era efetivamente entregue, de modo que, visando a materialização desse fato, fotografaram o repasse do numerário e apreenderam-no (f. 124).

É certo, portanto, que a palavra da ofendida, firme e coerente, em harmonia com os elementos colhidos nas fases administrativa e judicial, constituem prova suficiente a demostrar que a apelante exigiu-lhe, em razão do cargo público de vereadora, a vantagem indevida consistente no repasse de parte de sua remuneração pelo exercício do cargo de assessora parlamentar, durante 10 meses do ano de 2013.

Logo, impossível a absolvição.

Por fim, requer a apelante a fixação da fração mínima de 1/6 para a exasperação decorrente do crime continuado.

O pedido, mais uma vez, deve ser rejeitado.

Na hipótese vertente, a *fictio juris* do art. 71 do Código Penal foi aplicada no importe de 2/3, pelos seguintes motivos:

> *"(...) Consoante já asseverado, deve ser reconhecido na hipótese a continuidade delitiva entre os crimes concussão, pelo que, nos termos do art. 71, caput, do Código Penal, elevo a pena em 2/3* ***(10 crimes)****, perfazendo o montante de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa. (...)."* - destaquei

De fato, o índice de aumento nos casos de continuidade delitiva se baseia no número de infrações ou de condutas ilícitas cometidas, conforme leciona Alberto Silva Franco:

> *"(...) O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um*

> *quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão.(...).”* (FRANCO, Alberto Silva. Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 345)

Ainda sobre o tema, eis a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

> *“(...) De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de justiça, no crime continuado, o critério utilizado para determinar o quantum de aumento guarda relação com o número de infrações praticadas. Precedentes. (...).”* (STJ; HC 184.816; Proc. 2010/0168292-5; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 01/07/2013; Pág. 1856)

Conquanto sustente a d. defesa que somente existe comprovação de dois crimes, a palavra da vítima é clara e suficientemente indica que as vantagens indevidas foram exigidas de janeiro a novembro de 2013, ou seja, ao longo de 10 meses, justificando a exasperação aplicada na fração máxima de 2/3.

Logo, não há qualquer retificação a ser realizada.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* confundir-se com o tema debatido.

Destarte, com o parecer, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, 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, 21 de novembro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0029157-44.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – NOMEAÇÃO DE DEPOSITÁRIO – ARTIGO 61 DA LEI ANTITÓXICOS – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Escorreito se afigura o posicionamento adotado pelo magistrado primevo, vez que a restituição do veículo, a despeito da formalização de sentença absolutória, só pode ser concretizada diante de prova inequívoca da propriedade do bem, *ex vi* do artigo 120, *caput*, do Código de Processo Penal. E, à evidência, disso aqui não se trata, pois o recorrente não demonstrou satisfatoriamente a propriedade do bem, tampouco posse legítima. Longe disso.

Nesse contexto, remanescendo dúvidas sobre a propriedade e posse do bem, a questão deve ser dirimida na esfera cível, mediante ação própria, com obediência do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, afigurando-se inviável, por outro prisma, a nomeação do requerente como depositário, máxime diante das nebulosas circunstâncias que ainda imperam e que demandam aprofundamento da apuração.

Ademais, o art. 61 da Lei Antitóxicos delimita as hipóteses em que se possibilitaria o depósito ou autorização de uso de veículo em situações desse jaez, a tanto não bastando o interesse público ou social, e sim que tal interesse esteja atrelado e direcionado especificamente à prevenção e à repressão ao tráfico de substâncias entorpecentes, ou seja, finalidade diversa da pretendida pelo apelante, que realça interesse meramente particular.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de outubro de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Antônio César Barros Delmondes interpõe recurso de apelação, porquanto inconformado com o *decisum* (f.109-112) que não acolheu seu pedido de restituição de veículo apreendido nos Autos nº 0036432-78.2018.8.12.0001, a despeito da sentença absolutória prolatada.

Em suas razões (f.121-130) aduz, em suma, estarem preenchidos todos os requisitos necessários ao acatamento do pleito, se revelando injustificável e equivocado o indeferimento da restituição do bem de sua propriedade.

Contrarrazões (f.134-141) pelo parcial provimento, nomeando-se o recorrente depositário do bem.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f.149-152) pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Antônio César Barros Delmondes interpõe recurso de apelação, porquanto inconformado com o *decisum* (f.109-112) que não acolheu seu pedido de restituição de veículo apreendido nos Autos nº 0036432-78.2018.8.12.0001, a despeito da sentença absolutória prolatada.

Em suas razões (f.121-130) aduz, em suma, estarem preenchidos todos os requisitos necessários ao acatamento do pleito, se revelando injustificável e equivocado o indeferimento da restituição do bem de sua propriedade.

Contrarrazões (f.134-141) pelo parcial provimento, nomeando-se o recorrente depositário do bem.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f.149-152) pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Nada obstante os argumentos expendidos, descabe no caso versando acatamento à pretensão deduzida.

Exsurge deste caderno que o magistrado primevo não a acolheu porque o requerente, ora apelante, não conseguiu comprovar a posse legítima e/ou propriedade do veículo. Note-se (f. 112):

> *"(...)*
>
> *(a) em 30.08.2018, o veículo foi apreendido (f. 72 – Autos 0036432-78.2018 – em apenso).*
>
> *(b) em 24.06.2019, foi celebrado o contrato;*
>
> *(c) em 01.07.2019, a assinatura foi reconhecida;*
>
> *(d) a vendedora reside na cidade de campinas/SP (f. 13);*
>
> *(e) a firma foi reconhecida em Ponta Porã/MS (f. 14).*
>
> *(f) não existe selo de autenticidade.*
>
> *Ou seja, nem mesmo o reconhecimento de firma produz efeitos jurídicos, posto a ausência de selo de autenticidade.*
>
> *4. Ante o exposto, hei por bem em indeferir a restituição do veículo VW/Golf 1.6, cor prata, placa EDK-1688, formulado pelo requerente Antonio César Barros Delmondes"* (f. 01-06).

Escorreito se afigura o posicionamento adotado pelo magistrado primevo, vez que a restituição do veículo, a despeito da formalização de sentença absolutória, só pode ser concretizada diante de prova inequívoca da propriedade do bem, *ex vi* do artigo 120, *caput*, do Código de Processo Penal. E, à evidência, disso aqui não se trata.

O recorrente não demonstrou satisfatoriamente a propriedade do bem, tampouco posse legítima, aliás, sequer apresentou original ou mesmo cópia do CRLV do veículo.

Foi carreada unicamente cópia de contrato de compra e venda de automóvel (f. 13-14), estampando, aliás, que tal teria se dado inclusive posteriormente à apreensão *(apreensão ocorrida em 30.08.2018 – f. 72 - compra e venda entabulada em 24.06.2019)*, revestindo de sérias e expressivas dúvidas a alegação de propriedade e posse legítima do bem.

Não bastasse, é de se ver que o reconhecimento de firma espelhado no referido documento não consta sequer com o indispensável selo de autenticidade, somando-se a isso que a suposta vendedora residiria em Campinas/SP, muito embora sua assinatura tenha sido suposta e estranhamente reconhecida (sem selo) em Ponta Porã/MS.

Nesse contexto, remanescendo dúvidas sobre a propriedade e posse do bem, a questão deve ser dirimida na esfera cível, mediante ação própria, com obediência do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, afigurando-se inviável, por outro prisma, a nomeação do requerente como depositário, máxime diante das nebulosas circunstâncias que ainda imperam, consoante salientado alhures, e que demandam aprofundamento da apuração.

Gize-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA EM INQUÉRITO POLICIAL – ALEGAÇÃO DE SER BEM LÍCITO E REGULAR – VÍTIMA DE GOLPE – SUPOSTA VENDA A TERCEIRO – PREENCHIMENTO DO DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA – NÃO CONFIRMAÇÃO DE PAGAMENTO DO PREÇO AJUSTADO – DIVERGÊNCIAS E VERSÕES CONTRADITÓRIAS – INQUÉRITO POLICIAL QUE CARECE DE INVESTIGAÇÕES – DÚVIDA SOBRE A POSSE/PROPRIEDADE DO BEM PRETENDIDO – IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO – AUSÊNCIA DE AÇÃO PENAL REFERENTE A APREENSÃO NOTICIADA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Veículo apreendido em inquérito policial, face à existência de discussão sobre a posse/propriedade do referido veículo pelas partes interessadas. Existência de versões conflitantes e contraditórias sobre os fatos que levaram ao impasse, inexistindo provas concretas capazes de dirimir a controvérsia.*
>
> *Necessidade de instrução probatória para esclarecer os fatos, impossibilitando o deferimento da pretendida restituição.*
>
> *Ante a inexistência de ação penal sobre os fatos e por tratar-se de interesse privado e direito disponível, as partes interessadas, se assim desejarem, devem socorrer-se do juízo cível competente, não cabendo qualquer providência judicial ou do Ministério Público.*
>
> *Contra o parecer, recurso conhecido e improvido."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0809492-74.2017.8.12.0002, 1ª Câmara Criminal, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 27/09/2018, p: 01/10/2018)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA EM AUTOS DE CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO – ALEGAÇÃO DE SER TERCEIRO DE BOA-FÉ FUNDADA EM RESCISÃO CONTRATUAL – ALEGADO DISTRATO DA COMPRA E VENDA – QUESTÃO AFETA À SEARA CÍVEL – DÚVIDA SOBRE A PROPRIEDADE DO BEM QUE ESTAVA NA POSSE DE RÉU DE PROCESSO CRIME – CONSEQUENTE DÚVIDA ATÉ SOBRE A LEGITIMIDADE DA REQUERENTE – ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO , PELA INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 118 DO CPP – BEM QUE AINDA INTERESSA AO PROCESSO – AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO QUE APURA O CRIME SUPOSTAMENTE COMETIDO PELO VENDEDOR DO VEÍCULO – RECURSO IMPROVIDO.*

> *Não se restitui veículo se existe dúvida sobre a propriedade do requerente e sua legitimidade para o pedido, já que o contrato de venda fora formalizado pela requerente em favor de terceiro bastante tempo antes de o veículo ter sido apreendido na posse do réu de processo crime.*
>
> *Estabelece o artigo 118 do Código de Processo Penal que as coisas apreendidas que interessem ao processo não podem ser restituídas antes do trânsito em julgado da sentença.*
>
> *Consta da ação penal nº 000736-28.2016.8.12.0008 que o veículo foi apreendido na posse do denunciado Pedro, sendo que referida ação penal ainda está em andamento, então fica claro que o bem apreendido interessa ao feito, em razão de ter sido utilizado ou adquirido com proventos do tráfico ilícito de drogas, motivo pelo qual é incabível a sua restituição.*
>
> *Com o parecer, recurso improvido".* (TJMS. Apelação Criminal nº 0800259-69.2016.8.12.0008, Corumbá, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 22/08/2017, p: 31/08/2017)

Ademais, mister salientar que o referido bem foi apreendido e, a despeito da absolvição vislumbrada, encontra-se vinculado a processo em que se apura o cometimento de suposto tráfico de entorpecentes, incidindo aí, como corolário, a disciplina espelhada na Lei nº 11.343/06.

Pois bem, desse diploma legal desponta o art. 61, delimitando as hipóteses em que se possibilitaria autorização de uso de veículo em situações desse jaez, consequência natural, aliás, do depósito. A propósito, estampa o dispositivo:

> *"Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a SENAD, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades."*

Exsurge daí que não basta o interesse público ou social para que a autorização possa ser concedida pelo juízo competente. É preciso que esse interesse esteja atrelado e direcionado especificamente à prevenção e à repressão ao tráfico de substâncias entorpecentes, ou seja, finalidade diversa da pretendida pelo apelante, que realça interesse meramente particular.

Tanto que a utilização do bem somente poderia ser conferida às entidades ou órgãos que atuem na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, etc.

A confirmar ainda mais o entendimento aqui esposado, insta notar que na parte final do mencionado dispositivo, o legislador fez questão de acrescentar, taxativamente, que a autorização de uso deve recair "exclusivamente no interesse dessas atividades", realçando a margem de discricionariedade oportunizada ao presidente do feito, ao qual, *sine dubio,* não seria possível decidir de maneira contrária ao próprio texto da lei.

A lei penal, como outra qualquer, deve ser interpretada segundo os vários processos de hermenêutica, porém, admoesta Carlos Maximiliano, *"só compreende os casos que especifica. Não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis, ou lhes aplicar penas; não se conclui, por indução, de uma espécie criminal estabelecida para outra não expressa".* (Hermanêutica e aplicação do direito, ed. Forense, 10. edição, p.321).

Discorrendo sobre o assunto, Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra de Oliveira, in Nova Lei de Drogas Comentada, ed. RT, edição 2006, p. 258, destacam que o Estado deve observar na utilização desses bens os princípios da responsabilidade da administração, da afetação instrumental e, ainda,

> *“ c) Princípio da utilização finalística de seu proveito (usar o bem somente para os fins de prevenção – Títulos I, II e III da Lei nova - e de repressão ao narcotráfico)”.*

Dir-se-á, então, que, prolatada sentença absolutória, o indeferimento estaria a restringir o direito de propriedade conferido ao recorrente. Ocorre, todavia, que essa propriedade não se afigura suficientemente demonstrada, tampouco assegurada, consoante salientado alhures.

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> *“(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.”*

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 17 de outubro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0000767-34.2014.8.12.0003 – Bela Vista

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – PRELIMINAR DE NULIDADE – APRESENTAÇÃO DE VÍDEOS E GRÁFICOS SEM CIÊNCIA À PARTE CONTRÁRIA – ARTIGO 479, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA – AFASTADA – ANULAÇÃO DO JULGAMENTO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDITOS – ELEMENTOS DE CONVICÇÃO PRESENTES – JULGAMENTO POPULAR EM CONFORMIDADE COM AS PROVAS – CONDENAÇÃO DEFINITIVA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, COM O PARECER.

A exibição de vídeos e gráficos sobre a ocorrência de feminicídios e violência doméstica no Estado não contraria o disposto no artigo 479, do Código de Processo Penal pois, não guardando relação direta com os fatos concretos postos à apreciação pelo Corpo de Jurados, não atraem a incidência da referida norma.

Não prospera a alegação de nulidade se defesa atingiu seu objetivo e de modo algum verificou-se prejuízo na espécie, sobretudo porque foram proporcionados ao acusado o contraditório e a mais ampla defesa, inexistindo, por corolário, mácula a ser declarada, ante a incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

Com relação às decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, há de ser estritamente observado o princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no artigo 5º, XXXVIII, 'c', da Constituição Federal, de maneira que a anulação de julgamento proferido pelo Tribunal do Júri depende da demonstração de ocorrência de arbitrariedade ou de que a decisão tenha sido proferida manifestamente contrária ao conjunto probatório produzido nos autos.

Não cabe ao órgão colegiado a análise de mérito da questão, competência esta exclusiva do Conselho de Sentença, limitando sua ação à verificação de existência ou não de suporte probatório apto a lastrear a condenação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Recurso conhecido e 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, conheceram e negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Salvador Valfrido Vieira interpõe o presente recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, II e IV e artigo 121, § 2º, II e IV c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal, fixando a pena de 25 (vinte e cinco) anos, 4 (quatro) meses e 1 (um) dia de reclusão, em regime inicial fechado.

Em suas razões de recurso, argui preliminar de nulidade, tendo em vista que o membro do *Parquet* teria apresentado ao Conselho de Sentença documentos em desconformidade com a regra prevista no artigo 479, do Código de Processo Penal.

No mérito, argumenta que o conjunto probatório é absolutamente insuficiente para sustentar a condenação, de maneira que a condenação por homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado restou contrária às provas existentes no feito, requerendo a anulação do julgamento.

Contrarrazões às f. 594-605 pela manutenção da sentença.

A Procuradoria Geral de Justiça, por sua feita, posicionou-se pelo improvimento do apelo. (f. 615-623)

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Salvador Valfrido Vieira em face da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, II e IV e artigo 121, § 2º, II e IV c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal, fixando a pena de 25 (vinte e cinco) anos, 4 (quatro) meses e 1 (um) dia de reclusão, em regime inicial fechado.

Restou assim delineada a denúncia, em síntese (f. 01-06):

> *"(...) Consta do incluso inquérito policial que, no dia 06 de abril de 2014, por volta das 21h, na Residência localizada na Rua Barão do Melgaço, s/n, Centro, município de Bela Vista/MS, o denunciado Salvador Valfrido Vieira, ciente da ilicitude e reprovabilidade de seus atos, imbuído de intenção de matar, por motivo fútil1 e recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiu vários golpes de arma branca contra a vítima Lucilene Freitas Florenciano, sua ex-companheira, causando-lhe a morte. Infere-se, ainda, nas mesmas circunstâncias de espaço e de tempo, o denunciado Salvador Valfrido Vieira ciente da ilicitude e reprovabilidade de seus atos, imbuído de intenção de matar, por motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiu vários golpes de arma branca contra a vítima Joaquim Ramos da Silva, somente não alcançando seu objetivo por motivos alheios a sua vontade, uma vez que a vítima conseguiu fugir e ser socorrida a tempo. De acordo com os autos, na data dos fatos, a vítima Lucilene Freitas Florenciano juntamente com seus filhos Bruno freitas e Gleice Freitas se deslocaram até a residência do denunciado Salvador Valfrido Vieira para almoçar e lá permaneceram até o fim da tarde (f. 20). Segundo restou apurado, por volta das 19h, a vítima Lucilene Freitas Florenciano decidiu ir embora, porém o denunciado Salvador Valfrido Vieira, movido por ciumes, não quis deixá-la ir, dizendo que ela estava querendo "ir atrás de outro macho" (f. 22). Depois de sair da residência do denunciado, a vítima Lucilene Freitas Florenciano, com seus filhos, se deslocou até a residência da vítima Joaquim Ramos da Silva. Infere-se que, por volta das 20h30min, o denunciado Salvador Valfrido Vieira, em posse de um machete, dirigiu-se até a residência da vítima Joaquim Ramos da Silva, e lá passou a se desentender com a vítima Lucilene Freitas Florenciano, bem como passou a agredi-la com tapas e a desferir-lhe golpes com o machete, vindo a atingir várias partes de seu corpo. Logo em seguida, o denunciado Salvador Valfrido Vieira passou a desferir golpes de machete contra a vítima Joaquim Ramos da Silva, que conseguiu evadir-se do local e se esconder na casa de vizinhos, até que foi levado ao Hospital. Apurou-se que, depois de agredir as vítimas o denunciado evadiuse do local dos fatos, tomando rumo incerto.(...)"*

Preliminarmente: da nulidade

O apelante argui preliminar de nulidade, sob o argumento de que a acusação apresentou vídeos e gravações em plenário, sem dar prévia ciência à parte contrária.

Sem razão, contudo.

Com efeito, dispõe o artigo 479, do Código de Processo Penal:

> *"Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.*
>
> *Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados."*

Sobre referido dispositivo, Guilherme de Souza Nucci pontua que *"é admissível que algum gráfico, croqui ou desenho feito pela própria parte ou outras peças não reprodutoras de laudos constantes dos autos, nem relativas à cena do crime ou ao corpo da vítima, possam ser exibidas sem ciência prévia."* (Código de processo penal comentado. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1042)

Tem-se, portanto, que se tratando de documentos ou vídeos que não se relacionem à matéria de fato, posta à apreciação pelo corpo de jurados, existe a possibilidade de mitigação do tríduo legal.

A propósito, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do AgRg no REsp 1552793/MG, destacou que:

> *"(...) para incidência da norma constante do art. 479 é imprescindível que o conteúdo do documento ou objetos utilizados na sessão plenária versem sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos Jurados, ou que, a despeito de não se referirem diretamente ao fato em discussão, digam respeito ao agente, como a sua certidão de antecedentes criminais ou um documento equivalente."*

No caso versando, como trazido pelo próprio recorrente em suas razões recursais, o *Parquet* apresentou vídeos sobre feminicídio, violência doméstica, além de gráficos de estatísticas criminais, evidenciando tratar-se de documentos de ordem genérica, que não guardam relação com o fato concreto analisado nos autos, não atraindo, portanto, a incidência do artigo 479, do Código de Processo Penal.

Gize-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

> *"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRIBUNAL DO JÚRI – APRESENTAÇÃO DE REPORTAGENS EM PLENÁRIO – INOBSERVÂNCIA DO PRAZO CONSTANTE NO ART. 479, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP – ALEGADA NULIDADE – MATÉRIA NÃO TRATA DO CASO DOS AUTOS – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. A exibição e leitura em plenário de reportagens genéricas acerca da violência policial não contraria o disposto no art. 479 do Código de Processo Penal, uma vez que, consoante dispõe seu parágrafo único, a antecedência mínima e a ciência à outra parte são exigidas apenas quanto aos elementos probatórios que possuam relação direta com os fatos submetidos ao Tribunal do Júri. 2. Não demonstrando a defesa que os documentos se relacionavam com os fatos sub judice, em observância ao princípio do pas de nullite sans grief, não há prejuízo a justificar a declaração de nulidade.*
>
> *3. Desconstituir o acórdão recorrido para firmar entendimento em sentido contrário, reconhecendo que as reportagens se referiam diretamente aos fatos submetidos a julgamento,*

demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1654684/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL–HOMICÍDIOPRIVILEGIADOEQUALIFICADOPOREMPREGODERECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – ESTRATÉGIA DESLEAL DA ACUSAÇÃO DE DESACREDITAR A DEFESA – RECONHECIMENTO – PREQUESTIONAMENTO – EXISTÊNCIA – NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO – APRESENTAÇÃO DE REPORTAGENS EM REVISTAS E LIVRO EM PLENÁRIO – INOBSERVÂNCIA DO PRAZO CONSTANTE NO ART. 479, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP – ALEGADA NULIDADE – MATÉRIAS NÃO TRATARAM DO CASO DOS AUTOS – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – PRECEDENTES.SUPOSTO EXCESSO ACUSATÓRIO – ACUSAÇÃO – LAUDO NECROSCÓPICO – POSSÍVEL TORTURA – O PLEITO DA CONDENAÇÃO NÃO FOI POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE TORTURA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PELA DEFESA – REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO MANTIDO – PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – PRECEDENTES – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A tese de utilização de estratégia desleal da acusação para desacreditar a defesa foi devidamente prequestionada. Inexistência de comprovação de prejuízo para a defesa. 2. A leitura de reportagens veiculadas em revistas e livro em plenário do Júri sem a anterior juntada aos autos não violou o art. 479, parágrafo único, do CPP, pois tais leituras não trataram especificamente do caso dos autos. Inexistência de prejuízo. Ademais, rever tal entendimento exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento de todo inviável nesta instância recursal, a teor doEnunciado n. 7 da Súmula/STJ. Precedentes.

3. O suposto "excesso acusatório" não encontra amparo, pois a acusação não postulou a condenação do acusado por homicídio qualificado pelo emprego de tortura. Prejuízo não configurado. 4.

Regime prisional mais gravoso mantido em face da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1404758/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017)

Vale salientar, ademais, que a defesa atingiu seu objetivo e de modo algum verificou-se prejuízo na espécie, sobretudo porque foram proporcionados ao acusado o contraditório e a mais ampla defesa.

Incide na espécie, pois, o artigo 563 do Código de Processo Civil, o qual traz em seu bojo o adágio Francês denominado *pas de nullité sans grief*, incorporado ao Direito Brasileiro como *"princípio geral de que inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 15. ed. 2016. p. 1154).

Aliás, tal premissa encontra-se assegurada pela Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *"No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."*

Nesse panorama, além das conjecturas do arrazoado recursal, não se constata qualquer prejuízo para a defesa, não havendo. Também por esta ótica, que se falar em nulidade.

Por tais razões, com o parecer, afasto a preliminar e passo à análise do mérito.

Mérito

Da anulação do julgamento

Aduz o apelante que a sua condenação se afigura contrária às provas constantes dos autos, o que, no seu entender, ensejaria a anulação do julgamento.

Nada obstante os argumentos expendidos, não há como acatar a pretensão neste particular deduzida.

Mister se faz salientar que, com relação às decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, há de ser estritamente observado o princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no artigo 5º, XXXVIII, 'c', da Constituição Federal, que confere ao Tribunal do Júri a condição de juiz natural e, por corolário, a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, de tal sorte que, na instância recursal, imiscuir-se na conclusão do julgamento Popular implicaria patente afronta a garantia fundamental assegurada pela Carta Magna.

Neste tanto, a anulação de julgamento proferido pelo Tribunal do Juri é cenário excepcional e depende da demonstração de ocorrência de arbitrariedade ou de que a decisão tenha sido proferida manifestamente contrária ao conjunto probatório produzido nos autos, nos moldes do artigo 593, III, 'd', do Código de Processo Penal, *in verbis:*

> *"Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *(...)*
>
> *III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L263.htm - art593
>
> *a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L263.htm - art593
>
> *b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L263.htm - art593
>
> *c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L263.htm - art593
>
> *d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos."*

Sobre a questão, lecionam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1205):

> *"Diante das provas colacionadas aos autos, decorre do princípio constitucional invocado competir ao Júri a soberania para condenar ou absolver. Frente a esta norma constitucional e à previsão legal recursal, somente se pode cogitar a anulação da decisão (e aqui sim importaria em novo julgamento) se a conclusão a que chegar o conselho não tiver amparo razoável em nenhuma prova colacionada aos autos. Essa circunstância é extremamente relevante para a análise dos casos em que se possa admitir o recurso em voga, pois não pode servir como supedâneo para alterar toda e qualquer decisão dos jurados, que, como referido, têm sua soberania garantida constitucionalmente."*

Gize-se, a propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO COMETIDO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – JÚRI – VEREDITO CONDENATÓRIO – APELAÇÃO – CONFIRMAÇÃO DO JULGAMENTO – ACÓRDÃO – DEPOIMENTO PESSOAL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PLENÁRIO DO JÚRI – NÃO OCORRÊNCIA – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – QUALIFICADORAS – FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE – PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDITO POPULAR – EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO A EMBASAR O ÉDITO*

REPRESSIVO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT – PENA-BASE – CULPABILIDADE – REFORMATIO IN PEJUS – CONSEQUÊNCIAS DO DELITO – TENTATIVA – FRAÇÃO DE REDUÇÃO PROPORCIONAL PELA TENTATIVA – ORDEM DENEGADA.

1. 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 a sentença deve ser anulada pela instância revisora e o réu, submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri. 2. Também não que se há falar em prova nova trazida pela promotoria, nem sequer em depoimento pessoal da promotora atuante. 3. 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 admite a cassação do veredito se flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo. 4. Este Tribunal Superior reiteradamente vem decidindo que não é o mandamus a via apta à realização desse juízo de constatação acerca da existência de suporte probatório para a decisão soberanamente tomada pelos jurados integrantes da Corte Popular, pois demandaria análise aprofundada do contexto fático-probatório, vedada neste remédio constitucional. 5. A consideração negativa das consequências do crime deve ser mantida no que diz respeito à tentativa de homicídio, porquanto as instâncias ordinárias indicaram elementos concretos a apontar que as sequelas deixadas pela ação do ora paciente extrapolam as inerentes ao tipo referido. 6. O Tribunal a quo, ao analisar os fatos e as provas coligidos aos autos, entendeu como adequada a redução da reprimenda na fração de 1/3, embasada pelo iter criminis percorrido pelo agente, critério adotado por esta Corte Superior. Precedentes. 7. Mandado de prisão expedido em consonância com a decisão do STF que, em regime de repercussão geral, julgou ser legal a execução provisória de pena determinada em acórdão condenatório. 8. Ordem denegada." (HC 477.555/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)

"HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL – NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal."

"CONDENAÇÃO – TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO DE APELAÇÃO – PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO DO RÉU – VEREDICTO QUE ENCONTRA AMPARO NA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Havendo suporte probatório apto a amparar o veredicto dos jurados, inviável a cassação do aresto objurgado e a submissão do paciente a novo julgamento pelo Tribunal do júri, como pretendido pela defesa, já que nas apelações interpostas com espeque na alínea "d" do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal a decisão colegiada deve tão somente concluir se houve ou não contrariedade aos elementos de convicção produzidos no feito, indicando em que se funda e dando os motivos de seu convencimento.

2. É inviável, por parte desde Sodalício, avaliar se não haveria elementos de convicção suficientes para amparar a conclusão de que o acusado teria participado do crime

de homicídio qualificado em apreço, pois seria necessário aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita. Precedentes."

"DOSIMETRIA DA PENA – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CIRCUNSTÂNCIA JÁ CONSIDERADA E APLICADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM – AUSÊNCIA DE UTILIDADE NO PROVIMENTO JURISDICIONAL – FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Carece de interesse de agir, na modalidade utilidade, o paciente que pretende ver reconhecida a atenuante da confissão espontânea quando se verifica que tal circunstância foi devidamente considerada e aplicada pelas instâncias de origem. Precedente.

2. Habeas corpus não conhecido." (HC 380.380/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Não cabe a este órgão colegiado, portanto, a análise de mérito da questão, competência esta exclusiva do Conselho de Sentença, limitando sua ação à verificação de existência ou não de suporte probatório apto a lastrear a condenação em voga.

Renato Brasileiro de Lima[1], sobre o assunto, com propriedade discorre que:

"Da soberania dos veredictos decorre a conclusão de que um tribunal formado por juízes togados não pode modificar, no mérito, a decisão proferida pelo Tribunal do Júri. Por determinação constitucional, incumbe aos jurados decidir pela procedência ou não da imputação de crime doloso contra a vida, sendo inviável que juízes togados se substituam a eles na decisão da causa. Afinal, fosse possível a um Tribunal formado por juízes togados reexaminar o mérito da decisão proferida pelos jurados, estar-se-ia suprimindo do Júri a competência para o julgamento de tais delitos."

E continua:

"Aos jurados compete decidir sobre a existência do crime e autoria delitiva, bem como em relação à presença de qualificadoras, causas de aumento e de diminuição de pena. Portanto, somente com relação à decisão de tais questões é que se pode falar em soberania dos veredictos."

Com efeito, a submissão a novo julgamento pelo Tribunal do Júri decorre da harmonia exegética entre os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição e da soberania dos veredictos, pois:

"A soberania dos veredictos não é um princípio intangível que não admita relativização. A decisão do Conselho de Sentença quando manifestamente divorciada do contexto probatório dos autos resulta arbitrariedade que deve ser sanada pelo juízo recursal, nos termos do art. 593, III, alínea d, do Código de Processo Penal." (RFC 107250/SP, 1ª Turma, Min. Rosa Weber, j. 03/04/12).

A propósito, frisem-se os escólios de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*in* Curso de direito constitucional. 2. ed. Saraiva, 2008. p. 580):

"Outros, como Frederico Marques, sustentam que o conceito de soberania do veredicto há de ser compreendido no contexto dogmático-processual, segundo o qual a decisão sobre a procedência ou improcedência da acusação nos crimes dolosos há de ser tomada exclusivamente pelo Tribunal do Júri, ou, ainda, que a decisão adotada pelos jurados não poderá ser substituída por outra, tomada por outro órgão judicial. Na mesma linha, anotam Marrey, Silva Franco e Stoco que soberania não se confunde com onipotência, o que justificaria a realização de novo júri em caso de evidente decisão contra a prova dos autos. É, igualmente, a orientação perfilhada por Mauro Viveiros.

No que concerne à soberania dos veredictos, tem o Supremo Tribunal entendido que não afronta esse princípio a determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 1322/1323

> *do Júri, e, razão de contrariedade à prova dos autos, ainda que o anterior tenha resultado na absolvição do réu. Ressalta-se que a decisão do Tribunal, determinando a submissão a novo júri, não vincula o Tribunal do Júri a proferir uma decisão condenatória, o que seria plenamente compatível com a ideia de soberania do veredicto. Ademais, nos termos da própria Constituição, enfatiza o Tribunal, a soberania do veredicto há de se manifestar na forma da lei."*

Ocorre que, em razão da excepcionalidade da medida amparada no art. 593, III, 'd', da Lei Adjetiva Penal, imprescindível, para anulação do julgamento Popular, a caracterização de irremediável contrariedade à prova dos autos.

À evidência, em explicação acerca da inconteste discrepância da decisão do Júri com o conjunto probatório reunido nos autos, Edílson Mougenot Bonfim explica (*in* Código de processo penal anotado. Saraiva, 2007. p. 851):

> *"Para que seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão deve ser arbitrária, destituída de qualquer apoio nos elementos probatórios carreados no processo, não encontrando fundamento em nenhum elemento de convicção trazido durante a instrução. Cuida-se de verdadeiro error in judicando, golpeando o mérito da causa."*

In casu, observa-se que a condenação do apelante quanto aos crimes de homicídio qualificado e homicídio qualificado tentado encontra respaldo probatório conforme depoimentos e documentos acostados aos autos.

Com efeito, na fase inquisitiva, Gleice Freitas Florenciano, discorreu que sua mãe, a vítima Lucilene Freitas Florenciano, e Salvador passaram a tarde toda ingerindo bebida alcoólica na casa deste.

Narrou que por volta das 19h Lucilene quis ir embora do local, mas Salvador ficava impedindo sua saída, dizendo que ela não ia para casa e sim "atrás de outro macho".

Continuou que ela, seu irmão Bruno e sua mãe, conseguiram sair da casa de Salvador e se dirigiram para a residência da outra vítima, Joaquim Ramos da Silva, onde ficaram conversando. Ato contínuo, Salvador chegou ao local, aparentemente embriagado e com um machete em mãos, e começou a bater em sua mãe com tal objeto, vindo a empreender fuga logo após.

Acrescentou que não viu o momento em que Salvador golpeou Joaquim, mas que visualizou seu irmão quebrando uma garrafa nas costas do acusado na tentativa de ajudar a mãe. (f. 29)

Bruno Freitas Florenciano, filho da vítima, relatou que estava na companhia de sua irmã e de sua mãe na casa de Salvador, e que ao tentarem ir embora, este os impediu, bem como que sua mãe ouviu Salvador dizendo a amigo de prenome Roberto, na língua guarani, que ia matá-la.

Explanou que conseguiram deixar o local e foram até a casa de Joaquim, sendo que quando saiu para levar sua bicicleta para casa, encontrou com Salvador, visivelmente alterado, que perguntou onde estava sua mãe, pois eles precisavam conversar, ao que respondeu que ela estava na casa de Joaquim, o acompanhando até o local.

Contou que assim que chegaram na casa de Joaquim, Salvador foi em direção a Lucilene e começou a bater na cabeça dela com tapas e, em seguida, agrediu Joaquim. Após golpear Joaquim, Salvador novamente se voltou contra Lucilene, e passou a golpeá-la com o machete.

Confirmou que pegou uma garrafa que estava no chão e a quebrou nas costas de Salvador, mas foi derrubado ao chão pelo acusado. (f. 27)

Em juízo, confirmou suas declarações iniciais, esclarecendo que Salvador constantemente agredia sua mãe e a ameaçava de morte, caso ela o deixasse, destacando que o crime ocorreu por conta de ciúmes, pelo fato do acusado não ter aceitado a recente separação.

Aduziu, ademais, que viu o momento em que Salvador golpeou Joaquim na barriga, tendo este conseguido fugir, assim como os golpes investidos contra sua mãe, que gritava por socorro. (áudio – f. 280-281).

A testemunha Wanderly Pires Ribas, sob o crivo do contraditório, expos que Bruno e Gleice, filhos da vítima, chegaram correndo em sua casa dizendo que Salvador estava matando a mãe, momento em que saiu para verificar o ocorrido.

Chegando ao local, não mais encontrou Salvador, sendo que Lucilene ainda estava viva e pediu para chamar seu pai, vindo a óbito momentos depois. (áudio – f. 554)

Os Policiais Militares que atenderam à ocorrência, Agenor Mariani, Erick dos Santos Ossuna e Mário C. Meireles, foram uníssonos ao afirmar que ao chegarem à casa de Joaquim, os populares que ali se encontravam disseram que o crime havia sido cometido por Salvador, ex-esposo da vítima Lucilene.

Além disso, o Policial Militar Agenor Mariani, destacou em sua oitiva que, ao iniciar a diligência em busca do réu, acabou por encontrar a segunda vítima, Joaquim, caída alguns metros depois de sua casa, ocasião em que este, lúcido e consciente, lhe disse que tinha sido esfaqueado por Salvador. (áudio – f. 280-281 e 554)

O pai de Lucilene, Sr. Braz Florenciano, afirmou em audiência, que a neta chegou em sua casa falando que Salvador estava matando sua mãe e que, então, foi até o local indicado, mas não encontrou com o acusado, que já havia evadido.

Disse, ademais, que Salvador ameaçava sempre sua filha, e que não aceitava o término do relacionamento. (áudio – f. 280-281)

De outro vértice, as testemunhas de defesa ouvidas cingiram-se a atestar um bom convívio com o réu e que não acreditam que ele praticaria os fatos relacionados na acusação, não fornecendo maiores informes que pudessem contribuir para a elucidação do caso.

Como se vê, ao contrário do que se apontou no recurso, não há provas seguras capazes de infirmar as produzidas no caderno processual.

Verifica-se, portanto, que Salvador, movido por ciúmes, ceifou a vida de sua ex-esposa e desferiu golpes de machete em Joaquim, somente não consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade, emergindo nítido o motivo fútil que o levou a praticar o crime.

De igual modo, plenamente demonstrada a consumação do delito mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, pois as atacou de opino, enquanto estavam em casa conversando.

A corroborar tal conclusão, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci[2] leciona que:

> *"(...) quando o agente aborda o ofendido de maneira inesperada, gera um contexto próprio para a aplicação desta qualificadora, pois a defesa é dificultada ou até mesmo impossível. A surpresa é normalmente aquilo que é imprevisível. Formas disso são a traição (investida do agente por trás da vítima, que nem mesmo vê o algoz), a emboscada (ficar à espreita, aguardando a passagem inocente da vítima) e a dissimulação (apresentar-se pela frente da vítima, mas ocultando sua verdadeira intenção e simulando gestos opostos à agressão iminente)."*

2 **Manual de direito penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 618.

Plenamente demonstrado, assim, que a decisão proferida em plenário se encontra amparada por elementos de convicção aptos a conduzir à condenação e à configuração das qualificadoras.

Ademais, como se denota das f. 548-550, a questão foi debatida e respondida pelos jurados durante os trâmites de praxe, verificando-se opção por uma versão realçada nos autos.

Assim, ante a impossibilidade de reanálise do mérito da questão, bem como pela constatação de ressonância entre a condenação e o conjunto probatório produzido, não há que se falar em anulação do julgamento.

Colaciono, nessa linha, arestos emanados deste Sodalício:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – CONSELHO DE SENTENÇA QUE ACOLHE UMA DAS TESES DISCUTIDAS – SOBERANIA DOS VEREDITOS (ART. 5º, XXXVIII, "c", DA CARTA MAGNA – REDUÇÃO DA PENA – CIRCUNSTÂNCIAS ADEQUADAMENTE SOPESADAS – VILIPÊNDIO E OCULTAÇÃO A CADÁVER – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – REJEIÇÃO – DESPROVIMENTO. I - Em homenagem ao princípio constitucional da soberania dos vereditos (CF, art. 5º, XXXVIII, "c"), para possibilitar a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri pela alegação de ter sido contrário à prova dos autos exige-se demonstração clara e precisa de que o veredito do Conselho de Sentença tenha sido manifestamente contrário às provas dos autos, completamente dissociada das provas, escandalosa e arbitrária, o que não ocorre com aquela que optou por uma das versões apresentadas e discutidas diante dos juízes de fato na sessão de julgamento. II - Presente nos autos versão no sentido de que o apelante agiu motivado por ciúme, e tendo os jurados considerado que tal sentimento caracteriza motivo fútil em resposta a quesito específico, impossível acolher a tese de julgamento contrário à prova dos autos. III - Extraindo-se da prova elementos suficientes no sentido de que o apelante asfixiou a vítima até que ela perdesse os sentidos para então desferir-lhe os golpes fatais, possível o reconhecimento da qualificadora do emprego de meio cruel. IV - Mantém-se a pena-base acima do mínimo legal em razão da correta fundamentação que considerou desfavoráveis as moduladoras das circunstâncias, motivos e consequências do crime. V - Impossível a aplicação do princípio da consunção quando a prova demonstra a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência ou subordinação, já que o agente praticou condutas distintas e com propósitos diversos. VI – Com o parecer. Recurso desprovido."* (TJMS. Apelação nº 0100535-59.2012.8.12.0016, Mundo Novo, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 23/03/2017, p: 24/03/2017)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO – PEDIDO DE NULIDADE DO JULGAMENTO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO QUE ESTÁ ASSENTADA NO VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – LICITUDE DA INCIDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS – SENTENÇA MANTIDA – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS – DESPROVIDO, COM O PARECER. Não há falar em decisão contrária à prova dos autos se os elementos de convicção coligidos durante a fase de instrução processual são suficientes para fundamentar a conclusão do corpo de jurados. Nesse aspecto, havendo suporte probatório não só quanto à autoria e materialidade delitivas, mas também quanto à presença das qualificadoras do motivo fútil, do recurso que dificultou a defesa da vítima e da paga/promessa de recompensa, a decisão do Tribunal do Júri deve ser prestigiada, em observância ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, consagrado pelo art. 5º, XXXVIII, "c" da CF."* (TJMS. Apelação nº 0003427-65.2005.8.12.0019, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 23/02/2017, p: 16/03/2017)

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

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, 5 de dezembro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0002019-89.2016.8.12.0007 – Cassilândia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA ACUSAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – CONVERSAS POR APLICATIVO DE MENSAGENS – LEGALIDADE DA PROVA OBTIDA – TELEFONE CELULAR DE TERCEIRO – PROVAS INSUFICIENTES À CONDENAÇÃO – SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, CONTRA O PARECER.

A inviolabilidade assegurada no art. 5º, XII, da CF não se trata de garantia absoluta, sendo válida a prova obtida a partir de celular de terceira pessoa que conversava com o acusado, pois não se está diante de quebra de sigilo em aparelho do investigado, mas, sim, de perícia no telefone móvel de adolescente, entregue à autoridade policial por meio da genitora, pelo que não há falar em sigilo a ser protegido, na medida em que o acesso às conversas armazenadas em aplicativos de mensagens foi concedido por pessoa detentora do direito em questão, além do que deve-se entender que a exegese da confidencialidade relativa garantida pela cláusula constitucional atinge apenas a comunicação telefônica e de dados, o que não significa sigilo dos dados em si, assim entendidos como depósito registral, tanto que, juridicamente, são figuras distintas, diferentemente protegidas pelo legislador constituinte originário.

À míngua de provas para amparar decreto condenatório, a improcedência da pretensão punitiva é medida que se impõe, pois uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada, sempre, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos.

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, conheceram e negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2019.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia, que julgou improcedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo, por insuficiência de provas (art. 386, VII, do CPP), D. M. de A. do crime de tráfico de drogas que se lhe imputava.

Defende a licitude de prova obtida através de telefone celular de terceira pessoa que espontaneamente dispõe acesso ao aparelho que lhe pertence, pois em tal situação prescindível a autorização judicial.

Sustenta ser devida a condenação do acusado pelo crime descrito no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, pois as provas carreadas aos autos conduzem a tal desfecho.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignação recursal em que o Ministério Público Estadual busca a reforma da sentença absolutória (art. 386, VII, do CPP) em relação ao denunciado D. M. de A., postulando a condenação pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

Argumenta ser lícita prova colhida de celular de terceira pessoa que autoriza acesso ao seu aparelho e, portanto, é devida a condenação do acusado pela conduta imputada, pois as provas carreadas aos autos conduzem a tal desfecho.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão recursal em tela não comporta guarida, porquanto, consoante emerge dos elementos de convicção reunidos, o caso versando não comporta decreto condenatório.

A denúncia está assim delineada:

> *"(...) No dia 13 de julho de 2016, por volta de 17h05min, na Rua S. L., centro, nesta cidade, D. M. de A., já qualificado, vendeu, expôs a venda, entregou a consumo ou forneceu drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.*
>
> *Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, D. M. de A. associou-se com a menor J. F. B. para o fim de praticarem, reiteradamente, o tráfico de substância entorpecente nesta comarca.*
>
> *Após diversas ligações anônimas informando acerca do tráfico de drogas realizado pelo denunciado nesta cidade, a polícia civil, em investigações, apurou que D. M. de A. realizava o tráfico de drogas e para tanto envolvia a menor J. F. B., bem como lhe fornecia substância entorpecente rotineiramente.*
>
> *No dia dos fatos, realizado serviço de campana, os policiais abordaram a menor J. F. B., quando então localizaram no interior de sua bolsa um invólucro contendo 3,8 gramas de substância análoga à maconha, conforme Laudo Toxicológico de f. 40-43.*
>
> *J. F. B., em declarações (f. 06), esclareceu que a droga apreendida foi adquirida com o denunciado e que realizou por diversas vezes intermediações das drogas fornecidas pelo mesmo aos seus amigos, sendo que "os fatos se davam da seguinte forma: os amigos da declarante entregavam dinheiro a esta para que ela fosse comprar droga, momento em que a declarante se dirigia até D. M. A. que lhe fornecia a droga, mediante pagamento". Informa, também, que o denunciado lhe fornecia entorpecentes para consumo pessoal, bem como informou, ainda, que regularmente utiliza o aplicativo "WhatsApp" de seu celular para realizar a venda de substância entorpecente para o denunciado.*
>
> *No aparelho celular da menor foram constatadas diversas ligações e mensagens do denunciado no dia da apreensão, bem como as negociações de entorpecentes realizadas pelo mesmo, conforme laudo pericial de f. 23-34. (...)"*

O juízo de primeiro grau julgou improcedente a pretensão punitiva estatal, à fundamentação da ilegalidade de prova obtida de aplicativo de mensagens sem autorização judicial e, ademais, da insuficiência probatória a demonstrar que o acusado praticava traficância.

Inicialmente, necessário consignar que, de fato, embora o acesso ao aplicativo *whatsApp* no aparelho celular tenha sido realizado sem autorização judicial, as provas ali obtidas não são ilícitas.

Isso porque o exame pericial em questão foi realizado no aparelho de telefonia móvel de terceira pessoa, a qual, nestes autos, sequer figura como acusada, logo, não há invasão em dados do investigado ora réu.

Não se descura que o art. 5º, XII, da *Lex Fundamentalis* assegura a inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações telefônicas, a qual, por não se tratar de garantia absoluta, pode ser afastada, mediante ordem judicial fundamentada, para fins de investigação criminal, nos termos da Lei nº 9.296/96.

Entrementes, no caso concreto, o telefone de onde se extraíram as provas pertencia à adolescente J. F. B., que teria utilizado o aplicativo *WhatsApp* para se comunicar com o réu.

Portanto, não se está diante de quebra de sigilo em aparelho celular do réu, mas, sim, de perícia no telefone móvel de adolescente, o qual foi entregue à autoridade policial por meio da genitora.

Sobre o assunto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – INÉPCIA DA DENÚNCIA – ART. 41, DO CPP – INOBSERVÂNCIA – DADOS E DE CONVERSAS REGISTRADAS NO WHATSAPP – EXTRAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. A denúncia não descreve a conduta do recorrente quanto à imputação de porte ilegal de arma de fogo, não sendo possível identificar como teria ele contribuído para a consecução desse delito.*
>
> *2. Não há ilegalidade na perícia de aparelho de telefonia celular pela polícia na hipótese em que seu proprietário - a vítima - foi morto, tendo o referido telefone sido entregue à autoridade policial por sua esposa, interessada no esclarecimento dos fatos que o detinha, pois não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito.*
>
> *3. Recurso parcialmente provido, apenas para trancar a ação penal em relação ao recorrente, quanto à imputação concernente ao crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja oferecida."* (RHC 86.076/MT, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 12/12/2017).

Outrossim, segundo orientação jurisprudencial das Cortes de Superposição, deve-se entender que a exegese da confidencialidade relativa garantida pela cláusula constitucional atinge apenas a comunicação telefônica e de dados, o que não significa sigilo dos dados em si, assim entendidos como depósito registral; isso porque, juridicamente, trata-se de figuras distintas, as quais, inclusive, foram diferentemente protegidas pelo legislador constituinte originário.

Acerca do tema, oportuno consignar o seguinte escólio doutrinário:

> *"Para o STF, ademais, o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da CF refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos. A apreensão de um computador, para dele se extraírem informações gravadas no hard disk, por exemplo, não constitui hipótese abrangida pelo âmbito normativo daquela garantia constitucional."* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *In* Curso de direito constitucional. 2. ed. Saraiva, 2008. p. 392).

Confira-se, ainda, aresto emanado da Excelsa Corte:

> *"HABEAS CORPUS – NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS – VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS – ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação –- não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corréu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilicitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada."* (HC 91867, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, acórdão eletrônico Dje-185 divulg 19-09-2012 public 20-09-2012).

Além do mais, é cediço que *"a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas"*[1], máxime em situação como a constatada neste encadernado, *"que revela a imprescindibilidade para a instrução processual da verificação da existência de contato telefônico entre o réu e a vítima, até mesmo, para eventual descoberta de outras pessoas envolvidas nos crimes perpetrados"*[2].

Então, observa-se panorama que de forma alguma redunda em contaminação de provas, seja originária ou as daí derivadas.

Contudo, a despeito da legalidade da prova em questão, certo é que a absolvição deve ser mantida, justamente porque o acervo probante, inclusive a própria perícia descartada pela sentenciante, não são o bastante para demonstrar a autoria e materialidade dirigidas ao acusado D. M. A. e, de consequência, impor a condenação postulada pelo *Parquet.*

Com efeito, o Laudo Pericial nº 9065, referente ao controvertido exame em aparelho de telefonia celular, aponta diversos contatos salvos na agenda telefônica de J. F. B., bem assim inúmeras chamadas.

Inclui-se entre os contatos um denominado "Testa", terminal nº 981400445 (f. 38), para o qual a adolescente efetuou (f. 41-42) e recebeu chamadas (f. 51), havendo, ainda, ligações perdidas (f. 50).

No mais, o laudo colaciona seis *prints* de telas do aparelho celular, que demonstra poucas mensagens SMS, trocadas apenas entre J. F. B. e o contato "Testa" (f. 52). Embora certos trechos sejam inelegíveis, possível inferir que as conversas não evidenciam o desenvolvimento da traficância em consonância com a forma que se imputa, a não ser diálogo relativo a consumo de entorpecente pelos interlocutores.

Conforme investigações e denúncia, referido "Testa" seria o réu D. M. A., o qual se utilizava da adolescente J. F. B. para, por meio do aplicativo *WhatsApp*, comercializar entorpecentes para diversos outros menores de idade. No entanto, isso não se comprova pelo exame pericial enfocado.

É que no próprio laudo restou consignado (f. 52-53):

> *"1.7 Do WhatsApp*
>
> *As mensagens não puderam ser extraídas dos aplicativo, pois o mesmo encontrava-se com a versão obsoleta instalada, na data da perícia."*

Sobre esse aspecto, aliás, os policiais responsáveis pelas diligências investigativas, Ângelo Flávio Malheiros Rodrigues e Omar Isidoro da Silva, em audiência (f. 211 e 269), afirmaram que, por problemas aparentemente técnicos, não foi possível ter acesso ou extrair os dados do aplicativo *WhatsApp.*

Assim, conquanto na persecução a linha investigativa tenha se baseado no desenvolvimento de tráfico por supostas trocas de mensagens através do *whatsapp* entre o réu D. M. A. com J. F. B., e dessa com outros usuários, a esse respeito nada se comprovou.

Inclusive, sequer há mensagens SMS ou ligações dirigidas a eventuais usuários, tampouco pode-se atribuir as ligações à comercialização de drogas, nem afirmar que são dirigidas a terminal que supostamente seria do acusado.

Enfim, está-se no terreno das incertezas, das presunções, das afirmações sem a devida comprovação, imputadas com esteio apenas em indícios de que houve fornecimento e comercialização de maconha.

A propósito, a materialidade concernente à droga apreendida com a adolescente J. F. B. – importante frisar: 3,8 gramas de maconha – corrobora tratar-se de usuária, mas não há vínculo firme e certo, confirmado

1 (HC 70814, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994).

2 (RHC 78.439/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 04/05/17, DJe 10/05/17).

sob o crivo do contraditório, de que o entorpecente em questão foi fornecido pelo réu com a finalidade de que a menor de idade procede à comercialização com outros usuários.

Oportuno enfatizar que cinco supostos usuários que teriam comprado drogas da adolescente J. F. B. foram ouvidos sob o crivo do contraditório (Wilker, Rafael, Franthesco, Murilo, Higor), e eles, todavia, disseram não conhecer o réu D. M. A., mencionaram não ter adquirido entorpecente de J. F. B., relataram a conhecer da escola e, assim, consumiam maconha juntos.

J. F. B., por sua vez, em confusa declaração prestada em juízo, foi enfática ao dizer que nunca comprou ou pegou droga de D. M. A., que era usuária, que pegou uma pequena porção de 100 gramas de maconha com Tiago de Chapadão do Sul para consumir, sendo sobre esse entorpecente que, por vezes, conversou por mensagens com outras pessoas.

Assim, os elementos informativos colhidos em juízo, que indicariam *modus operandi* de tráfico de drogas desenvolvido pela adolescente com o acusado, não foram corroborados pelas provas judiciais.

Acresça-se que, embora os investigadores de polícia tenham sido enfáticos em dizer que o réu se valia da adolescente para traficar e que ela se utilizava do celular para comercializar entorpecente com usuários, não souberem esclarecer como tal se desenvolvia.

Tanto que, indagado, o policial Omar não soube dizer se as mensagens para comercialização da droga ocorriam de J. F. B. com os usuários, ou ainda se D. M. A, que não teria aparelho de telefone, salvava contatos no celular da adolescente e comunicava-se diretamente pelo telefone dela com outros usuários.

Ora, menciona-se no encadernado que o réu seria alvo de várias investigações, enumera-se diversas diligências e, ainda assim, não foi possível alinhavar a forma que se engendrava a narcotraficância.

Aliás, insta salientar que as investigações ora apontam que o réu não tinha telefone e, por isso, usava o celular da adolescente, mas, ao mesmo tempo, imputam o número de terminal do laudo pericial ao acusado.

Alfim, sequer é possível cotejar os elementos para atestar se D. M. de A. é o "Testa" que consta salvo no telefone de J. F. B., na medida em que, além de o acusado não ter sido ouvido em nenhuma das etapas da persecução penal, há relatos policiais que apontam no sentido de que ele não tinha celular.

Como cediço, não se olvida da validade probante dos elementos angariados no inquisitório investigativo, desde que, contudo, sejam valorados e confirmados pelo acervo probatório submetido ao crivo do contraditório.

Ocorre que, no caso, nada de concreto se tem a respeito do crime de tráfico imputado ao réu, tanto é que, na sentença, anotou-se (f. 417):

> *"O que resta, então, é o fato de que a menor foi abordada ela polícia na posse de 3,8 gramas de maconha, tendo ela dito, na delegacia, que comprou referida droga do denunciado.*
>
> *Em juízo, J. F. B. mudou de versão, dizendo não ter adquirido a droga do réu, mas, sim, de uma pessoa chamada "Thiago", de Chapadão do Sul/MS, sendo que disse isso à polícia na ocasião de sua abordagem, mas não quiseram colocar o nome de Thiago em seu depoimento na Delegacia.*
>
> *Sendo assim, das provas dos autos não se chega a uma conclusão segura quanto à prática de tráfico de drogas por parte do denunciado, já que não foi encontrada qualquer droga em poder do réu e nem mesmo há testemunha presencial quanto à entrega da droga pelo réu à menor J. F. B., tendo esta, em juízo, negado ter adquirido o entorpecente com o réu.*
>
> *As demais testemunhas ouvidas em juízo, apesar de confirmarem o consumo de drogas em conjunto com a menor J. F. B., não souberam dizer quem fornecia a droga à J. F. B., apenas confirmaram que era ela quem possuía a droga que era compartilhada entre o grupo de amigos dela."*

Enfim, as provas colhidas sob o contraditório não corroboram os elementos colhidos na etapa inquisitiva, o que, dessarte, não dá suporte necessário à condenação, pelo contrário, fazem emergir dúvida significativa quanto à autoria e materialidade delitivas imputadas ao denunciado.

E, à míngua de provas imprescindíveis ao decreto condenatório, aliando-se que o acervo sustenta, de fato, a versão voltada à absolvição, a sentença deve ser mantida.

Nesse panorama, descabe a condenação, mormente considerando que em casos desse porte, existindo dúvidas, ainda que ínfimas, vige o *in dubio pro reo*. Uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada, sempre, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos.

E a tanto igualmente não servem conjecturas, ilações, posto que uma condenação não pode estar alicerçada no solo movediço do possível ou do provável, mas apenas no terreno firme da certeza. (RT 529/367).

Não passam despercebidos alguns elementos angariados na fase inicial, entretanto, como cediço, incabível decreto condenatório lastreado unicamente na possibilidade de ter o apelado praticado tráfico, não havendo provas concretas aptas a embasar a sua condenação.

Confira-se, a propósito, excerto do voto proferido pelo Des. Geraldo de Almeida Santiago, no julgamento da Ap. Criminal nº 0000972-63.2014.8.12.0003:

> *"O conjunto probatório, é de se ver, demonstra um cenário duvidoso e incerto acerca da autoria do furto descrito na denúncia, devendo militar em favor do apelante a presunção de inocência. Isto porque a condenação, no Direito Penal, deve ser lastreada em juízo de certeza, de modo que conjecturas, dúvidas e contradições no caderno probatório têm o condão de afastar o decreto condenatório, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo."* (TJMS. Apelação nº 0000972-63.2014.8.12.0003, Bela Vista, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 06/06/2017, p: 07/06/2017).

Aliás, nessa esteira o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, ao destacar que o "*juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*".

Em comentários ao referido dispositivo, destacam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer[3] :

> *"É impensável, por exemplo, que o juiz criminal de utilize de critérios meramente formais para construir a certeza no seu julgamento, como é o caso de art. 341, CPC/2015 (art. 302, CPC/1973), que autoriza o juiz cível a reputar verdadeiros os fatos não impugnados na contestação. Reputar verdadeiros os fatos é renunciar a qualquer esforço na construção do convencimento judicial. Um modelo garantista de processo penal exige amplo conhecimento quanto aos fatos e quanto ao direito aplicável. O juiz criminal não pode se reduzir ao poder de sua autoridade. Suas decisões devem ser fruto de saber, conhecimento, e não de simples manifestação do poder/autoridade de decidir. Daí falar-se em verdade material no âmbito do processo penal, ou seja, a verdade – ou certeza, como preferimos -, deve vir fundamentada em prova materializada nos autos."*

Não se olvide que compete ao Estado, titular da ação penal, a prova dos fatos narrados na peça vestibular, sem a qual mostra-se de rigor a absolvição do acusado.

Logo, ante a ausência de provas suficientes para a condenação, já que não se pode confirmar como se desenvolvia o tráfico de drogas imputado, não há outra alternativa senão a absolvição do acusado-recorrido.

Por fim, acerca do prequestionamento, o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

3 **Comentários do código de processo penal e sua jurisprudência**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 324/325.

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, contra o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram e negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

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, 5 de dezembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Habeas Corpus Criminal nº 1411404-92.2019.8.12.0000 – Água Clara

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FRAUDE À LICITAÇÃO, PECULATO-DESVIO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE CAPITAIS – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – ALEGADO EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – INOCORRÊNCIA – PARTICULARIDADES EXISTENTES NO FEITO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – MEDIDA CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – NÃO RECOMENDAÇÃO – ALMEJADA SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR POR PRISÃO PREVENTIVA – PACIENTE PORTADOR DE HIPERTENSÃO ARTERIAL E DIABETES – ART. 318, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA MÉDICA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – PRISÃO MANTIDA – ORDEM DENEGADA.

A aferição do excesso de prazo reclama a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Tal verificação, contudo, não se realiza de forma puramente matemática. Reclama, ao contrário, um juízo de razoabilidade, no qual devem ser sopesados não só o tempo da prisão provisória, mas também as peculiaridades da causa, sua complexidade, bem como quaisquer fatores que possam influir na tramitação da ação penal. Assim, se a ação penal - ainda que complexa, envolvendo seis réus e diversos crimes, tendo sido arroladas várias testemunhas, tanto pelo ministério público, quanto pelas defesas dos acusados, algumas delas residentes fora do distrito da culpa e em outros Estados da Federação - está tramitando de forma regular, não havendo desídia ou descaso do juízo natural da causa na condução do processo, refuta-se a alegação de excesso de prazo.

O fato de o paciente reunir condições pessoais favoráveis, por si só, não lhe garante a benesse da liberdade provisória, ainda mais quando há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da sua custódia preventiva.

Demonstrada, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 12.403/2011.

A substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o segregado esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença, aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra. Assim, se o paciente, portador de hipertensão arterial e diabetes comprovadas por laudo pericial, não logrou êxito em comprovar a impossibilidade de receber o tratamento que necessita no âmbito do estabelecimento prisional, ônus que lhe competia, não há como colocá-lo em regime domiciliar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, denegar a ordem, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O advogado Emerson Pereira de Carvalho impetrou a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Valdeir Pedro de Carvalho, apontando como autoridade impetrada o juiz de direito da vara única da Comarca de Água Clara.

Alegou que o paciente foi preso preventivamente no dia 16 de abril pela suposta prática dos crimes tipificados no art. 90 da Lei nº 8.666/93 (fraude em licitação), por seis vezes - na forma do art. 71 do CP; art. 312 do CP (peculato-desvio), por 26 vezes, c/c art. 327, § 2º, CP - na forma do art. 71, do CP; art. 299, parágrafo único, do CP (falsidade ideológica), e, art. 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), por 46 vezes, todos na forma continuada e em concurso material.

Argumentou que, devido a um erro na decisão que recebeu a denúncia e determinou a citação dos acusados para apresentarem resposta à acusação no prazo de 10 dias, a juíza reconheceu a nulidade da decisão para o fim de aplicar o procedimento específico para os crimes cometidos por funcionários públicos, determinando a notificação dos acusados para apresentarem defesa preliminar, nos moldes do art. 513 do CPP.

Sustentou que em razão do equívoco da magistrada, a determinação de procedimento diverso retardou o processo criminal, gerando excesso de prazo na formação da culpa, porquanto perfaz mais de 100 dias que o paciente encontra-se preso preventivamente, não havendo sequer perspectiva de audiência.

Pontuou que o paciente reúne condições pessoais favoráveis, já que é primário, de bons antecedentes, sendo pessoa idosa contando com 61 anos de idade, reside em Água Clara há mais de 25 anos, possui família constituída – esposa, quatro filhos e doze netos –, e sempre exerceu trabalho lícito, exercendo serviços no município na atividade de superintendente de manutenção de veículos e motores.

Mencionou ser cabível a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319 do CPP, em razão dos predicados pessoais do paciente, bem como ser possível a prisão domiciliar.

Requereu, assim, o deferimento da medida liminar, para conceder ao paciente o benefício de aguardar em liberdade o desenrolar do processo, uma vez que há excesso de prazo para formação da culpa, mediante imposição de medidas cautelares diversas da prisão, com a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, ou a conversão da sua prisão preventiva por prisão domiciliar, devido o seu estado de saúde. No mérito, pediu a concessão definitiva da ordem, para tornar definitivos os efeitos da liminar.

A liminar foi indeferida (f. 221-224), tendo sido solicitadas as informações da autoridade impetrada.

As informações foram anexadas aos autos (f. 239-240).

A procuradoria-geral de justiça opinou pela denegação da ordem (f. 244-258).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Infere-se dos autos que o paciente foi preso preventivamente no dia 16 de abril pela suposta prática dos crimes tipificados no art. 90 da Lei nº 8.666/93 (fraude em licitação), por seis vezes - na forma do art. 71 do CP; art. 312 do CP (peculato-adesivo), por 26 vezes, c/c art. 327, § 2º, CP - na forma do art. 71, do CP; art. 299, parágrafo único, do CP (falsidade ideológica), e, art. 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), por 46 vezes, todos na forma continuada e em concurso material.

Constou da denúncia - Autos nº 0900008-28.2019.8.12.0049 - que entre os anos de 2007 e 2012, em dias e horários diversos, sobretudo no âmbito da Câmara Municipal de Água Clara, ciente da ilicitude

e da reprovabilidade de sua conduta, de forma continuada, o paciente frustrou e fraudou, por 6 (seis) vezes, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Narrou, ainda, ainda, que entre os anos de 2007 e 2013, na cidade de Água Clara/MS, o paciente e os demais réus, em concurso de pessoas e unidade de desígnios, por meio de várias ações distintas, de forma continuada, desviaram em proveito próprio e de outrem, a quantia de R$ 279.336,00 (duzentos e setenta e nove mil, trezentos e trinta e seis reais), em valores sem atualização, da Câmara de Vereadores de Água Clara.

Descreveu também que, entre os anos de 2009 e 2012, na cidade de Água Clara/MS, o ora paciente Valdeir Pedro de Carvalho e os denunciados Marcele Gonçalves Antonio e Walter Antonio, em concurso de pessoas e unidade de desígnios, por meio de emissão de notas fiscais fictícias e ordem de pagamento por serviços não prestados, fizeram inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, consistente em prestação de serviços de assessoria contábil na Câmara de Vereadores de Água Clara.

Por fim, restou apurado que entre os anos de 2009 e 2013, em Água Clara/MS, em concurso de pessoas e unidade de desígnios, Valdeir Pedro de Carvalho, juntamente com Vicente Amaro de Souza Neto, Saylon Cristiano de Moraes, Walter Antônio e Marcele Gonçalves Antônio, ocultaram e dissimularam a disposição dos valores provenientes do crime de peculato e fraude em licitação.

O impetrante manejou o presente *habeas corpus* visando obter a liberdade provisória do paciente Valdeir Pedro de Carvalho por excesso de prazo na formação da culpa, alegando que a demora teria sido ocasionada pela juíza que, devido a um erro na decisão que recebeu a denúncia, determinou a nulidade da decisão para o fim de aplicar o procedimento específico para os crimes cometidos por funcionários públicos, estando o paciente segregado há mais de 100 dias sem perspectiva da realização de audiência.

Cumpre registrar que os prazos processuais previstos na legislação pátria devem ser computados de maneira global e o reconhecimento do excesso deve-se pautar sempre pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LXXVIII, da CF), considerando cada caso e suas particularidades.

Consoante o entendimento do STJ,

> *"(...) O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais.* (Precedentes do STF e do STJ)" (RHC nº 58.274/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 17/9/2015).

Assim, somente se cogita da existência de constrangimento ilegal por excesso de prazo quando este for motivado por descaso injustificado do juízo, o que não se verifica na presente hipótese.

No presente caso, conforme se infere da Ação Penal nº 0900008-28.2019.8.12.0049, o Ministério Público Estadual, em 29/04/2019, denunciou Valdeir Pedro de Carvalho, juntamente com os demais acusados, Vicente Amaro de Souza Neto, Walter Antônio, Saylon Cristiano de Moraes, Marcele Gonçalves Antônio e Milena Lima Dias Ottoni de Souza, pela suposta prática dos crimes de fraude em licitação, peculato-desvio, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro.

A denúncia foi recebida em 06/05/2019 e o paciente devidamente citado em 06/06/201919, apresentou resposta à acusação no dia 17/06/2019.

Os demais réus, também citados, apresentaram suas defesas, arguindo a preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau, vez que a autoridade coatora não teria adotado o procedimento específico dos crimes cometidos por funcionários públicos.

Acatando a irresignação defensiva, a juíza reconheceu a nulidade da decisão, e determinou a notificação dos acusados para apresentarem defesa preliminar, nos moldes do artigo 513 do CPP.

Assim, apesar do pequeno equívoco, percebe-se que a magistrada foi diligente e cautelosa ao prontamente sanar a irregularidade apontada, inclusive privilegiando os princípios constitucionais do devido processo legal e ampla defesa.

Por outro lado, cumpre destacar que a presente instrução criminal é evidentemente mais complexa, pois se trata de um suposto grupo criminoso, composto por vários agentes públicos e particulares, que possui dinâmica delitiva sofisticada, tanto que o feito já conta com mais de 2.100 laudas, instruído com diversas provas documentais.

Além disso, consoante informou a juíza, o feito aguarda a notificação de um dos acusados, cabendo ressaltar que houve necessidade de expedição de cartas precatórias para tal finalidade, o que, como visto, demanda tempo para seu cumprimento. Aliás, conforme exposto na decisão liminar (f. 223), trata-se de:

> *"(...) ação penal envolvendo seis réus e diversos crimes, tendo sido arroladas várias testemunhas, tanto pelo ministério público, quanto pelas defesas dos acusados, algumas delas residentes fora do distrito da culpa e em outros Estados da Federação (...)".*

Portanto, em que pesem aos argumentos apresentados pelo impetrante, verifica-se que o feito está tramitando de forma regular, sendo que o alegado "excesso de prazo" decorre de particularidades do próprio processo, não havendo desídia ou descaso do juízo natural da causa na condução do processo a ensejar a intervenção desta Corte.

Com efeito, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo frente ao regular impulso dos autos e, sobretudo, diante da complexidade da ação penal.

Outrossim, o impetrante ainda alegou que:

> *"(...) o paciente reúne condições pessoais favoráveis, já que é primário, de bons antecedentes, sendo pessoa idosa contando com 61 anos de idade, reside em Água Clara há mais de 25 anos, possui família constituída – esposa, quatro filhos e doze netos -, e sempre exerceu trabalho lícito, exercendo serviços no município na atividade de superintendente de manutenção de veículos e motores."*

Ocorre que é pacífico na jurisprudência deste Tribunal e das Cortes Superiores, que o simples fato de o paciente reunir condições pessoais favoráveis, por si só, não lhe garante a benesse da liberdade provisória, ainda mais quando há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da sua custódia preventiva.

Confira-se:

> *"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A prisão cautelar é medida excepcional, uma vez que, por meio dela, se priva o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. A segregação provisória do paciente restou fundamentada ao menos para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. 2. Foram apreendidos com o recorrente 200g de maconha, 82g de crack e 700g de solvente organoclorado, quantidade e diversidade que, aliadas às circunstâncias em que se deu o flagrante, justificam o encarceramento cautelar para garantia da ordem pública. 3. Circunstâncias pessoais favoráveis, por si sós, não impedem a decretação da prisão cautelar. (Precedentes.) 4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido"* (RHC 67.524/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 30/3/2016).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de serem inaplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art. 319 do CPP, quando a segregação encontra-se justificada para acautelar o meio social e garantir a ordem pública, como no presente caso diante da gravidade efetiva da conduta e da periculosidade concreta da paciente. Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA – SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO – MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE ESTADUAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS – CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO – COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA – WRIT NÃO CONHECIDO. (...). 2. Vedada a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância, da aventada desproporcionalidade da segregação processual, uma vez que a referida tese não foi analisada pelo Tribunal de origem no aresto combatido. 3. Não há constrangimento quando a manutenção da custódia preventiva está fundada no art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente na necessidade de se acautelar a ordem pública, diante das circunstâncias em que ocorrido o delito. 4. Caso em que a considerável quantidade e a natureza altamente deletéria do entorpecente apreendido (cocaína), são fatores suficientes a indicar a mercancia ilícita e a periculosidade concreta do paciente, demonstrando que a sua prisão preventiva encontra-se justificada e é realmente necessária para preservar a ordem pública e, consequentemente, acautelar o meio social. 5. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.* ***6. Incabível a aplicação de cautelares diversas quando a segregação encontra-se justificada para acautelar o meio social, diante da gravidade efetiva do delito.*** *7. Habeas corpus não conhecido"* (HC 507.690/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 2/8/2019). (grifei)

Por fim, o impetrante almejou a substituição da prisão cautelar do paciente por prisão domiciliar, *"uma vez demonstrado a necessidade de o paciente realizar seu tratamento médico, bem como de realizar exames e demais procedimentos que comportaria o caso clínico"*.

Uma vez mais, não há como acolher sua pretensão.

A prisão domiciliar, introduzida no Código Penal pela Lei nº 12.043/2011, veio para regular, por razões humanitárias, uma particular e excepcional situação para o cumprimento da prisão preventiva.

O artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal dispõe que *"poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: II - extremamente debilitado por motivo de doença grave"*.

No entanto, tal benesse não possui caráter objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar a adequação da medida ao clausulado, uma vez que lhe é garantida a assistência médica dentro do sistema prisional, sendo-lhe permitido deixar o estabelecimento quando necessitar de tratamento médico (art. 11, inciso II; art. 14, § 2º; e art. 120, inciso II, todos da Lei nº 7.210/84).

Portanto, para a concessão da prisão domiciliar, é imprescindível a demonstração da impossibilidade da prestação da assistência médica no estabelecimento prisional.

A propósito, trago à colação julgado do STJ:

> *"PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – ALEGAÇÃO DE ACOMETIMENTO DE DOENÇA GRAVE – PLEITO DE CUMPRIMENTO DE PENA EM PRISÃO DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 318 DO CÓDIGO DE*

PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício. II - ***O deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o réu esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença, aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra, o que não restou demonstrado nos autos (precedentes). III - Na hipótese vertente, a defesa não se desincumbiu dos ônus de demonstrar que o estabelecimento prisional, em que está custodiado o paciente, não esteja lhe oferecendo o tratamento adequado****. Habeas corpus não conhecido"* (HC 379.187/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 9/6/2017) (grifei).

Na hipótese, o impetrante noticiou que Valdeir Pedro de Carvalho é pessoa idosa (61 anos) e juntou laudo médico, o qual indica que o paciente faz tratamento para hipertensão arterial, bem como é portador de diabetes, entretanto, não comprovou, de plano, a impossibilidade de receber o tratamento que necessita no âmbito do estabelecimento prisional, ônus que lhe competia.

Por tais motivos, não se vislumbra constrangimento ilegal no direito de locomoção do paciente a ensejar a concessão do *writ*.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Denegaram a ordem, 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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0001912-75.2003.8.12.0015 – Miranda

Recurso de Alaor Leite Gutierrez:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – LEI Nº 6.368/76 – APROXIMADAMENTE 150 KG DE COCAÍNA SUBTRAÍDA DO INTERIOR DE DELEGACIA DE POLÍCIA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – INVIABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. DE OFÍCIO, AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76.

Tendo o juiz sentenciante sopesado criteriosamente as circunstâncias do art. 59 do CP c/c o art. 37 da Lei nº 6.368/76, e sendo o *quantum* da pena estabelecido nos moldes do preceito constitucional da razoabilidade e proporcionalidade, não há se falar em redução da pena-base.

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a causa de aumento de pena do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, restou revogada, devendo ser afastada, *ex officio*, da dosimetria da pena.

Recursos de Marcos Antônio Gauto e Nilson Cândia de Mello:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – LEI Nº 6.368/76 – APROXIMADAMENTE 150 KG DE COCAÍNA SUBTRAÍDA DO INTERIOR DE DELEGACIA DE POLÍCIA – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDOS DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL E AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 18, IV, DA LEI Nº 6.368/76 – INVIABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. DE OFÍCIO, AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76.

Se o acervo probatório é farto em demonstrar que os agentes participaram de engenhosa subtração de aproximadamente 150 kg de cocaína, a qual estava acondicionada no interior de delegacia de polícia, deve ser preservada a sentença que os condenou à pena cominada ao tráfico de drogas prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

Tendo o juiz sentenciante sopesado criteriosamente as circunstâncias do art. 59 do CP c/c o art. 37 da Lei nº 6.368/76, e sendo o *quantum* da pena estabelecido nos moldes do preceito constitucional da razoabilidade e proporcionalidade, não há se falar em redução da pena-base.

Considerando que o juiz sentenciante lançou fundamento idôneo para aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76 e não se vislumbrando o *bis in idem,* deve ser mantida a referida causa de aumento de pena.

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a causa de aumento de pena do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, restou revogada, devendo ser afastada, *ex officio*, da dosimetria da pena.

Recurso de Mahmod da Silva Degaiche:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – LEI Nº 6.368/76 – APROXIMADAMENTE 150 KG DE COCAÍNA SUBTRAÍDA DO INTERIOR DE DELEGACIA DE POLÍCIA – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06 – INVIABILIDADE – PLEITO PELA REDUÇÃO DA PENA-BASE, PELO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E PELO AFASTAMENTO

DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PREVISTAS NO ART. 18, III e IV, DA LEI Nº 6.368/76 – AFASTADA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76 E MANTIDA A CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO INCISO IV DO MESMO ARTIGO E LEI. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o acervo probatório é farto em demonstrar que o agente participou de engenhosa subtração de aproximadamente 150 kg de cocaína, a qual estava acondicionada no interior de delegacia de polícia, deve ser preservada a sentença que os condenou à pena cominada ao tráfico de drogas prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

Não é o caso de aplicar a nova lei de drogas (Lei nº 11.343/06), eis que no conjunto, a lei revogada é mais benéfica ao apelante já que ela parte de uma pena mínima de 3 anos de reclusão, enquanto a nova lei tem pena mínima para o mesmo delito de 5 anos de reclusão.

Tendo o juiz sentenciante sopesado criteriosamente as circunstâncias do art. 59 do CP c/c o art. 37 da Lei nº 6.368/76, e sendo o *quantum* da pena estabelecido nos moldes do preceito constitucional da razoabilidade e proporcionalidade, não há se falar em redução da pena-base.

No caso, não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista na Lei nº 11.343/06, eis que o contexto como se deu o tráfico, mediante ousado conjunto de desígnios de várias pessoas (policiais civis, militares e outros), aliado à grande quantidade de droga subtraída da delegacia de polícia (aproximadamente 150 kg de cocaína), evidenciam que o apelante – se não integra organização criminosa propriamente dita – ao menos contribui com a mesma, sendo elemento essencial para a "cadeia produtiva do crime".

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a causa de aumento de pena do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, restou revogada, devendo ser afastada.

Considerando que o juiz sentenciante lançou fundamento idôneo para aplicar a causa de aumento de pena prevista no art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76 e não se vislumbrando o *bis in idem,* deve ser mantida a referida causa de aumento de pena.

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 parcial provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de outubro de 2019.

Des. Jonas Hass Silva Júnior – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Alaor Leite Gutierrez, Marcos Antônio Gauto, Nilson Cândia de Mello e Mahmod da Silva Degaiche interpuseram apelações contra a sentença que os condenou como incursos no art. 12 e 18, III e IV, da Lei nº 6.368/76, sendo o primeiro (Alaor) à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento 266 dias-multa e os demais à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 333 dias-multa.

Alaor Leite Gutierrez requereu a redução da pena-base ao mínimo legal e fez prequestionamento (f. 3142-3147).

Marcos Antônio Gauto e Nilson Cândia de Mello requereram a absolvição por insuficiência de provas; subsidiariamente, a redução da pena-base ao mínimo legal e o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76 (f. 3176-3183 e f. 3184-3191).

Mahmod da Silva Degaiche requereu a absolvição por insuficiência de provas; subsidiariamente: a) a redução da pena-base ao mínimo legal; b) a aplicação da Lei nº 11.343/06, inclusive para reconhecer a minorante do tráfico privilegiado; e, c) o afastamento das causas de aumento de pena previstas no art. 18, III e IV, da Lei nº 6.368/76 (f. 3246-3277).

O MP apresentou contrarrazões pelo improvimento dos recursos (f. 3150-3156, 3199-3211 e 3292-3314).

A PGJ opinou pelo desprovimento dos apelos (f. 3319-3327).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Alaor Leite Gutierrez, Marcos Antônio Gauto, Nilson Cândia de Mello e Mahmod da Silva Degaiche interpuseram apelações contra a sentença que os condenou como incursos no art. 12 e 18, III e IV, da Lei nº 6.368/76, sendo o primeiro (Alaor) à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento 266 dias-multa e os demais à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 333 dias-multa.

Alaor Leite Gutierrez requereu a redução da pena-base ao mínimo legal e fez prequestionamento (f. 3142-3147).

Marcos Antônio Gauto e Nilson Cândia de Mello requereram a absolvição por insuficiência de provas; subsidiariamente, a redução da pena-base ao mínimo legal e o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76 (f. 3176-3183 e f. 3184-3191).

Mahmod da Silva Degaiche requereu a absolvição por insuficiência de provas; subsidiariamente: a) a redução da pena-base ao mínimo legal; b) a aplicação da Lei nº 11.343/06, inclusive para reconhecer a minorante do tráfico privilegiado; e, c) o afastamento das causas de aumento de pena previstas no art. 18, III e IV, da Lei nº 6.368/76 (f. 3246-3277).

Os apelantes foram denunciados pelos seguintes fatos:

> *"Consta do incluso inquérito policial que no mês de agosto do ano de 1997, por volta da meia noite em dia não especificado, na delegacia de polícia local, os denunciados PM Gauto e o policial civil Renê estiveram na Delegacia supracitada para retirarem a substância entorpecente conhecida como cocaína, que ali estava apreendida, sendo que os denunciados e policiais civis Alaor e Degaiche permitiram a entrada dos mesmos; que então, os denunciados Gauto e Renê trouxeram o chaveiro Edson Aquino, conhecido do denunciado Paulo Henrique, que abriu a porta do local em que a droga estava depositada. Do lado de fora da Depol, os denunciados Paulo Henrique Vargas (Paulinho) e Elson Rosa da Costa (Coqueiro), ficaram dando cobertura aos demais que adentraram na Delegacia.*
>
> *Neste ínterim, o denunciado PM Mello chegou na Depol com um Tempra, cor escura, e o estacionou na entrada da delegacia, de ré, ocasião em que os denunciados ali presentes, retiraram do veículo três sacos grandes e claros de um composto de carbonato, preparados e prensados pelo denunciado Sérgio Sakamoto, os quais foram trocados pela cocaína que estava guardada na Delegacia. Efetuada a troca, todos saíram do local e se dirigiram até a residência do denunciado Mello, que se situava nesta cidade à Rua do Carmo, nº 36.*

Posteriormente, a droga subtraída da Depol foi levada até Anastácios/MS, pelos denunciados Gauto, Mello e Paulinho, e quando o dia clareou para o Aeroporto de Aquidauana/MS, onde o denunciado e piloto Douglas da Silva Franco os aguardavam, embarcando a substância entorpecente num avião Cesna, para São Paulo/SP, onde foi vendida para o denunciado Carlos Basílio.

Consta ainda que no dia dos fatos, "Coqueiro" e "Paulinho", buscavam o chaveiro Edson Aquino, amigo daquele último, em Campo Grande/MS, alegando que precisavam abrir um armário da delegacia, sendo que quando chegou a Miranda/MS, à tarde, o chaveiro ficou na residência do denunciado Mello, a qual foi reconhecida conforme termo acostado às fls. 618-630 dos autos.

Na noite dos fatos, todos os denunciados se reuniram na residência supracitada, exceto Douglas e Carlos Basílio, do denunciado Mello para estabelecerem como seria feita esta retirada, o transporte da droga até o aeroporto e sua venda posterior, demonstrando a associação para esta prática delituosa. Depois da reunião, todos dirigiram-se para a Depol, e concretizaram a empreitada criminosa.

A substância entorpecente que estava apreendida na Depol, e que fora retirada pelos denunciados, para fins de mercancia, era pura e totalizava aproximadamente 150 kg (cento e cinquenta quilos) de cocaína, e foi substituída por um composto de carbonato, conforme laudo acostado nos autos.

O único denunciado que confessou sua participação foi o policial civil Alaor, porém afirmando apenas a presença de Gauto, Mello, Renê, Coqueiro e Paulinho no dia da retirada. O pagamento dos participantes foi efetuado em dinheiro e veículos, sendo que Renê recebeu a quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais), conforme depósito em sua conta corrente (fl. 317), e Alaor a quantia de R$ 5.975,00 (cinco mil, novecentos e setenta e cinco reais), conforme depósito em dinheiro em sua conta corrente (fl. 317), pagamentos estes realizados pelo denunciado Gauto. Os demais também receberam pelo serviço, em dinheiro e/ou veículos."

A denúncia foi ofertada em 12/12/2002 (f. 5-8), recebida em 20/12/2002 (f. 999), aditada em 20/01/2003 (f. 1170-1171) e o aditamento recebido em 4/02/2003 (f. 1287).

Dos pleitos absolutórios de Marcos Antônio Gauto, Nilson Cândia de Melo e Mahmod da Silva Degaiche.

Conquanto os apelantes Marcos Antônio Gauto (PM), Nilson Cândia de Melo (PM) e Mahmod da Silva Degaiche (policial civil) tenham negado em juízo o envolvimento com o delito narrado na peça acusatória, as suas respectivas participações restaram comprovadas pelas provas produzidas no feito.

As declarações do corréu Alaor Leite Gutierrez (policial civil) foram coerentes em todos os seus interrogatórios, nos quais detalhou a participação dos apelantes Marcos Antônio Gauto (PM) e Nilson Cândia de Melo (PM):

"(...) que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que, no dia dos fatos o interrogando estava de plantão, sozinho na Delegacia de Policia de Miranda/MS; que, por volta das 23 horas chegaram na delegacia, o policial civil René Nazaré da Silva, chamado pelo interrogando de Corumbá, e o policial militar Marco Antonio Gauto, afirmando que iriam retirar a droga que estava apreendida e inclusive estavam com um chaveiro para proceder a abertura da porta da sala onde estava apreendida a droga (...) com a saída do chaveiro, chegou o PM Melo em um Tempra possivelmente de cor verde escura e estacionou de ré, deixando o porta malas aberto próximo à entrada da delegacia; que, os policiais Melo, Gauto e René, retiraram três sacos brancos do interior do Tempra e encaminharam para as dependências da delegacia e depois retornaram com quatro sacos brancos e alocaram no porta malas do Tempra; que, neste instante o policial Melo sai em velocidade com o veículo Tempra na Avenida General Câmara (...) o PM Gauto possivelmente ligou para o chaveiro, pois logo em seguida este retornou a delegacia para fechar a porta que não sabe o nome do

> *chaveiro; que, indagado ao PM Gauto quem era os ocupantes da caminhonete Ranger, este afirmou que se tratavam de "Coqueiro" e "Paulinho", pessoas que o interrogando conhece de vista (...) 01 mês após os fatos o PM Melo transitava com o veículo Mitsubishi L200 (...)".* (f. 1190-1191).

Outrossim, a posse da caminhonete Mitsubishi L200 pelo apelante Nilson Cândia de Mello restou comprovada pela oitiva da testemunha Cláudio do Amaral Góes, vez que este declarou ter adquirido o veículo do apelante Nilson Cândia de Mello, entre os meses de setembro e outubro de 1997 (f. 2306), corroborando as declarações do delator.

No mesmo sentido das declarações do delator, foram as declarações da testemunha Clóvis Brahim Júnior (f. 663-666):

> *"(...) que foram os policiais florestais de Miranda de nome Cabo Gauto e soldado Mello que intermediaram a negociação feita por "Coqueiro" e "Paulinho" com os policiais civis mencionados (...) foi feita uma reunião na casa do soldado Mello, na noite da retirada da "droga", da qual participaram 'Coqueiro', 'Paulinho', Mello, Gauto, Alaor, Degaiche E René, quando então traçaram as metas(...)".*

Por sua vez, a testemunha Josney Ferreira da Cunha, agente de polícia que participou das investigações, ouvida em juízo (f. 2436), relatou:

> *"(...) Pela declaração dos envolvidos, quem esteve na delegacia foram os policiais Gauto, Melo, policial civil Alaor e também René Nazaré da Silva, policial civil. Alaor, segundo ele, o qual estava de plantão na Delegacia, permaneceu do lado de fora, sendo que os demais adentraram na Delegacia. Para terem acesso a droga, abriram uma grade, uma porta, e por fim o cadeado do armário, que foram abertos com um chaveiro chamado Edson que exerce sua profissão nesta Capital. (...) A droga retirada da Delegacia com este procedimento foi colocada no interior do veículo Tempra e transportada no mesmo dia para a casa do soldado Melo (...)".*

Também, a testemunha Edson Wesley Aquino confirmou em juízo que o apelante Nilson Cândia de Mello estava no local, ou seja, na DEPOL, quando lá compareceu para prestar o serviço de abertura das portas e armários (f. 2451). E ainda, as declarações da testemunha José Brás Sobrinho (f. 706), aliadas ao laudo pericial de f. 710-723, demonstram que a casa situada na Rua do Carmo onde esta testemunha aguardou anoitecer para deslocar-se até a DEPOL, era à época onde residia o apelante Nilson Cândia de Mello.

Ainda, cumpre ressaltar, como bem posto na sentença, que realmente o álibi do apelante Nilson Cândia de Mello não se confirmou, vez que suas testemunhas não indicaram uma data correta em que estaria de serviço no local denominado "Barra do Aquidauana", afirmando apenas que ele trabalhava no local por cinco dias ininterruptos e folgava cinco dias.

Já quanto à autoria de Mahmod da Silva Degaiche, não obstante este tenha negado a participação na empreitada criminosa, esta também restou suficientemente provada.

Isso, porque encontra-se acostada aos autos (f. 900-905) a degravação de uma conversa realizada entre investigadores da Corregedoria-Geral de Polícia e o réu – já condenado – Paulo Henrique Vargas, onde é possível inferir a participação do apelante Mahmod da Silva Degaiche. Transcreve-se alguns trechos:

> *"Interlocutor 1 - (...) só pra te colocar por que a gente tá aqui e o porquê dessas informações você sabe muito bem como todo mundo sabe que sumiu um certa quantidade de pó da cidade de Miranda.*
>
> *Paulinho – o comentário foi geral aqui (...)*
>
> *Interlocutor 1 - (...) então nós estamos apurando justamente esse (...) esses (...) esse sumiço (...)*

Paulinho – eu sei (...) eu sei, desde quando eu sabia onde é que vocês queriam chegar só que, deixa eu dize uma coisa, tudo bem nós conversa só que a corda vai estoura sempre pro lado mais fraco (...)

Interlocutor 1 - (...) então tá, conte a sua história vamo vê como é a sua versão exata, a sua versão (...) como é que aconteceu esse contato com um esse Luis (...)

Paulinho – (...) Luís (...) acho que nem existe Luís, vocês querem saber do Edgar do Degaiche, do René, Alaor esse que é os nomes (...) jogando limpo (...)

Interlocutor 2 – Mas essa, essa a sua transação, com quem era feito, qual era o tira.

Paulinho – (...) o Edgar, eu conheço (...) vocês conhecem (...) conhecendo (...)

Interlocutor 2 – Edgar, tem Edgar lá?

Paulinho – Edgar é o Degaiche"

Outrossim, a participação do apelante Mahmod da Silva Degaiche também foi confirmada pelo depoimento prestado por Clóvis Brahim Júnior perante a Corregedoria-Geral de Polícia Civil (f. 663-666), confirmado em juízo (f. 2589-2590).

"(...) que quem arquitetou a operação foi o próprio Paulo Vargas, após a pessoa conhecido por "Coqueiro", amigo dos policiais civis, Alaor, Degaiche e René, ter lhe dito que existia uma grande quantidade de cocaína apreendida na Delegacia de Miranda, segundo informações dos policiais referidos; (...) que foi feita uma reunião na casa do soldado Mello, na noite da retirada da "droga", da qual participaram "Coqueiro", "Paulinho", "Mello", "Gauto", "Alaor", Degaiche e René, quando então traçaram as metas, porém antes de se reunirem, no período da tarde do mesmo dia Paulo Henrique Vargas, vulgo "Paulinho" juntamente com "Coqueiro" estiveram em Campo Grande, local em que contrataram os serviços de um chaveiro (...)" (f. 663-665)

"(...) que ratifica integralmente o seu depoimento prestado na corregedoria geral de polícia no dia 25 de junho de 2002 na presença do senhor Dimitri Erik Palermo e do promotor de Justiça Luis Alberto Safraider (...)" (f. 2589-2590)

Além disso, a testemunha Josnei Ferreira da Cunha, agente de polícia que participou da investigação dos fatos, ouvida em juízo (f. 2436-2437), declarou:

"Pela declaração dos envolvidos, quem esteve na delegacia foram os policiais Gauto, Melo, policial civil Alaor e também René Nazaré da Silva, policial civil (...). Esclarece que no dia dos fatos houve uma reunião na casa do soldado Melo, o qual participaram, Alaor, René, Gauto, Mohmade, Paulinho e Elson (...)."

Logo, a prova colhida demonstra a participação de Mahmod da Silva Degaiche no planejamento da ação criminosa.

O referido apelante, assim como os demais, sustentou estar trabalhando em Aquidauana na época dos fatos. Tal tese, todavia, consoante argumentação suso esposada, não merece prosperar, já que não afasta a sua participação na engenhosa empreitada criminosa.

Dessa forma, o conjunto probatório é suficiente e seguro para manter a condenação dos apelantes Marcos Antônio Gauto, Nilson Cândia de Melo e Mahmod da Silva Degaiche pela prática do crime de tráfico de drogas, tal como posto na sentença, restando, consequentemente, rejeitado o pleito absolutório.

Do pedido de redução da pena-base.

Quanto aos pedidos dos apelantes de afastamento das circunstâncias judiciais valoradas como negativas, razão também não lhes assiste.

Não se olvida que o julgador detém poder de discricionariedade na fixação da pena-base, de modo que pode estabelecer o montante de aumento que entender ser razoável e proporcional à conduta perpetrada e ao grau de reprovação necessário, até porque a legislação não previu percentuais mínimo e máximo de aumento da pena-base pela incidência das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Consoante se infere da sentença (itens 1.1 a 4.3 - f. 3069-3079), as circunstâncias judicias valoradas como negativas foram concreta e suficientemente fundamentadas, além do *quantum* aplicado a todos os apelantes mostrar-se razoável e proporcional à conduta perpetrada e ao grau de reprovação necessário.

Aliás, não se pode esquecer que estamos aqui a tratar da subtração pelos apelantes (policiais) de aproximadamente 150 kg de cocaína, numa engenhosa empreitada criminosa, merecendo, portanto, maior reprovação e exasperação da pena-base, na forma do art. 37 da Lei nº 6.368/76.

Nesse sentido este Tribunal, assim, já se posicionou:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA – DOSIMETRIA – GRANDE QUANTIDADE DE TÓXICO – ART. 37 DA LEI Nº 6.368/76 – PENA REGULARMENTE FIXADA – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – CRIME QUALIFICADO COMO HEDIONDO – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.072/90 – REGIME FECHADO MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO. Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade de droga. (...)."* (TJMS – Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia/ Publicação: 11/07/2003/Nº Diário: 600).

A propósito colho o parecer bem lançado pela PGJ, o qual adoto como razões complementares de decidir, *in verbis*:

> *"(...) Os recorrentes, Alaor, Marcos, Nilson e Mahmod, requerem a fixação da pena-base no mínimo legal previsto, ante o argumento de que a mesma fora fixada de forma desproporcional e não idônea.*
>
> *Razão não lhes assistem.*
>
> *O Código Penal não estabelece contornos matemáticos para a fixação da pena-base, devendo o julgador singular dotar-se de sua discricionariedade para a exasperação das circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria, e guiar-se pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e individualização da pena.*
>
> *Nesta perspectiva:*
>
> *(...) 2 O Código Penal não estabelece contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que para tanto deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena. (...) (TJMS. Apelação nº 0005897-15.2018.8.12.0019, Ponta Porã, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 31/05/2019, p: 04/06/2019) destacamos*
>
> *Pois bem. O magistrado a quo considerou desfavorável a culpabilidade dos agentes, fundamentando que os ora acusados eram policiais civis, os quais, detinham, como dever legal, a investigação e repressão a prática de crimes, não havendo nada mais nefasto para a confiabilidade da instituição policial do que o cometimento de delitos por policiais, visto que viola o dever de combate ao crime.*
>
> *Ademais, negativou as circunstâncias do crime, posto que o entorpecente fora subtraído no interior da Delegacia da cidade de Miranda/MS, fazendo uso, ainda, os apelantes da condição de policial para viabilizar o cometimento do delito.*
>
> *Logo, o julgador singular dotado de seu poder discricionário, analisou a reprimenda necessária para prevenção e repressão de cada crime."*

Nesse passo, tendo o magistrado *a quo* sopesado criteriosamente as circunstâncias previstas no art. 59 do CP c/c art. 37 da Lei nº 6.368/76, não há falar em diminuição da pena-base.

Do pedido do apelante Mahmod da Silva Degaiche de aplicação da Lei nº 11.343/06.

Sem razão o apelante Mahmod da Silva Degaiche.

Consoante disposto no verbete da Súmula 501 do STJ:

> *"(...) É cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei nº 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis."*

Não é o caso de aplicar a nova lei de drogas, eis que no conjunto a lei revogada é mais benéfica ao referido apelante já que ela parte de uma pena mínima de 3 anos de reclusão, enquanto a nova lei tem pena mínima para o mesmo delito de 5 anos de reclusão.

E, ainda, não seria o caso de aplicar a causa de diminuição de pena prevista na Lei nº 11.343/06, eis que o contexto como se deu o tráfico, mediante ousado conjunto de desígnios de várias pessoas (policiais civis, militares e outros), aliado à grande quantidade de droga subtraída da delegacia de polícia (aproximadamente 150 kg de cocaína), evidenciam que o apelante – se não integra organização criminosa propriamente dita – ao menos contribui com a mesma, sendo elemento essencial para a "cadeia produtiva do crime".

Cita-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – INVIÁVEL – RECURSO IMPROVIDO. Embora o apelante seja primário e tenha bons antecedentes (f. 56 e 78), o modo de execução do delito (deslocando-se para outra cidade com único intuito de buscar droga, realizando transporte em veículo coletivo, mediante pagamento) aliado à considerável quantidade de droga apreendida (3,150 kg de skunk e 22,250 kg de maconha) constituem elementos que evidenciam que o apelante, se não integra organização criminosa propriamente dita, ao menos contribui com a mesma, sendo elemento essencial para a "cadeia produtiva do crime", o que impede o reconhecimento do benefício do tráfico privilegiado."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0009466-75.2018.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 22/05/2019, p: 23/05/2019)

> *"REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – APELAÇÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA – MATÉRIA NÃO APRECIADA NESTA CORTE – CONHECIMENTO – MÉRITO – TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO EVIDENCIADO – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (492 QUILOS DE MACONHA) E CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEMONSTRAM QUE O AGENTE INTEGRA OU CONTRIBUI PARA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – MINORANTE NÃO RECONHECIDA – IMPROCEDÊNCIA. (...) A grande quantidade de droga apreendida (492 quilos de maconha) aliada ao modus operandi do delito, com clara e nítida divisão de tarefas, constitui elemento que evidencia que, se o agente não integra organização criminosa propriamente dita, ao menos ele contribui com a mesma, sendo elemento essencial para a "cadeia produtiva do crime", o que impede o reconhecimento do benefício do tráfico privilegiado."* (TJMS. Revisão Criminal nº 1405135-37.2019.8.12.0000, Nova Andradina, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 11/09/2019, p: 18/09/2019)

Das causas de aumento de pena.

Nos termos da construção jurisprudencial dos pretórios pátrios, o advento da novel legislação antitóxicos (Lei nº 11.343/06) acarretou a *abolitio criminis* do inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76.

Acerca do tema, valioso transcrever os precedentes do STJ:

> *"Com o advento da Lei nº 11.343/2006, ocorreu abolitio criminis no tocante à majorante prevista no artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76, motivo pelo qual, em atenção ao princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica, constitui constrangimento ilegal manter a sua incidência na condenação."* (HC 142.808/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015).

> *"Verificada a abolitio criminis apenas com relação à majorante pelo concurso eventual para a prática dos delitos da Lei de Tóxicos, pois a causa de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, segunda parte, da Lei nº 6.368/76, não foi revogada pela Lei nº 11.343/06."* (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1221240/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 24/10/2013).

Diverso não é o posicionamento deste e. TJMS:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – RECURSOS DEFENSIVO E ACUSATÓRIO – TRÁFICO DE DROGAS – ART. 12, CAPUT, LEI 6.368/76 – CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME E COESO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – REINCIDÊNCIA CONFIGURADA – COMPENSAÇÃO COM A CONFISSÃO – REDUÇÃO PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – AUMENTO DO ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76 – ABOLITIO CRIMINIS – REGIME INICIAL SEMIABERTO MANTIDO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS, EM PARTE COM O PARECER.*

> *(...) Nos termos da construção jurisprudencial dos Pretórios Pátrios, o advento da novel legislação antitóxicos (Lei nº 11.343/06) acarretou a abolitio criminis do inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76. (...)"* (TJMS. Apelação Criminal nº 0001952-46.2006.8.12.0017, Nova Andradina, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 17/08/2018, p: 21/08/2018)

> *"Tendo a Lei 11.343/06 expressamente revogado a Lei 6.368/76, ocorreu a abolitio criminis em relação à causa de aumento de pena anteriormente prevista no inciso III do art. 18 da lei revogada, vez que a mesma não foi recepcionada na nova lei."* (TJMS. Revisão Criminal nº 1600016-19.2016.8.12.0000, Jardim, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 21/06/2017, p: 05/07/2017).

> *"Com o advento da Lei nº 11.343/06, a causa de aumento de pena do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, restou revogada, devendo ser afastada, ex officio, da dosimetria da pena. Constatada a imposição de pena de reclusão ao crime de resistência, deve-se retificar a natureza da mesma para detenção, para sanar a irregularidade."* (TJMS. Revisão Criminal nº 1600150-51.2012.8.12.0000, Amambaí, Seção Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 24/09/2013, p: 10/12/2013).

> *"Não há falar em majoração da pena em razão da reincidência, nos termos da súmula Após o advento da nova lei de drogas (Lei 11.343/06) ocorreu a "abolitio criminis" do artigo 18, III, Lei 6368/76 (associação eventual para o tráfico), impondo-se retirar essa majorante por se tratar de aplicação de lei mais benéfica."* (TJMS. Revisão Criminal nº 0026263-45.2012.8.12.0000, Naviraí, Seção Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 26/02/2013, p: 04/04/2013).

Assim, afasto a supracitada causa de aumento de pena imposta ao apelante Mahmod da Silva Degaiche conforme pleiteado no seu recurso defensivo e, *ex officio,* estendo o afastamento aos demais apelantes Alaor Leite Gutierrez, Marcos Antônio Gauto e Nilson Cândia de Melo.

Quanto à causa de aumento de pena prevista no inciso IV do art. 18 da referida lei reconhecida na sentença, reputo por idônea a fundamentação lançada e não vislumbro o *bis in idem,* notadamente porque o magistrado as valorou com fundamentos distintos, sendo as circunstâncias do crime moduladas em razão do

fato de se valer o recorrente da condição de policial para subtrair a droga de dentro da delegacia, e a causa de aumento em virtude do delito ser praticado no interior de estabelecimento penal (delegacia se equipara a estabelecimento penal).

Feito isso, mantenho para todos os apelantes a pena fixada na terceira fase da dosimetria da pena, pois, nos termos deste voto, remanesceu a causa de aumento de pena no inciso IV do art. 18 da Lei nº 6.368/76 e porque o juiz sentenciante já aplicou o mínimo legal de 1/3.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, não merece qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que foi suficientemente enfrentado, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto. Ademais, é assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de Mahmod da Silva Degaiche para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76, sem, contudo, alterar a pena final, *ex officio*, estendo o referido afastamento da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 18 da Lei nº 6.368/76 ao demais apelantes, sem, contudo, de igual forma, alterar a pena final; no mais, fica mantida a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram parcial 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. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 22 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0001317-03.2018.8.12.0031 – Caarapó

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – CRIMES DE ROUBO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA E POSSE DE ARTEFATO (GRANADA) – PRELIMINARES – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – ARRAZOADO QUE CONTÉM OS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO QUE EMBASAM O INCONFORMISMO – CONHECIMENTO – REJEITADA – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DO *PARQUET* – POSICIONAMENTO REVISADO – INTIMAÇÃO ELETRÔNICA QUE DEVE OBSERVAR OS TERMOS DO ART. 5º, §§ 1º E 3º, DA LEI Nº 11.419/06 – PRECEDENTES DO STJ – NÃO OCORRÊNCIA – AFASTADA – MÉRITO – DELITO DE ROUBO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELAS RÉS – NEGATIVA DE AUTORIA – VERSÕES CONFLITANTES – FIRMES DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – CONVERSAS TRAVADAS PELO APLICATIVO *WHATSAPP* – ACUSADAS FLAGRADAS NA "CASA DE APOIO", SEPARANDO O PRODUTO DA *RES FURTIVA* – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÕES MANTIDAS – ALMEJADO RECONHECIMENTO PELO CORRÉU DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – NÃO ACOLHIMENTO – PRETENDIDO AFASTAMENTO DAS CAUSAS DE AUMENTO DO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO – PRETENSÃO REFUTADA – CRIMES DO ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS III E IV, DA LEI Nº 10.826/03 – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA APREENDIDA NO INTERIOR DO VEÍCULO CONDUZIDA PELO CORRÉU – PROVAS QUE ATESTAM QUE A GRANADA PERTENCIA AOS TRÊS REÚS – CONDENAÇÃO PRESERVADA – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELOS RÉUS – IMPERTINÊNCIA – ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do apelo ministerial por violação ao princípio da dialeticidade, quando o arrazoado contém os fundamentos de fato e de direito que embasaram o inconformismo, de modo a permitir que a parte contrária apresentasse suas contrarrazões, respeitando-se o contraditório em matéria recursal.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu entendimento no sentido de que, tratando-se de recurso do órgão ministerial, a intimação eletrônica considera-se realizada no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, a qual pode ser realizada em até 10 dias, contados da data do seu envio, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo, nos termos do art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei 11.419/2006. Recurso interposto no quinquídio legal. Intempestividade não acolhida. Preliminar afastada.

Não obstante a negativa de autoria pelas acusadas, que inclusive apresentaram versões conflitantes a respeito da dinâmica dos fatos, havendo nos autos provas seguras das suas participações no crime de roubo, as quais foram incumbidas de prestar auxílio material, providenciando a "casa de apoio" que serviu de base para os demais corréus na prática do delito, local onde foi flagrada separando o produto da *res furtiva*, o que se depreende pelos firmes depoimentos dos policiais e pela prova pericial obtida através de conversas travadas entre elas e alguns corréus pelo aplicativo *WhatsApp*, de rigor a manutenção da sentença condenatória pelo delito previsto no art. 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, do Código Penal.

Ainda que o corréu não tenha praticado os atos executórios, se ficou bem definida a participação dos todos os envolvidos no assalto, com nítida divisão de tarefas entre eles, incumbindo-lhe dar fuga aos executores, de modo que contribuiu sobremaneira para o "sucesso" da prática delituosa, não há falar em participação de menor importância.

Comprovada a prática do delito roubo em concurso de duas ou mais pessoas, não há como decotar a majorante prevista no art. 157, § 2º, inc. II, do Código Penal.

A utilização de arma de fogo no cometimento do roubo constitui circunstância objetiva que se comunica a todos os agentes da prática delitiva, de modo que o simples fato de o corréu não tê-la portado, tarefa incumbida aos demais agentes, não afasta a sua incidência.

Impõe-se a manutenção da condenação do corréu pelos crimes previstos no art. 16, parágrafo único, incisos III e IV, da Lei nº 10.826/03, se as provas produzidas nos autos demonstram, indene de dúvidas, que a arma de fogo com numeração suprimida foi apreendida no porta-luvas do veículo por ele conduzido, bem como que o artefato bélico (granada) também a ele pertencia, o que restou comprovado pelo laudo pericial em conversa dos outros dois acusados.

O tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal exige, para a composição do crime, a associação de três ou mais pessoas para o fim de cometer crimes. Demonstradas nos autos, satisfatoriamente, a estabilidade e a permanência do grupo para a prática de diversos crimes, a condenação é medida imperativa.

APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – CRIME DO ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DA LEI Nº 10.826/03 – ABSOLVIÇÃO DAS RÉS – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE AS ACUSADAS TINHAM CONHECIMENTO DA GRANADA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA – AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DAS RÉS COM OS DEMAIS ACUSADOS –ABSOLVIÇÃO CONSERVADA – PENA-BASE – PEDIDO DE MAJORAÇÃO QUANTO AO CRIME DE ROUBO – MOTIVOS DO CRIME E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS – VETORIAIS CORRETAMENTE NÃO LEVADAS A EFEITO PELO JUIZ NA DOSAGEM DA PENA – PENA MANTIDA – COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CORRÉU MULTIRREINCIDENTE – PREPONDERÂNCIA DAQUELA SOBRE ESTA – APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA NOS DELITOS PREVISTOS NA LEI Nº 10.826/03 – ALMEJADO AFASTAMENTO A FIM DE QUE SEJA APLICADA A REGRA DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Inexistindo no caderno processual provas firmes e seguras de que as rés tinham conhecimento da granada encontrada embaixo da cama da residência que servia de apoio ao grupo, de rigor a manutenção da sentença absolutória pela prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 10.826/03, sobretudo pelo fato de os demais acusados terem assumido a propriedade do artefato bélico.

A ausência de provas cabais acerca da estabilidade e permanência das rés com os demais acusados para o fim específico de cometerem crimes, inviabiliza a reforma da sentença para o fim de condena-las pela prática do crime descrito no art. 288 do Código Penal.

Revelando-se correta e justa a não negativação das moduladoras relativas aos motivos e circunstâncias do crime, no que pertine ao delito de roubo, é de ser mantida a pena-base estabelecida na sentença.

Em observância ao princípio da individualização da pena, afigura-se descabida a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, porquanto trata-se de corrréu multirreincidente, impondo-se, portanto, a preponderância da agravante.

Em se tratando de crimes previstos na Lei nº 10.826/03, de mera conduta ou de perigo abstrato, se a dinâmica dos fatos revela que os delitos previstos no art. 16, *caput*, e parágrafo único, incisos III e IV, da referida lei, consumaram-se quando da posse/porte ilegal das armas e do artefato bélico (granada) pelos réus, apreendidas na mesma residência, em momento único, ou seja, quando do retorno dos acusados para a residência já com os objetos do roubo à relojoaria, correta a aplicação da continuidade delitiva, sobretudo diante da presença dos requisitos para a incidência do instituto, como a pluralidade de condutas, de crimes da mesma espécie, e praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a) Rejeitar as preliminares defensivas e, no mérito, negaram provimento aos recursos, por unanimidade, nos termos do voto do relator. b) Dar parcial provimento ao recurso ministerial, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

Juiz Waldir Marques – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos tanto pelo Ministério Público Estadual, quanto por Alisson Jonhe Batista dos Santos, Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, Elielson Paulino Maciel, Aline Oliveira da Silva, Jéssica Pâmela da Silva e Roseli Batista de Oliveira, contra a sentença de 1º grau que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, condenando-os:

Carlos Augusto Cramolisk, vulgo "Carlinhos PCC", à pena de 19 anos de reclusão, em regime inicial de cumprimento de pena fechado e pagamento de 42 dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A e 288 ambos do Código Penal; artigo 16, parágrafo único, III (artefato explosivo - granada), e artigo 16, *caput*, (pistola 9 mm), ambos da Lei 10.826/03;

Elielson Paulino Maciel à pena de 19 anos, 05 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 49 dias-multa, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 157, § 2º, inciso II e § 2º-A e 288, ambos do Código Penal; artigo 16, parágrafo único, III (artefato explosivo - granada), e artigo 14, *caput*, (porte de arma de fogo de uso permitido), ambos da Lei 10.826/03;

Alisson Jhone Batista dos Santos à pena de 13 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 32 dias-multa, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 157, § 2º, inciso II e § 2º-A e 288, ambos do Código Penal; artigo 16, parágrafo único, III (artefato explosivo - granada), e artigo 16, parágrafo único, IV (posse de arma de fogo com numeração suprimida), ambos da Lei 10.826/03;

Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva à pena de 05 anos, 11 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 13 dias-multa, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, do Código Penal.

Em razões recursais (f. 749-792), o *Parquet* requereu a reforma parcial da r. sentença para o fim de: a) condenar Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva como incursas no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal e no artigo 16, parágrafo único, inciso III (artefato explosivo granada) da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal; b) sejam reconhecidas como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas aos motivos e as circunstancias do crime, majorando-se a pena-base

dos acusados; c) seja afastada a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante da reincidência, quanto ao apelado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, diante da multirreincidência; d) seja afastada a continuidade delitiva, aplicando-se o concurso material de crimes quanto às infrações descritas nos artigos 16, *caput*, e 16, parágrafo único, inciso III, ambos da Lei nº 10.826/03, praticadas por Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, e quanto às infrações descritas nos artigos 16, parágrafo único, III, e 16, parágrafo único, inciso IV, ambos da Lei nº 10.826/03, praticadas por Alisson Jhone Batista dos Santos.

Jéssica Pâmela da Silva apresentou contrarrazões pelo não conhecimento do recurso ministerial, alegando dialeticidade e, no mérito, pelo seu improvimento. Apresentou prequestionamento (f. 828-846).

Já Alisson Jhone Batista dos Santos apresentou contrarrazões pelo desprovimento do recurso ministerial (f. 874-884).

Elielson Paulino Maciel, Roseli Batista de Oliveira, Aline Oliveira da Silva Camargo e Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira apresentaram contrarrazões requerendo, preliminarmente, o não conhecimento do recurso ministerial por ser intempestivo e, no mérito, o improvimento do recurso ministerial. Prequestionou a matéria (f. 919-937).

Jéssica Pâmela da Silva, em suas razões recursais (f. 810-827), requereu sua absolvição pela prática do delito de roubo, alegando insuficiência de provas. Apresentou prequestionamento.

Roseli Batista de Oliveira, em suas razões recursais (f. 847-857), postulou pela sua absolvição do delito de roubo, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código do Processo Penal. Prequestionou a matéria.

Alisson Jhone Batista dos Santos, em suas razões recursais (f. 858-872), pleiteou a absolvição tanto pela prática do delito de associação, como dos delitos previstos na Lei 10.826/03. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da participação de menor importância no que concerne ao crime de roubo e o afastamento das majorantes.

Elielson Paulino Maciel e Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira clamaram pela absolvição do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, enquanto Aline Oliveira da Silva requereu sua absolvição pela prática do delito de roubo, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Apresentaram prequestionamento (f. 944-954).

O Ministério Público Estadual ofertou contrarrazões (f. 958-988), manifestando-se pelo improvimento dos recursos defensivos. Também apresentou prequestionamento.

A procuradoria-geral de justiça opinou pela rejeição da prefacial suscitada e, no mérito, pelo provimento do recurso ministerial e improvimento dos recursos defensivos. Prequestionou a matéria (f. 999-1021).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Os acusados Alisson Jonhe Batista dos Santos, Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, Elielson Paulino Maciel, Aline Oliveira da Silva, Jéssica Pâmela da Silva e Roseli Batista de Oliveira foram denunciados pelas práticas dos seguintes fatos delituosos (f. 1-8):

> *"(...) Consta do incluso inquérito policial, que, em data não especificada nos autos, mas antes do dia 20 de julho de 2018, os denunciados acima qualificados, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, se associaram, para o fim de cometer crimes contra o patrimônio, mediante a utilização de arma de fogo.*
>
> *Segundo restou apurado, alguns dias antes do roubo majorado cometido pelos réus, no dia 20 de julho de 2018, na Relojoaria Glória, em Caarapó, os acusados arquitetaram a prática de crimes contra o patrimônio para angariar valores para roubar carro-forte.*

Assim, as rés Roseli Batista de Oliveira e Aline Oliveira da Silva, que residem em Caarapó, cederam a residência para que os demais réus se deslocassem da cidade de Dourados até esta urbe, para praticarem o crime de roubo à joalheria.

Cabe mencionar que o acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira cumpre pena na Comarca de Dourados, em virtude de duas condenações pela prática do crime de roubo, inclusive à joalheria.

2º Fato:

No dia 20 de julho de 2018, por volta das 08h34min, no estabelecimento comercial denominado "Relojoaria Glória", localizada na Avenida Barão do Rio Branco, nº 689, Centro, em Caarapó/MS, os denunciados acima qualificados, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, com emprego de arma de fogo, subtraíram para si e para outrem, mediante violência e grave ameaça às pessoas de Israel Ferreira, Lucelei Salatini e Oracelia Andrade Barros, coisas alheias móveis, consistentes em 47 (quarenta e sete) alianças, 160 (cento e sessenta) anéis, 421 (quatrocentos e vinte e um) brincos, 185 (cento e oitenta e cinco) correntes, 165 (cento e sessenta e cinco) pulseiras, 126 (cento e vinte e seis) pingentes, 07 (sete) relógios de pulsos e 10 (dez) gavetas de mostruário, avaliados em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), conforme consta no auto de apreensão e avaliação indireta de f. 24 e 26-27, pertencentes a João Aristides Salatini, proprietário da relojoaria.

Consoante restou apurado, no dia e local dos fatos, os denunciados Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira e Elielson Paulino Maciel chegaram de moto na Relojoaria Glória e sem tirar os capacetes, um deles, que estava de carona na moto, apontou uma arma de fogo, tipo pistola, para o segurança Israel Ferreira, anunciando o assalto e o levou para dentro da loja, dando-lhe uma "coronhada" com a pistola e determinando que Israel ficasse no chão, momento em que ficou apontado a arma de fogo em sua direção.

Em seguida, o outro denunciado apontou uma arma de fogo para as pessoas que estavam na Relojoaria e disse: "passa os expositores", quando a vítima Lucelei disse que estava no cofre, logo após, o denunciado empurrou a vítima Oracelia até o cofre e pegou tudo o que havia lá, bem como levou parte dos mostruários que estavam nas vitrines.

Os denunciados se evadiram do local, tomando rumo ignorado, sendo que o denunciado Alisson Jhone Batista dos Santos prestava apoio aos denunciados Carlos e Elielson e estava com o veículo Toyota Etios SD XLS, placa OOM-7133, nos arredores da Relojoaria, e, seguiu a mesma direção destes.

Após verificar o circuito interno de câmeras do local, a equipe de investigação da polícia civil saiu em diligência em busca dos denunciados e logrou êxito em encontrar o veículo Toyota Etios em uma residência localizada na Rua Antonio Bortoloti Filho, nº 59, no Bairro Shalon, que apresentava também uma movimentação incomum e suspeita.

Diante disso, os policiais adentraram na residência e a res furtiva se encontrava em um dos quartos da residência, em cima de uma cama, e as denunciadas Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva estavam ajudando a separar os produtos roubados em sacos plásticos.

Ainda, embaixo da referida cama, foi encontrada uma granada de cor verde, marca EOT M14 CEV01, lote 098 B, que estava com uma fita isolante prendendo a alavanca percussora.

Segundo consta, todos os denunciados confessaram de pronto a autoria delitiva e cada um contribuiu efetivamente para o sucesso da empreitada criminosa.

Com efeito, o acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira foi o idealizador do crime e veio para a cidade de Caarapó cerca de 07 (sete) dias antes do assalto para fazer o levantamento do local, sendo um dos assaltantes que adentraram na relojoaria. Em conversa

informal na delegacia, informou que pretendia angariar valores para roubar um carro-forte, e, do mesmo modo, Elielson Paulino Maciel foi o autor imediato do roubo, vindo para Caarapó/MS realizar o assalto.

Por sua vez, o acusado Alisson Jhone Batista dos Santos assegurou o êxito do empreendimento criminoso, ficando com o veículo Toyota Etios nas proximidades da Relojoaria Glória para que os acusados Carlos e Elielson não fossem surpreendidos e após o roubo, quando abandonaram a moto que estavam, levou os comparsas para a residência localizada na Rua Antonio Bortoloti Filho, nº 59, no Bairro Shalon, para fazer divisão da res furtiva.

Já as acusadas Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva cederam a residência para o planejamento e divisão do proveito do crime, enquanto a acusada Aline Oliveira da Silva trouxe dinheiro e alimento para o marido, o acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, além de todas as acusadas ajudarem a separar e embalar a res furtiva para partilha.

3º Fato:

Consta também que, após o cometimento do roubo majorado acima mencionado (2º fato), na residência localizada na Rua Antonio Bortoloti Filho, nº 59, no Bairro Shalon, em Caarapó, o denunciado Elielson Paulino Maciel foi flagrado pelos policiais portando arma de fogo e munições, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar; o denunciado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira possuindo arma de fogo e munições, de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como o denunciado Alisson Jhone Batista dos Santos portando arma de fogo, com numeração suprimida, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Por fim, no mesmo dia e no interior da mesma residência, os policiais flagraram os denunciados Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, Elielson Paulino Maciel, Alisson Jhone Batista dos Santos, Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva possuindo artefato explosivo (granada), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

(...)

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, Elielson Paulino Maciel, Alisson Jhone Batista dos Santos, Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva, como incursos nas penas do artigo 288, parágrafo único, artigo 157, § 2º, inciso II, § 2º -A, inciso I, c.c artigo 29, todos do Código Penal, e artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03 (posse da granada), na forma do artigo 69 do Código Penal, incidindo-se, no que couberem, as disposições da Lei 8.072/901.

Denuncia ainda, Elielson Paulino Maciel como incurso nas penas do artigo 14 da Lei nº 10.826/03, Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira como incurso nas penas do artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03, e Alisson Jhone Batista dos Santos como incurso nas penas do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, incidindo-se, no que couberem, as disposições da Lei 8.072/902.

(...)".

Encerrada a instrução, o juiz julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial, condenando-os:

Carlos Augusto Cramolisk, vulgo "Carlinhos PCC", à pena de 19 anos de reclusão, em regime inicial de cumprimento de pena fechado e pagamento de 42 dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A e 288 ambos do Código Penal; artigo 16, parágrafo único, III (artefato explosivo - granada), e artigo 16, *caput*, (pistola 9 mm), ambos da Lei 10.826/03;

Elielson Paulino Maciel à pena de 19 anos, 05 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 49 dias-multa, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 157, § 2º, inciso II e § 2º-A e 288, ambos do Código Penal; artigo 16, parágrafo único, III (artefato explosivo - granada), e artigo 14, *caput*, (porte de arma de fogo de uso permitido), ambos da Lei 10.826/03;

Alisson Jhone Batista dos Santos à pena de 13 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 32 dias-multa, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 157, § 2º, inciso II e § 2º-A e 288, ambos do Código Penal; artigo 16, parágrafo único, III (artefato explosivo - granada), e artigo 16, parágrafo único, IV (posse de arma de fogo com numeração suprimida), ambos da Lei 10.826/03;

Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva à pena de 05 anos, 11 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 13 dias-multa, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, do Código Penal.

Inconformados com a sentença proferida pelo juiz de 1º grau, acusação e réus interpuseram recursos de apelação.

Antes de adentrar no mérito dos recursos ofertados, existem duas matérias preliminares a serem analisadas.

A defesa da apelada Jéssica Pâmela da Silva, em contrarrazões (f. 829-846), suscitou preliminar de não conhecimento do recurso ministerial, sob o argumento de que houve violação ao princípio da dialeticidade, uma vez que as razões do Ministério Público Estadual não trouxe fundamentação jurídica para reformar a r. sentença de primeiro grau.

Ledo engano.

É sabido que, em atenção ao princípio da dialeticidade, a petição de recurso deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo do recorrente, de modo a permitir que a parte contrária apresente suas contrarrazões, respeitando-se o contraditório em matéria recursal.

Como se vê, o postulado consiste na obrigação do recorrente expor os fundamentos de sua irresignação, evidenciando os motivos pelos quais pretende ver reexaminada a sentença ou acórdão recorrido, viabilizando, por via de consequência, o contraditório em sede recursal.

Na hipótese, ao contrário de que sustenta a defesa da ré, observa- se que a representante ministerial, em suas razões recursais, expôs os motivos pelos quais entende que a referida decisão merece ser reformada, não havendo, portanto, falar em violação ao princípio da dialeticidade.

Rejeita-se, pois, a preliminar arguida pela defesa de Jéssica Pâmela da Silva.

De igual modo, deve ser rejeitada a prefacial de intempestividade do apelo ministerial levantada pela defesa dos acusados Elielson Paulino Maciel, Roseli Batista de Oliveira, Aline Oliveira da Silva Camargo e Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira.

De início, cumpre salientar que, vinha entendendo que a intimação pessoal do ministério público se aperfeiçoa com o mero recebimento dos autos, sendo, pois, indiferente, o momento em que o promotor de justiça irá consultar os autos e emitir o seu "ciente".

Ocorre que, revendo meu posicionamento anterior, sobretudo em razão do entendimento que consolidou-se em ambas as turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, a remessa dos autos ao órgão ministerial via portal do Tribunal de Justiça, tem como termo inicial o da efetiva consulta ou do recebimento automático no 10º do envio da intimação, conforme art. 5º, da Lei de Processo Eletrônico nº 11.419/05, que assim estabelece. Vejamos:

> *"Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2.º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.*

> *§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo. (...).”*

A propósito, colho como exemplo os seguintes julgados:

> *“(...) PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – APELAÇÃO – PARQUET ESTADUAL – INTIMAÇÃO ELETRÔNICA – DATA DE EFETIVA CONSULTA – ART. 5º DA LEI Nº 11.419/2006 – APELAÇÃO TEMPESTIVA – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. Para a jurisprudência deste Superior Tribunal, a Lei n. 11.419/2006 não faz exceção ao Ministério Público, devendo-se, em atendimento à igualdade das partes no devido processo legal, aplicar a mesma regra dos §§ 1º e 3º, do art. 5º desta lei, ao órgão ministerial (AgRg no AREsp n. 1.147.557/MS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 30/5/2018). 2. Nos termos do art. 5º, §§ 1º e 3º, da Lei 11.419/2006, a intimação eletrônica considera-se realizada no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, a qual pode ser realizada em até 10 dias, contados da data do seu envio, sob pena de se considerar a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo. 3. O Tribunal de origem, ao entender que a intimação eletrônica foi considerada realizada no dia em que os autos foram disponibilizados no sistema eletrônico da instituição, divergiu do entendimento jurisprudencial desta Corte. 4. Agravo regimental não provido.”* (STJ, AgRg no REsp 1792793/MS, Rel. Min Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 12/03/2019, DJe 25/03/2019).

> *“(...) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO – PARQUET ESTADUAL – INTIMAÇÃO ELETRÔNICA – REMESSA DOS AUTOS VIA PORTAL DO TRIBUNAL – DIES A QUO – DATA DE EFETIVA CONSULTA – ART. 5º DA LEI Nº 11.419/2006 – APELAÇÃO TEMPESTIVA – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. A realização da intimação eletrônica se dá no dia em que o intimando efetuar a consulta eletrônica ou, não sendo essa realizada no prazo de 10 dias corridos, contados da data do envio, deverá ser considerada como realizada tacitamente no último dia do prazo dos 10 dias previstos para consulta (Lei n. 11.419/2006). 2. Para a jurisprudência deste Superior Tribunal, a Lei n. 11.419/2006 não faz exceção ao Ministério Público, devendo-se, em atendimento à igualdade das partes no devido processo legal, aplicar a mesma regra dos §§ 1º e 3º, do art. 5º desta lei, ao órgão ministerial. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido.”* (STJ, AgRg no REsp 1762101/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 16/10/2018, DJe 13/11/2018).

Desta forma, considerando que se trata de processo eletrônico, os autos foram encaminhados no dia 18/06/2019 (f. 731), sendo que na data de 25/06/2019, diante da inexistência de leitura da intimação eletrônica, foi certificado que o ministério público restou intimado da sentença (f. 742) – sendo que o recurso fora interposto na data de 28/06/2019, ou seja, dentro do quinquídio legal.

Portanto, revendo meu posicionamento anteriormente adotado, rejeita-se a preliminar para que seja conhecido e apreciado o recurso ministerial.

Superadas as preliminares, passo à análise do mérito dos recursos conjuntamente.

Após esmiuçar detidamente todo o cotejo de provas existente nos autos, a sentença prolatada pelo juiz *a quo* não merece qualquer retoque. Esta realidade encontra pleno amparo na farta prova oral produzida, trazida de maneira clara e detalhada na sentença, a qual peço vênia para transcrevê-la, evitando-se, de tal forma, a indesejada tautologia:

"II.1 – Da ocorrência material dos fatos e da autoria:

A ocorrência material dos fatos, especificamente quanto ao roubo, mediante concurso de pessoas e violência ou grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, no estabelecimento comercial denominado Relojoaria Glória, em Caarapó-MS, no dia 20 de julho de 2018, restou comprovada mediante boletim de ocorrência, gravações, termo de apreensão, depoimentos e interrogatórios colhidos na fase inquisitorial e em juízo.

*Igualmente, restou comprovada, através dos laudos periciais (*f. *262-270, 271-286 e 535-540), boletim de ocorrência, termos de apreensão, além de depoimentos e interrogatórios colhidos na fase inquisitorial e em juízo, a ocorrência material dos fatos narrados na denúncia no tocante a existência, no dia 20 de julho de 2018, na residência situada na Rua Antonio Bortoloti Filho, nº59, em Caarapó-MS, de: uma granada, cor verde, marca EOT M14 CEV01, lote 098 B; um revólver e munições de uso permitido, calibre .38, cabo emborrachado, marca Rossi, numeração E224397; uma pistola e munições de uso restrito, 9mm, marca Bersa S/A, numeração 976126; e um revólver calibre .38, cabo preto, marca Taurus, com numeração raspada.*

No tocante a autoria, verifica-se ter sido produzido o seguinte na fase inquisitorial:

A filha da vítima, Lucelei Salatini, disse que, naquela ocasião, adentraram o estabelecimento dois sujeitos armados, os quais renderam o segurança e, mediante ameaça, subtraíram diversos bens que foram em seguida recuperados pela polícia (f. 20).

O segurança do estabelecimento comercial, Israel Ferreira, e a funcionária do local, Oracelia Andrade Barros, prestaram depoimento em sentido semelhante (f. 21 e 23).

O policial civil Fabio Regis, em depoimento (f. 15-16), afirmou ter sido acionado em razão da ocorrência do roubo praticado por duas pessoas, as quais fugiram em uma motocicleta, mas, após diligências, foram localizados, com mais uma pessoa, na residência mencionada na denúncia, em poder de armas de fogo, munições e dos objetos subtraídos, tendo confessado a prática do delito. Naquela ocasião, segundo o policial, dois dos sujeitos confessaram a execução do roubo, ao passo que o outro afirmou ter se limitado a prestar apoio com um veículo, tratando-se, pois, de Carlos, Elielson e Alisson.

Ao ser interrogada pela autoridade policial, a acusada Aline Oliveira da Silva disse ser convivente do acusado Carlos Augusto, o qual, no dia anterior aos fatos, solicitou que ela viesse de Dourados-MS para Caarapó-MS para trazer dinheiro para que ele adquirisse comida e combustível, o que aceitou. Ao chegar na entrada da cidade, foi recepcionada pela acusada Roseli, a qual a levou até uma residência onde se encontravam os demais acusados, tendo permanecido no local. Ainda, afirmou que, no dia seguinte, Carlos, Elielson e Alisson saíram cedo, dizendo que buscariam pão, mas retornaram de carro, sendo que o primeiro trouxe um saco, tendo pedido para Jéssica um quarto, onde entrou com os dois últimos. Todavia, em razão de ouvir discussão entre eles, adentrou ao mencionado cômodo, momento em que tomou conhecimento das joias subtraídas, mas, em seguida, saiu do quarto e ficou aguardando na sala (f. 38-39).

A acusada Jéssica Pamela da Silva afirmou residir na casa onde ocorreu a prisão, com seus pais e três filhos, além da corré Roseli, sendo que desconhecia o delito praticado na relojoaria e não teve qualquer participação. Aduziu que, no dia anterior ao delito, chegou em sua residência um veículo branco, ocupado por três homens, os quais conversaram com Roseli, sendo que esta, em seguida, informou serem seus amigos e que ficaram sem combustível, necessitando ficar em sua residência até que a esposa de um deles chegasse de Dourados com o dinheiro, razão pela qual aceitou lhes dar hospedagem. Ainda, disse que, na noite do dia 19/07/2018, sua amiga Roseli foi até a rodoviária buscar a esposa de seu amigo, a qual também dormiu na casa. No dia seguinte, às 07:30h, os três homens saíram com o carro branco dizendo que iriam comprar pão, tendo retornado após trinta minutos portando uma sacola grande, a qual levaram para seu quarto, mas só teve conhecimento do que se tratava quando da chegada da polícia ao local (f. 47-48).

A acusada Roseli Batista de Oliveira disse que, em 19/07/2018, os acusados Carlos, Alisson e Elielson pediram hospedagem, tendo lhe ofertado a sua casa que estava sendo reformada, pois já conhecia o primeiro, sendo que, à noite, buscou a esposa de Carlos próximo à rodoviária e, após, todos dormiram. Ainda, afirmou que, no dia seguinte, os acusados Carlos, Elielson e Alisson saíram dizendo que comprariam pão, tendo o último se utilizado de um veículo, ao passo que os demais podem ter saído com a motocicleta que chegaram no dia anterior. Depois disso, porém, todos retornaram no carro, no qual trouxeram uma sacola e a guardaram em um quarto, tendo tomado conhecimento do que se tratava somente quando adentrou ao mencionado cômodo e se deparou com joias e armas, sendo que pouco tempo depois a polícia chegou no local (f. 57-58).

O acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira confessou ter praticado o roubo com o auxílio dos acusados Elielson e Alisson, bem como utilizando-se de uma arma de fogo do tipo pistola. Porém, negou a participação das corrés ou o conhecimento a respeito da granada encontrada na residência (f. 67-68).

Por fim, os acusados Elielson Paulino Maciel e Alisson Jhone Batista dos Santos optaram por ficar em silêncio (f. 77 e 85).

Em juízo, as provas produzidas foram as seguintes:

A filha da vítima, Lucelei Salatini prestou depoimento semelhante ao colhido na fase inquisitorial, tendo relatado, também, que dois eram os sujeitos que portavam armas de fogo e praticaram o roubo, sendo que, após, fugiram do local utilizando-se de uma motocicleta e que, segundo informações de terceiros, havia um veículo Toyota Etios dando cobertura aos autores do fato (f. 579). Disse que os autores subtraíram também pequena quantia em dinheiro do local.

*Igualmente foram os depoimentos dos funcionários do local, Oracélia Andrade Barros e Israel Ferreira, tendo aquela acrescentado, porém, que acha ter visto a acusada Roseli dias antes na loja, sem, no entanto, ter certeza (*f. *579).*

O policial civil Milto Rubens da Silva disse que, após acionados em virtude do roubo, compareceram ao local e assistiram o vídeo de monitoramento do estabelecimento, no qual foi possível perceber que os dois assaltantes fugiram em uma moto, mas foram seguidos e ultrapassados por um veículo, tendo, então, se iniciado as buscas pelos bairros da cidade, sendo que, em determinado momento, viram o carro das imagens em uma residência, razão pela qual adentraram o local e se depararam com os acusados, inclusive as corrés, em um quarto separando os bens subtraídos, sendo que um dos homens estava com um revólver na cintura, havendo outras duas armas de fogo cuja propriedade foram assumidas pelos demais acusados do sexo masculino. Após serem conduzidos para a delegacia de polícia civil, o acusado Carlos disse que o roubo tinha como propósito angariar recursos para assaltar um carro-forte e que era o mentor do crime, tendo convidado Alisson para participar, prestando apoio com seu veículo, ao passo que Elielson seria também executor do delito. Por sua vez, uma das acusadas, de cabelo loiro (Jéssica), disse ter cedido sua residência para Carlos, foragido do regime semiaberto, a pedido de sua esposa Aline, para que ele realizasse um trabalho. Explicou que os acusados estariam na residência há mais de uma semana planejando o delito e que a granada foi encontrada após terem encontrado uma fotografia do mencionado armamento no veículo Toyota Etios, momento em que os acusados informaram que estava embaixo da cama no quarto (f. 579).

O policial civil Fabio Regis Brito disse que, após notícia do roubo, compareceram ao local e assistiram o vídeo de monitoramento, tendo percebido que um veículo prestou apoio aos assaltantes. Em seguida, visualizaram o veículo em uma residência e adentraram o local, tendo presenciado todos os acusados, inclusive as mulheres, em um quarto, onde estavam os bens subtraídos. Naquela ocasião, Carlos afirmou ter o mentor da empreitada criminosa, sendo que, em razão da namorada de um dos acusados ser amiga de uma das corrés, eles conseguiram hospedagem na residência onde foram encontrados. Os acusados Carlos, Elielson e Alisson confessaram a prática do roubo, tendo relatado que os dois primeiros

executaram o fato, ao passo que o segundo prestou apoio na fuga, pois aqueles abandonaram a motocicleta utilizada, logo após o delito, e adentraram no veículo conduzido por Alisson. O policial afirmou, ainda, que, quando da prisão, encontraram uma arma de fogo (revólver 38) no interior do veículo Toyota Etios, no porta-luva, outra na cintura de um dos acusados e uma pistola 9mm em um armário, cuja propriedade desta última foi assumida pelo acusado Carlos. A granada foi encontrada embaixo da cama, tendo Carlos afirmado que era deles e seria usada em um roubo (f. 579).

Ao ser interrogada, a acusada Roseli Batista de Oliveira afirmou que já conhecia Carlos, pois foi sua vizinha em Dourados-MS, razão pela qual lhe concedeu hospedagem na residência que morava com Jéssica, no dia 19/07/2018, em Caarapó-MS, assim como aos corréus Elielson e Alisson, pois aquele iria até Amambaí-MS, mas ficou sem dinheiro para o combustível e para o conserto do carro que estava, necessitando aguardar sua esposa para ajuda-lo, tendo esta, posteriormente, chegado em Caarapó-MS e também dormido na residência, onde ainda moravam a acusada Jéssica, seus pais e os filhos, os quais, todavia, não conheciam os demais acusados. No dia seguinte, logo cedo, os acusados Carlos, Elielson e Alisson saíram de carro dizendo que comprariam pão, mas, passado algum tempo, retornaram com uma sacola, sem o pão, e pediram à Jéssica, dona da casa, para usarem um quarto, onde adentraram, enquanto as acusadas mulheres ficaram conversando em outro local da casa. Em determinado momento, porém, ouviram uma discussão no quarto, tendo Aline ido até o quarto, acompanhada da interroganda e da acusada Jéssica, quando viram as joias subtraídas, sendo que, logo em seguida, a polícia chegou ao local. Relatou terem sido encontradas três armas de fogo no local, uma em poder de Elielson, mas não sabe quem eram os donos das demais, bem como ter ido até o local subtraído dias antes para ver o preço de uma corrente ou pingente, que presentearia o namorado ou um amigo. Por fim, disse que não tinha conhecimento dos delitos que seriam praticados (f. 579).

A acusada Jéssica Pamela da Silva disse que somente conhecia anteriormente a acusada Roseli, que morava em sua residência, conhecendo os demais corréus no dia 19/07/2018, pois esta afirmou que conhecia Carlos, Elielson e Alisson, que chegaram ao local com um veículo e precisavam de hospedagem até que a esposa do primeiro chegasse com dinheiro e pudessem partir no dia seguinte, tendo aceitado abriga-los, sendo que Aline, esposa de Carlos, ficou na residência, ao passo que os acusados do sexo masculino dormiram em um quarto aos fundos, que era a construção da residência de Roseli. No dia seguinte, Carlos, Elielson e Alisson saíram dizendo que comprariam pão, tendo retornado com o pão que compraram, e pediram para usar um quarto, o que foi autorizado. Todavia, enquanto se encontrava do lado de fora da residência, sentada tomando cerveja às 08:00h, a polícia chegou ao local e prendeu todos, somente tendo tomado conhecimento dos bens subtraídos e das armas de fogo na delegacia. Não viu motocicleta em poder dos acusados e não sabia que eles praticariam o roubo (f. 579).

A acusada Aline Oliveira da Silva disse ser esposa do acusado Carlos, o qual, por ter se evadido do cumprimento de pena de regime semiaberto de Dourados-MS, avisou que iria embora para não ser preso. Passados dois dias aproximadamente, Carlos ligou dizendo que estava em Caarapó-MS e que necessitava que ela levasse algum dinheiro para que pudesse colocar combustível no veículo e seguir viagem. Em razão disso, pegou carona e trouxe cinquenta reais para o acusado, o qual estava na residência da acusada Roseli, a qual não conhecia anteriormente, assim como Elielson ou Alisson. Chegou em Caarapó-MS na noite do dia 19/07/2018, tendo sido buscada por Roseli em um Ford Ka prata na entrada da cidade e levada até a residência em que todos estavam, onde deixou o dinheiro com seu marido e depois foi dormir, pois retornaria para Dourados-MS no outro dia. Ao amanhecer, os acusados Carlos, Elielson e Alisson saíram dizendo que comprariam pão e retornaram logo em seguida, tendo adentrado em um quarto. Porém, como iniciaram uma discussão, foi até o mencionado cômodo ver o que ocorria, momento em que se deparou com as joias subtraídas, tendo o acusado Carlos dito para que "ficasse de boa", razão pela qual fechou a porta, mas foi no mesmo momento abordada pela polícia, a qual acabava de adentrar na residência (f. 581).

O acusado Carlos, ao ser interrogado, confessou ser o mentor intelectual do roubo, narrando ter inicialmente convidado o acusado Elielson para a prática do fato, o que foi aceito, tendo ambos vindo para Caarapó-MS utilizando-se de uma motocicleta. Todavia, ao analisarem o estabelecimento comercial que seria roubado, constataram que necessitariam de apoio de um veículo. Em razão disso, chamaram o acusado Alisson para vir até Caarapó-MS sob o pretexto de que iriam à uma festa, mas, ao chegar, lhe convidaram para participação no roubo, o que foi aceito, já que ele não tinha dinheiro nem para retornar ou para pagar o pedágio da rodovia. Em seguida, foram até à residência da acusada Roseli, a qual já conhecia, e pediu abrigo por uma noite, sem informar que praticariam o delito, mas apenas dizendo que consertariam o carro e partiriam no dia seguinte, o que também foi aceito. À noite, ligou para sua esposa, a acusada Aline, pedindo dinheiro para abastecer o carro e, por isso, ela se deslocou de Dourados-MS até Caarapó-MS trazendo R$ 50,00 (cinquenta reais), sendo recebida pela acusada Roseli e, em seguida, todos foram para a residência desta, onde também se encontrava a acusada Jéssica, que não tinha conhecimento do ilícito que praticariam. No dia seguinte, saíram cedo dizendo que comprariam pão, mas foram à relojoaria praticar o roubo, o qual foi executado por si e pelo acusado Elielson, ao passo que o acusado Alisson prestou apoio na fuga (ciente de que os demais utilizariam armas de fogo), utilizando-se de um veículo, no qual os dois primeiros adentraram após abandonarem a motocicleta utilizada para o roubo. Em seguida, tomaram rumo à rodovia, mas, ao constatarem que já estava sendo bloqueada pela polícia, optaram por retornar à residência de Jéssica. Ao chegarem ao local, pediu para que Jéssica saísse para comprar cerveja, dando-lhe o dinheiro que subtraiu no estabelecimento, entrou para o quarto, junto de Elielson e Alisson, com a sacola dos bens subtraídos, tendo a polícia logo após chegado ao local. A granada e a pistola 9mm eram de sua propriedade, objetos que portava quando do roubo, ao passo que os dois revolveres .38 pertenciam a Elielson. Afirmou que nunca trabalhou e exerce apenas a ocupação de assaltante, o que era de conhecimento de Roseli desde a época que foram vizinhos em Dourados-MS. As mulheres que estavam na casa são inocentes, assim como os idosos e crianças que se encontravam no local e não foram incluídos no inquérito.

O acusado Elielson Paulino Maciel também confessou a prática do roubo. Narrou ter sido convidado por Carlos, o qual já conhecia da prisão, tendo se deslocado de Campo Grande-MS até Caarapó-MS trazendo duas armas de fogo, ao passo que Carlos possuía uma granada e uma pistola. Todavia, ao analisarem o estabelecimento comercial, concluíram que seria necessário um veículo, razão pela qual chamou o acusado Alisson para vir até Caarapó-MS, sob o pretexto de irem à uma festa, mas, posteriormente, o convidou para participar do roubo, prestando auxílio na fuga com um veículo, o que foi aceito por ele, já que não possuía dinheiro nem para colocar combustível. No dia seguinte, praticou o roubo com o acusado Carlos e fugiram do local utilizando-se de uma motocicleta, a qual, em seguida, abandonaram e entraram no carro de Alisson, visando pegar a rodovia e fugir. Porém, avistaram várias viaturas da polícia, motivo pelo qual resolveram ir para a casa da acusada Roseli, a qual era conhecida de Carlos, e esconderam os produtos subtraídos em um quarto, sem o conhecimento daquela. Afirmou não conhecer Jéssica, Aline ou Roseli e que não dormiram na residência desta, mas que somente foram até lá após o assalto, sendo que, no momento da chegada da polícia, estava no quarto apenas com Carlos.

O acusado Alisson Jhone Batista dos Santos afirmou ter sido chamado por Elielson para vir até Caarapó-MS em um aniversário, sendo que, ao final, foi convidado para participar do roubo, prestando auxílio na fuga, o que aceitou, pois não tinha dinheiro para voltar para Dourados-MS. Relatou que, ao chegar em Caarapó-MS, foi recebido por Carlos e Elielson, tendo inicialmente se dirigido à residência de uma das corrés e somente após ido até à mencionada festa, onde ficaram até aproximadamente 4:00h, indo em seguida para a residência da amiga da Carlos. Já de manhã, Carlos e Alisson saíram cedo para a prática do roubo, sendo que saiu logo depois para comprar pão e resolver algumas coisas do carro e, em seguida, foi acionado para prestar o auxílio na fuga daqueles, mas, como a polícia fechou a rodovia, resolveram retornar para a residência e adentraram em um quarto, onde separavam os bens subtraídos, ao passo que as corrés estavam do lado de fora, mas, pouco tempo depois, a polícia chegou ao local. As armas de fogo pertenciam aos acusados Carlos e Elielson, sendo a granada pertencente ao primeiro."

Denota-se, assim, que diferentemente do que alegam as defesas dos acusados, há nos autos provas firmes e seguras acerca da materialidade e autoria dos crimes de roubo, associação criminosa e porte ilegal de arma de fogo e acessórios.

A materialidade dos delitos restou comprovada através do auto de prisão em flagrante (f. 10-14), Boletim de Ocorrência nº 954/2018 (f. 25-30), auto de apreensão (f. 31-32, 168 e 174), auto de avaliação direta (f. 33-35), pelos Laudos Periciais nº 35.966; e nº 35.967 (f. 262-270; e f. 271-286;), pelo laudo pericial realizado nos celulares apreendidos nº 36.202 (f. 443-533), pelo laudo pericial em objeto explosivo nº 139.276 (f. 535-540), bem como pelos depoimentos prestados pelas vítimas e testemunhas, inclusive, pelos interrogatórios dos acusados.

Quanto ao delito de roubo, as rés Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva postularam suas absolvições, alegando insuficiência de provas.

Apesar de as envolvidas negarem qualquer participação no roubo, tal afirmativa não encontra amparo no robusto conjunto probatório, já que, conforme depoimentos e interrogatórios detalhadamente expostos acima, elas foram encontradas pelos policiais no mesmo quarto em que os acusados Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, Elielson Paulino Maciel e Alisson Jhone Batista dos Santos, separando os bens que pouco antes haviam sido subtraídos.

Aliás, no que diz respeito à participação das rés no roubo, o juiz destacou na sentença:

> *"Além disso, Jéssica e Roseli apresentaram versões conflitantes a respeito da dinâmica dos fatos, em especial quanto ao motivo que teriam dado abrigo aos mencionados acusados na residência, havendo contradição até mesmo quanto a eles terem comprado o pão no dia dos fatos, como chegaram ao local, se havia uma motocicleta e onde estavam no momento da chegada da polícia.*
>
> *Ressalte-se, por ser oportuno, que a acusada Roseli já sabia do histórico criminal do acusado Carlos e, alguns dias antes do roubo, esteve no estabelecimento comercial que foi roubado.*
>
> *Aliás, em que pese a afirmação das rés Jéssica e Roseli de que, por um acaso, Carlos, Elielson e Alisson compareceram ao local e solicitaram hospedagem por um dia, bem como de que Aline chegou em Caarapó-MS somente posteriormente, consta expressamente da conversa pelo aplicativo WhatsApp entre os dois últimos de que a residência de apoio já estaria disponível dias antes do ocorrido (*f. *528) e que Aline veio com aqueles, sendo, portanto, inverídica a afirmação prestada por elas em juízo.*
>
> *Nesse tocante, isto é, da acusada Aline, não obstante a afirmação pouco provável de que teria se deslocado de Dourados-MS até Caarapó-MS para trazer apenas cinquenta reais para seu marido, o acusado Carlos, já que tal quantia não seria suficiente nem mesmo para que todos arcassem com alimentação e o combustível, a já mencionada conversa do aplicativo WhatsApp entre Alisson e Elielson demonstra que ela veio para Caarapó-MS junto dos demais acusados do sexo masculino, no seguintes termos (*f. *521):*
>
> *'(...) Cê sabe como que é muié (trecho inteligível)*
>
> *Ces fica ai até a muié do Carlim falá que tá pronta*
>
> *Na hora que falá que tá pronto cês só vem que eu abro o portão entra co carro embaixo pra num ficá (trecho inteligível), tendeu? – transcrição de áudio enviada em 18 de julho de 2018, às 14h27min (...)'.*
>
> *Desse modo, não há dúvidas de que as acusadas Aline, Roseli e Jéssica prestaram auxílio material no roubo praticado pelos demais acusados, fornecendo-lhes alimentação, hospedagem e auxiliando na separação e ocultação dos bens apreendidos (...)".*

Com efeito, é impertinente a alegação das apelantes Aline, Jéssica e Roseli, de que não há provas de suas participações no crime de roubo, pois elas foram flagradas na "casa de apoio", separando as joias recém subtraídas, razão pela qual deve ser mantida a condenação das apelantes.

Por sua vez, o apelante Alisson Jhone Batista dos Santos requereu o reconhecimento da participação de menor importância quanto ao delito de roubo, assim como o afastamento das majorantes.

Não lhe assiste razão.

Conforme bem anotou o juiz prolator da sentença (f. 687),

> *"(...) de todo o contexto acima transcrito, conclui-se não haver dúvidas de que Carlos, confesso mentor da empreitada criminosa, portando uma granada e uma pistola 9mm, e Elielson, o qual portava dois revólveres .38, executaram o roubo à joalheira, tendo contado com o auxílio de Alisson, o qual, ciente de todas as circunstâncias, lhes prestou auxílio na fuga, exercendo, pois, como inclusive dito pelos próprios réus ao serem interrogados, atividade indispensável para a prática do delito, sem a qual este não teria ocorrido, motivo pelo qual fica evidente que ele possuía o domínio final do fato, não podendo ser reputado como mero partícipe".*

O próprio réu Alisson Jhone Batista dos Santos admitiu que aceitou o convite para participar do roubo à relojoaria, cuja função seria dar fuga aos corréus Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira e Elielson Paulino Maciel, sendo que após estes realizarem o assalto e fugirem em uma moto, foi acionado para prestar auxílio na fuga, tendo Carlos e Elielson abandonado a motocicleta e adentrado em seu veículo, tomando rumo à rodovia, mas como a polícia já havia bloqueado a rodovia, retornaram à "residência de apoio".

Os corréus Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira e Elielson Paulino Maciel, ao serem interrogados em juízo, confirmaram a versão de Alisson Jhone Batista dos Santos, dizendo que após adentrarem na relojoaria e realizaram o assalto, fugiram em uma moto até serem apanhados por Alisson em seu veículo.

Deste modo, ficou bem definida a participação dos acusados no assalto, com nítida divisão de tarefas entre eles e, ainda que o apelante Alisson não tenha entrado na relojoaria, evidentemente que aderiu às condutas dos demais, exercendo papel decisivo para a concretização do crime.

Aliás, mesmo não tendo praticado os atos executórios da infração penal, o apelante Alisson assumiu o risco do resultado delituoso, pois tinha plena consciência de que seria realizado o roubo e aderiu à conduta, tendo contribuído para o "sucesso" da prática delituosa.

Logo, não há que se falar em participação de menor importância, cuja objetividade legal é o abrandamento da pena em reservadas hipóteses em que o agente presta mínimo e periférico auxílio à perpetração da infração penal, mas não nos casos em que há importante divisão de tarefas entre os coautores envolvidos, como ocorreu na espécie.

Guilherme de Souza Nucci, em comentários ao assunto, realça:

> *"Impossível o reconhecimento da participação de menor importância se o agente contribui ativa e conscientemente para o sucesso da empreitada criminosa, possuindo, pois, o domínio funcional do fato"* (Código penal vomentado. 16. ed. Forense, 2015. p. 325).

Não restam dúvidas, portanto, da atuação conjunta, em coautoria, para realização da conduta antijurídica, na medida em que é evidente o vínculo subjetivo que os unia com a finalidade de delinquir.

Destarte, inaplicável no presente caso a participação de menor importância.

A defesa do apelante o apelante Alisson Jhone Batista dos Santos ainda pediu o afastamento das majorantes (concurso de pessoas e emprego de arma de fogo).

De igual modo, também não há como acolher a pretensão nesse ponto.

Constou da parte dispositiva da sentença:

> *"(...) Porém, conforme já fundamentado, o réu praticou o fato em concurso com outros indivíduos, ensejando, portanto, a incidência da causa de aumento referente ao artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, razão pela qual, considerando que as demais circunstâncias constantes da fundamentação serão utilizadas para a tipificação de outros delitos ou para a incidência de causa de aumento diversa, aumento sua pena em 1/3 (um terço), passando a dosa-la em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa.*
>
> *Outrossim, a violência ou grave ameaça no roubo foi exercida com emprego de armas de fogo, motivo pelo qual aplico, também, a causa de aumento de 2/3 (dois terços), prevista no § 2º-A, I, do Código Penal, fixando a pena definitiva do acusado, para este delito, em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 21 (vinte e um) dias-multa."*

Quanto à causa de aumento do concurso de pessoas, sem maiores delongas, não tem como decota-la da condenação. Afinal, restou evidenciado nos autos que o apelante Alisson Jhone Batista dos Santos praticou o delito de roubo descrito na denúncia na companhia dos demais corréus.

Com relação à majorante do emprego de arma, o simples fato de Alisson Jhone Batista dos Santos não ter entrado na relojoaria portando arma de fogo, tarefa incumbida aos corréus Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira e Elielson Paulino Maciel, não afasta a sua incidência, na medida em que tinha ele conhecimento da prática do roubo pelos comparsas e do armamento que seria utilizado no assalto.

Por outro lado, trata-se de circunstância objetiva, que se comunica a todos, em igualdade de situação. Confira-se:

> *"PENAL – CRIMES DE ROUBO COM USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS E DE RECEPTAÇÃO TENTADA – PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA – ALEGAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO MENOS IMPORTANTE – IMPROCEDÊNCIA – FALTA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO – PROVA SUPRIDA PELO DEPOIMENTO VITIMÁRIO – CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. (...). 4. A majorante do uso de arma é circunstância objetiva do crime que se comunica aos coautores, ante a presença do vínculo subjetivo. A sua efetiva utilização pode ser apurada por testemunhos idôneos, ainda que não tenha sido apreendida e periciada. 5 (...)."* (TJDF; APR 2016.04.1.006154-5; Ac. 101.8728; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. George Lopes Leite; Julg. 11/05/2017; DJDFTE 26/05/2017).
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO CP, ART. 157, §§ 2º, II, E 2º-A, I). (...). 4. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. 4.1. PROVA – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA – RECONHECIMENTO DO ARTEFATO. 4.2. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA – COMUNICABILIDADE (CP, ART. 30). (...) 4.2. A utilização de arma de fogo no cometimento do delito de roubo constitui circunstância objetiva que se comunica a todos os agentes da prática. 5. (...)."* (TJSC; ACR 0015693-82.2018.8.24.0023; Florianópolis; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Rizelo; DJSC 10/05/2019; Pág. 486).

Com isso, ficam mantidas as majorantes previstas no art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal.

Reivindicou, ainda, a defesa de Alisson Jhone Batista dos Santos, a sua absolvição dos delitos previstos no art. 16, parágrafo único, incisos III e IV, da Lei nº 10.826/03.

O pedido não comporta acolhimento.

Muito embora o acusado Alisson tenha afirmado que as armas encontradas pertenciam aos corréus Carlos e Elielson, bem como que a granada pertencia àquele, o policial Fábio Régis Brito foi categórico em afirmar que, quando da prisão, apreenderam uma arma de fogo (revólver 38) no interior do veículo Toyota

Etios, mais precisamente no porta-luvas, sendo induvidoso que tal veículo era o conduzido por Alisson Jhone Batista dos Santos no momento em que deu fuga aos demais comparsas após o roubo.

Frisa-se que a arma encontrada no veículo de Alisson era a que continha numeração de série suprimida.

Sobre a granada, malgrado o corréu Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira tenha confessado ser o único proprietário do artefato explosivo, verifica-se da conversa no aplicativo *WhatsApp* entre Alisson e Elielson que o mencionado instrumento bélico pertencia também a eles, conforme se infere do laudo pericial de f. 443-533, em conversa travada entre Alisson e Elielson:

> *"(...) AJhony- Já mostrei o status já.*
>
> *(...)*
>
> *Heim padrinho? Tem seis na minha e seis na sua, tranquilo, mesma coisa de dois oitão. Nóis indo com o oitão nóis ia pegá do mesmo jeito. Com seis seis nói vai atirá em ninguém. Fica tranquilo, padrinho. De boa, a sua tá completa, se preocupa ca sua, que você que vai sê minha contenção, haha.*
>
> *(...)*
>
> *'Elielson: Nóis tem que se precavê, mano. Tô querendo pegá até o Loquinho pra gente leva a granada. Rapaiz, cê tá loco? Nói num tá brincando não, mano. É nossa vida, tio. Tendeu, mano? Tá ligado, tio. O bagúio é nossa vida, tio. 14h30min. Quem garante que num vai tê um (trecho ininteligível) o herói. (trecho ininteligível) a fita, (trecho ininteligível). Nóis tem que se prepara (trecho ininteligível), tio. Cê tá ligado, cê num é bobo. 14h31min.*
>
> *AJhony: La não da pra pegar agora, ontem nos louco esqueceu.*
>
> *(...)".*

Observa-se do diálogo acima que os interlocutores falaram a respeito da granada e das armas de fogo, ressaltando que não estavam brincando, bem como que tinham que estar preparados pois eram suas vidas que estavam em jogo.

Assim sendo, de rigor a manutenção da condenação do apelante Alisson Jhone Batista dos Santos pelos delitos previstos no art. 16, parágrafo único, incisos III e IV, da Lei nº 10.826/03.

Por oportuno, no tocante ao delito previsto no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/03 (granada), o Ministério Público Estadual, em suas razões, requereu a condenação das acusadas Aline Oliveira da Silva, Roseli Batista de Oliveira e Jéssica Pâmela da Silva.

Não vejo como acolher a pretensão ministerial.

Assim como não há provas de que as rés estavam associadas aos corréus, de maneira estável e permanente, para a prática reiterada de crimes, participando ocasionalmente apenas do roubo cometido na relojoaria em Caarapó, também não há nenhum elemento seguro nos autos a apontar que elas tinham conhecimento da granada apreendida na residência.

Salienta-se que o corréu Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira assumiu a propriedade da granada encontrada embaixo da cama, no quarto da residência, contudo, em momento algum disse que as apelantes sabiam do artefato, bem como que ele seria usado no assalto, situação que difere da dos corréus Alisson e Elielson, porquanto restou cristalino pelas conversas do aplicativo *WhatsApp* que o artefato explosivo também a eles pertencia.

Além disso, os policiais Milito Rubens da Silva e Fábio Régis Brito foram categóricos em dizer, após encontrarem a granada embaixo da cama da casa, que o apelante Carlos prontamente informou que era deles, ou seja, dele próprio, de Alisson e Elielson.

Desta feita, reputo inviável a condenação das apelantes Aline, Roseli e Jéssica pela prática do delito do art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/03.

No que tange ao deleito de associação criminosa, os réus Alisson Jhone Batista dos Santos, Elielson Paulino Maciel e Carlos Augusto Cramolisk, pleitearam a absolvição por insuficiência de provas.

Ocorre que, consoante se observa das provas amealhadas para o bojo dos autos, restou plenamente comprovada a prática do crime descrito no art. 288 do Código Penal pelos três apelantes.

Para a configuração do delito de associação criminosa, crime de concurso necessário, a reunião de três ou mais pessoas, com o fim de cometer crimes, deve ser estabelecida de modo habitual, vale dizer, com estabilidade e permanência, de modo a demonstrar que a intenção do grupo é a prática indeterminada de vários crimes, ainda que de naturezas diferentes.

Ademais, configura-se o delito, independentemente da efetiva prática dos delitos idealizados como objeto de ação do grupo criminoso.

No caso dos autos, as provas apontam os elementos constitutivos do tipo penal do artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, na medida em que os apelantes Alisson Jhone, Elielson e Carlos Augusto possuem alta periculosidade e são integrantes da organização criminosa denominada "PCC".

Como bem ressaltou a promotora de justiça em contrarrazões (f. 971-972):

> *"(...) Ressalta-se que o apelante Alisson Jhone e Elielson já foram denunciados nos Autos 0011334-88.2018.8.12.0002 por homicídio contra as vítimas Getúlio Vargas da Silva e Paulo Sérgio da Conceição dos Santos na cidade de Dourados-MS, fato ventilado nas conversas às páginas 472, 489 e 491, nas quais Elielson se "vangloria" de ter cometido os assassinatos.*
>
> *Consta ainda, que Elielson e Carlos tentaram praticar assalto em uma joalheria em Rio Brilhante (*f. *482, 491 e 496), e os apelantes Carlos, Alisson e Elielson já estavam sendo designados por uma pessoa denominada Elcio para o cometimento de outros crimes, dizendo que eles iriam ter toda a estrutura da organização (*f. *464).*
>
> *Importante destacar que o próprio apelante Carlos afirmou para o investigador de polícia civil Milto que o roubo foi feito a fim de se equipar para roubar um carro forte, demonstrando tratar-se de um grupo criminoso fortemente armado para a prática de roubos, mormente pelo bando estar em posse de uma granada."*

Portanto, não resta dúvida que os apelantes Alisson Jhone Batista dos Santos, Elielson Paulino Maciel e Carlos Augusto Cramolisk, associaram-se, de forma estável e permanente, para a prática de diversos crimes, porquanto a forma de execução do roubo em tela, semelhante à outra tentativa no município Rio Brilhante e os assassinatos em Dourados, indicam uma ação organizada e bem arquitetada, típica de um agrupamento contínuo, cenário que não se confunde com um ajustamento ocasional.

Posto isso, impõe-se a manutenção da condenação dos apelantes Carlos, Elielson e Alisson pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal.

Neste momento, cumpre destacar que a representante ministerial propugnou pela condenação das acusadas Aline Oliveira da Silva Camargo, Jéssica Pâmela da Silva e Roseli Batista de Oliveira, também pelo crime de associação criminosa, disposto no artigo 288, do Código Penal.

Contudo, em que pese o esforço ministerial, não se vislumbra nos autos prova vigorosa de que elas estivessem associadas, de modo estável e permanente, com os demais corréus. O que se tem é que Aline, Jéssica e Roseli tiveram participação apenas no delito de roubo, haja vista que foram encontradas pelos policiais no mesmo quarto em que os acusados Carlos, Elielson e Alisson, separando os bens que pouco antes haviam sido subtraídos.

Além disso, ficou comprovado que a residência de Jéssica e Roseli serviu de apoio aos demais integrantes para o cometimento do roubo, bem como que Aline veio junto com Carlos, Elielson e Alisson até Caarapó, como consta expressamente da conversa pelo aplicativo *WhatsApp* travada entre os dois últimos, não restando qualquer dúvida de que participaram, de maneira ocasional, mediante auxílio material, apenas do roubo perpetrado na "Relojoaria Glória".

Destarte, diante da inexistência de provas da associação estável e permanente entre as acusadas Aline Oliveira da Silva Camargo, Jéssica Pâmela da Silva e Roseli Batista de Oliveira e os corréus Alisson Jhone Batista dos Santos, Elielson Paulino Maciel e Carlos Augusto Cramolisk, para o fim de cometer crimes, agiu com o costumeiro acerto o magistrado ao absolvê-las da imputação pela prática do crime tipificado no art. 288 do Código Penal.

Dos pedidos subsidiários requeridos pelo Ministério Público Estadual.

Da pena-base.

O *Parquet* requereu a negativação das moduladoras referentes aos motivos e circunstâncias do delito para os apelados, sob o argumento de que o roubo foi duplamente majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo, cometido para angariar valores para a prática de outro roubo, um carro forte utilizado para transporte de valores, fortalecendo a organização criminosa do qual são integrantes - PCC.

Alegou, ainda, que o roubou foi praticado por uma quadrilha fortemente armada, inclusive com granada, executado em plena luz do dia, horário comercial, com pessoas transitando pelo local, colocando em risco a vida de pessoas por conta de sua ação e de seus comparsas.

Contudo, não me parece correto negativar as vetoriais dos motivos e circunstâncias do crime. Afinal, o fato de tratar-se de crime de roubo duplamente majorado – concurso de pessoas e emprego de arma de fogo – foi considerado pelo juiz na 3ª fase de fixação da pena, razão pela qual neutralizou a moduladora das circunstâncias do crime, evitando-se *bis in idem*.

Ao realizar a dosagem da pena-base no delito de roubo, o juiz asseverou:

> *"(...) as circunstâncias do crime não poderão, no caso, ensejar valoração negativa, já que o concurso de agentes e a utilização de armas de fogo serão consideradas para a aplicação das respectivas causas de aumento (...)".*

Com relação aos motivos do crime, não se olvida da gravidade do roubo, cometido por agentes armados, em plena luz do dia, com o fim de propiciar à organização criminosa recursos financeiros para a prática de novos delitos.

No entanto, ao menos sob o ponto de vista desta relatoria, nada que destoa da normalidade em delitos desse jaez.

O fato de o crime ter sido praticado por agentes armados, em hipótese alguma por servir de substrato para a negativação da moduladora em comento, já que, em se tratando de delito de roubo, o agente só o pratica mediante violência ou grave ameaça – elementos objetivos do próprio tipo penal -, independentemente do meio utilizado, no caso, portavam arma de fogo.

A prática do roubo, em plena luz do dia, nos moldes como se deu, também não enseja maior reprovação, uma vez que, embora presente outras pessoas no local e nas suas adjacências, não houve disparo de arma de fogo no cometimento do ilícito, tampouco informação de ofensa à integridade física ou moral de algum terceiro, a não ser em relação à vítima do delito.

Além disso, não se olvida que a finalidade do grupo era angariar recursos financeiros para a prática de novos delitos. Justamente por isso que os acusados Alisson Jonhe Batista dos Santos, Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira e Elielson Paulino Maciel foram denunciados e condenados pelo crime previsto no art.

288 do Código Penal, razão pela qual não se deve valorar negativamente a circunstância judicial dos "motivos do crime".

Portanto, mantem-se a pena-base dos todos os acusados pelo crime de roubo, tal como estabelecido na sentença.

Da compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante da reincidência, quanto ao apelado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira.

O ministério público clamou pelo afastamento da compensação realizada entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência na 2ª fase da dosimetria da pena, ao argumento de que Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira é multirreincidente.

Coberto de razão o órgão de acusação, uma vez que o acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira é multirreincidente, ostentando algumas condenações transitadas em julgado anteriores ao delito versado nos autos (f. 191-202), de modo que deve preponderar a agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAL VALORADAS – READEQUAÇÃO – CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA – PRETENDIDA COMPENSAÇÃO TOTAL – IMPOSSIBILIDADE ANTE A MULTIRREINCIDÊNCIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Afastam-se as moduladoras da personalidade e da conduta social, pois, revendo posicionamento anteriormente consolidado por este relator, passo a adotar o entendimento de que eventuais condenações do réu, transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência, não podem valorar negativamente as referidas moduladoras. Em relação às consequências do crime, a fundamentação utilizada pelo julgador não é suficiente para negativar a moduladora em questão, uma vez que o prejuízo patrimonial é ínsito aos delitos da espécie, enquanto os elementos probatórios revelam que as consequências são normais ao tipo penal. II – Conforme entendimento do STJ e também desta Corte, 'tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, e consequente compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade' (STJ. HC 477.184/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019), logo, não há ilegalidade a ser reconhecida. Contra o Parecer – Recurso Parcialmente Provido."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0009526-82.2017.8.12.0002, Dourados, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 30/07/2019, p: 31/07/2019).

Logo, na 2ª fase de fixação da pena, quanto ao crime de roubo, majoro a pena intermediária em 3 meses de reclusão e 2 dias-multa, ficando em 5 anos e 9 meses de reclusão e 15 dias-multa, quedando-se definitiva, já com o aumento em razão das majorantes na 3ª fase, em 12 anos 9 meses e 10 dias de reclusão e 32 dias-multa; quanto ao delito de associação criminosa, fica mantida a reprimenda em 2 anos 4 meses e 25 dias de reclusão; quanto ao delito do art. 16, parágrafo único, III (artefato explosivo - granada), da Lei nº 10.826/03, majoro a pena intermediária em 3 meses de reclusão e 3 dias-multa, ficando em 4 anos de reclusão e 15 dias-multa, quedando-se definitiva ante a ausência de outras causas modificadoras; quanto ao delito do art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, majoro a pena intermediária em 3 meses de reclusão e 3 dias-multa, ficando em 4 anos de reclusão e 15 dias-multa, quedando-se definitiva ante a ausência de outras causas modificadoras.

Da continuidade delitiva.

O Ministério Público Estadual pediu o afastamento da continuidade delitiva, com a aplicação do concurso material de crimes quanto às infrações descritas nos artigos 16, *caput*, e 16, parágrafo único, inciso III, ambos da Lei nº 10.826/03, praticadas pelo apelado Carlos Augusto, e quanto às infrações previstas nos artigos 16, parágrafo único, inciso III, e 16, parágrafo único, inciso IV, ambos da Lei nº 10.826/03, praticadas pelo apelado Alisson Jhone.

Verifica-se a continuidade delitiva quando o sujeito, mediante pluralidade de condutas, realiza um ou mais crimes da mesma espécie e que guardam entre si um elo de continuidade, em especial as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução (art. 71 do CP).

O instituto é baseado em razões de política criminal. O juiz, em vez de aplicar as penas correspondentes aos vários delitos praticados em continuidade, considera, por ficção jurídica, somente para aplicação da pena, a prática de um só crime pelo agente, que deve ter a sua reprimenda majorada.

O crime continuado tem como requisitos a pluralidade de condutas, a pluralidade de crimes da mesma espécie (aqueles protegendo igual bem jurídico), o elo de continuidade por meio das mesmas condições de tempo, lugar e a mesma maneira de execução, além de outras circunstâncias semelhantes (quaisquer outras circunstâncias das quais se possa concluir pela continuidade).

Pela dinâmica em que os fatos se deram, já bem delineadas linhas acima, restou claro que Alisson Jhone Batista dos Santos, Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira e Elielson Paulino Maciel, antes da prática do roubo à relojoaria, já estavam todos eles reunidos na "casa de apoio", com todos os armamentos que seriam utilizados e, também, com a granada, traçando planos para o cometimento do assalto.

Carlos Augusto foi surpreendido na posse de arma de fogo e munições de uso restrito (pistola 9mm, marca Bersa S/A, numeração 976126), sem autorização, enquanto Alisson Jhone portando arma de fogo com numeração suprimida (revólver calibre .38, cabo preto, marca Taurus), além da granada encontrada embaixo da cama da residência, pertencente a eles e Elielson Paulino Maciel, conforme ficou evidenciado pelas conversas do aplicativo *WhatsApp*.

Apesar dos acusados terem sido presos no mesmo contexto do delito de roubo, em poder dos armamentos e da granada, também restou demonstrado que eles não tinham como objetivo utiliza-los exclusivamente para a prática daquele, uma vez que, como constou do laudo pericial dos aparelhos de telefonia celular, praticariam novos delitos utilizando-se das armas, as quais já possuíam.

Assim, em se tratando de crimes previstos na Lei nº 10.826/03, de mera conduta ou de perigo abstrato, a toda evidência que os delitos previstos no art. 16, *caput*, e parágrafo único, incisos III e IV, da referida lei, consumaram-se quando da posse/porte ilegal das armas e do artefato bélico (granada) pelos réus, apreendidas na mesma residência, em momento único, ou seja, quando do retorno dos acusados para a residência já com os objetos do roubo à relojoaria.

Sinceramente, não vejo como aplicar a regra do concurso material de crimes, tese sustentada pelo Ministério Público Estadual, sobretudo diante da presença dos requisitos para a incidência da continuidade delitiva, como a pluralidade de condutas, de crimes da mesma espécie, e praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Destarte, concordo plenamente com o magistrado para manter a continuidade delitiva aplicada na sentença, com reflexos apenas em relação ao acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira. Isso porque com a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, houve a elevação de todas as reprimendas, inclusive a dos crimes previstos no art. 16, *caput*, e 16, parágrafo único, III, ambos da Lei nº 10.826-03.

Deste modo, tendo sido fixada em 4 anos de reclusão e 15 dias-multa para cada um dos crimes, aplicando-se a regra prevista no art. 71 do Código Penal, com o aumento de 1-6, tendo em vista o critério sedimentado na jurisprudência, no sentido de que este se dá de acordo com o número de infrações praticadas, a pena definitiva do acusado será de 4 anos e 8 meses de reclusão e 17 dias-multa.

Aplicando-se em seguida a regra do concurso material com os crimes de roubo e associação criminal, a pena total do acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira fica estabelecida em 19 anos 10 meses e 5 dias de reclusão e 49 dias-multa.

Por fim, no tocante aos prequestionamentos suscitados, convém registrar que ficam satisfeitos com a apreciação das matérias ventiladas no recurso interposto, não havendo necessidade, portanto, de que haja expressa manifestação sobre dispositivos tidos por violados. Outrossim, o juiz ou tribunal não estão obrigados a examinar, exaustivamente, todos os argumentos apresentados pelas partes, sendo suficiente que exponha de forma clara e precisa os argumentos de sua convicção, com a incidência das normas em que baseia sua decisão.

Ante o exposto, em parte com o parecer: a) rejeito as preliminares arguidas pela defesa de Jéssica Pâmela da Silva, bem como pela defesa dos acusados Elielson Paulino Maciel, Roseli Batista de Oliveira, Aline Oliveira da Silva Camargo e Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira; b) nego provimento aos recursos interpostos por Alisson Jonhe Batista dos Santos, Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, Elielson Paulino Maciel, Aline Oliveira da Silva, Jéssica Pâmela da Silva e Roseli Batista de Oliveira; c) dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, apenas para fazer preponderar a agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea em relação ao acusado Carlos Augusto Cramolisk de Oliveira, redimensionando a reprimenda, tornando-a definitiva em 19 anos 10 meses e 5 dias de reclusão e 49 dias-multa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

a) Rejeitaram as preliminares defensivas e, no mérito, negaram provimento aos recursos, por unanimidade, nos termos do voto do relator.

b) 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. 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, 26 de novembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0000362-56.2019.8.12.0024 – Aparecida do Taboado

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO IMPRÓPRIO – PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA PARA FURTO SIMPLES TENTADO – IMPOSSIBILIDADE – AGENTE QUE UTILIZA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE CONTRA A VÍTIMA PARA GARANTIR A POSSE DA *RES FURTIVA* – CONSUMAÇÃO CONFORME TEORIA DA *AMOTIO* – PRETENSÃO REJEITADA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – MODULADORA DA CULPABILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA AO CASO – PENA MANTIDA – PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO – IMPOSSIBILIDADE QUANDO OBSERVADA A SÚMULA 269 DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.

Tratando-se de hipótese em que, o agente, logo depois de subtraída a *res furtiva*, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro, estará consumado a forma do art.157, § 1º do CP, assim perfilado na Súmula 582, do STJ;

É válida a majoração da pena-base, tendo em vista a presença de elementos que extrapolam consideravelmente os normais à espécie, tal como a culpabilidade, quando verifique-se na situação, que o delito foi praticado mediante invasão do interior da residência das vítimas onde acredita-se pela maior segurança, além de período em que normalmente a vigilância ainda está diminuída;

Conforme teor da Súmula 269, do STJ, a imposição de regime semiaberto, mesmo para o caso de réu reincidente, dependerá do fato de todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, serem favoráveis e, a pena aplicada ser inferior a quatro anos;

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, 15 de outubro de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Osvaldo Marques das Neves Neto, contra a sentença de f. 175-183, que o condenou as penas de 04 (quatro) anos e 10 (dez) de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 1º, do Código Penal.

Nas razões de f. 208-212, pretende: no mérito, 1. a desclassificação do delito para o crime de furto, na forma tentada; subsidiariamente, 2. o afastamento da circunstância judicial da culpabilidade com redução da pena-base; e 3. a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 216-225 e 235-243, pelo desprovimento do recurso na íntegra, e prequestionamento das matérias elencadas.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Osvaldo Marques das Neves Neto, contra a sentença de f. 175-183, que o condenou as penas de 04 (quatro) anos e 10 (dez) de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 1º, do Código Penal.

Nas razões de f. 208-212, pretende: no mérito, 1. a desclassificação do delito para o crime de furto, na forma tentada; subsidiariamente, 2. o afastamento da circunstância judicial da culpabilidade com redução da pena-base; e 3. a alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 216-225 e 235-243, pelo desprovimento do recurso na íntegra, e prequestionamento das matérias elencadas.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da desclassificação delitiva.

Do caso, materialidade e autoria do crime não são objetos de controvérsias, até porque sobejamente comprovadas nos autos, cingindo-se o aresto impugnado, somente quanto a classificação delitiva a ser imputada ao réu, pela qual, pretende o recorrente ver tipificado o furto na forma tentada.

Segundo constou da denúncia:

> *"(...) no dia 25/02/2019, por volta das 06 horas, na residência localizada na rua Dom Aquino Correa, nº 4661, bairro Vila Dourado, nesta cidade de Aparecida do Taboado/MS, o denunciado subtraiu para si coisa alheia móvel pertencente à vítima Marcelo de Souza Azambuja, mediante violência contra a vítima e Anismar de Souza Azambuja, a fim de assegurar a impunidade do crime.*
>
> *Apurou-se que no dia, hora e local dos fatos, o denunciado subtraiu 01 (uma) bolsa de couro, avaliada em R$ 100,00 (cem reais) (f. 12), contendo a quantia de R$ 20,00 (vinte reais), documentos pessoais (RG, CPF, CNH, Título de eleitor), cartões de crédito, pertencentes à vítima, oportunidade em que adentrou na residência.*
>
> *Verificou-se ainda que ao sair da residência, o denunciado foi surpreendido pelas vítimas Anismar e Marcelo, ocasião em que passou a desferir socos e pontapés, bem como mordidas, com finalidade de assegurar a impunidade do crime."*

Na apreciação dos elementos probatórios que possibilitam entonar a tipificação do crime, tenho que bem delineados nos fundamentos da sentença, os quais, invoco como razões de apreciação do caso, como técnica *per relationem*, no seguinte:

> *"Nessa senda, a vítima Marcelo de Souza Azambuja asseverou que tinha saído para buscar pão e no retorno deixou o portão da residência aberto. Sua esposa levou algumas*

roupas para bater na máquina de lavar roupa e também deixou a porta dos fundos da casa aberta. Nessa hora o irmão do depoente, Anismar de Souza Azambuja estava chegando para buscar a filha do depoente para fazer exames médicos quando viu o acusado saindo da casa com alguns pertencentes. Consignou que Anismar pediu/gritou que o indivíduo "parasse" e o réu jogou os objetos no chão para tentar sair correndo. A esposa do declarante/vítima chamou-o e Marcelo e Anismar seguraram o acusado que havia entrado em luta corporal com os mesmos. O acusado agrediu as vítimas Marcelo e Anismar, tendo inclusive dado mordidas no depoente/vítima (f. 158). Os pertences subtraídos pelo réu consistiam em uma bolsa feminina e carteira do declarante, que acabaram ficando "esparramadas" pelo quintal quando foi surpreendido por Anismar de Souza Azambuja. Mostrada uma fotografia do réu, a vítima Marcelo de Souza Azambuja reconheceu-o novamente como sendo quem entrou em sua residência para subtrair seus pertences. Asseverou que o acusado foi dominado por ele e seu irmão e foi "revistado" pelos mesmos, tendo recuperado todos os seus pertences."

A outra vítima Anismar de Souza Azambuja, relatou que ia pegar a sobrinha para fazer exames em Santa Fé do Sul e ao passar em frente à residência do irmão/vítima (Marcelo de Souza Azambuja), viu uma bicicleta estacionada atrás da árvore e um indivíduo saindo de dentro da casa. Aduziu que parou o carro e viu quando o acusado tentou entrar novamente para dentro da residência quando percebeu que já tinha sido "descoberto"; então, jogou os pertences no chão e tentou evadir-se, mas foi segurado pelo declarante. O acusado entrou em briga corporal com o declarante. A cunhada quando viu o que estava ocorrendo, chamou o esposo/vítima Marcelo de Souza Azambuja, que correu e foi ajudar o depoente a segurar o acusado, sendo que Marcelo também foi agredido.

(...)

Por conseguinte, as declarações prestadas são seguras, coesas e sem contradição, encontrando amparo no restante do conjunto probatório.

Nessa senda, as fichas de pronto atendimento de f. 26-27 corroboram as asserções de que as vítimas em comento foram agredidas fisicamente pelo acusado.

Em somatório, o acusado disse em juízo que as acusações são verdadeiras. Relatou que realmente entrou na residência, em razão da "loucura da droga" e que "deu agressão", pois "mordeu o cara", no entanto, contou que foi para se defender. Asseverou que entrou na residência pela porta da frente, pois o portão e a porta da sala estavam abertos. Relatou que encostou sua bicicleta em frente à residência e entrou. Já dentro da residência encontrou uma bolsa e a revistou, mas não achou nada, então ia saindo no portão sem nada, "o cara" chegou de carro e o surpreendeu saindo, momento em que este "cara e um outro" começaram a agredi-lo, ocasião em que os mordeu para se soltar. Aduziu que entrou na residência porque estava "na loucura do crack", não chegou a levar nada, estava tudo jogado no chão, na porta da sala da residência. Perguntado sobre os socos e pontapés narrados na denúncia, o réu disse que "se debateu" para tentar se defender (f. 158).

A versão do réu de que não subtraiu nada e somente se defendeu das agressões não se coaduna com a prova dos autos, pois admitiu que "se debateu" e "mordeu as vítimas", tentando fugir, o que confirma o fato de que agrediu as vítimas para garantir a impunidade do crime.

Ademais, as provas dão conta de que a res furtiva foi encontrada ao solo e as vítimas declararam que revistaram o acusado para que este não ficasse com nenhum dos pertences, ou seja, foram restituídos apenas na delegacia de polícia (auto de exibição e apreensão, avaliação direta e entrega – f. 36-40), o que se coaduna com o asseverado pelas vítimas, sobretudo a vítima Anismar, de que os objetos estavam na posse do acusado e que, por ter sido surpreendido e tentando fugir, jogou-os pelo chão e acabou sendo dominado/imobilizado pelas vítimas até a chegada da polícia.

Destarte, a prova da autoria do roubo impróprio é farta e conducente à condenação do réu.

> *Desse modo, também não prospera a alegação defensiva de desclassificação para furto tentado, na medida em que, conforme exposto, o conjunto probatório demonstra cabalmente que o réu subtraiu a bolsa e a carteira de dentro da casa da vítima Marcelo e, somente ao ser surpreendido pelo irmão deste, a vítima Anismar, saindo com os pertences da vítima, é que jogou-os no chão e tentou empreender fuga, utilizando-se de violência (agressão física) para tanto, sendo impedido/contido pelas vítimas até a chegada da polícia.*
>
> *Com efeito, restou comprovado nos autos que o acusado, após efetuar a subtração de bens, empregou violência física contra as vítimas visando assegurar a impunidade do crime, o que configura a hipótese de roubo impróprio."*

Nesse contexto, de fato, a configuração do delito de roubo impróprio ou por aproximação, pressupõe que, logo depois de subtraída a coisa, o agente empregue violência ou grave ameaça contra a pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro (art.157, § 1º, do CP).

Como visto no caso, ficou demonstrado que o réu, primeiramente subtraiu a *res furtiva*, e quando abordado pelas vítimas, entrou em luta corporal no intuito de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa.

Logo, antes de empregar a violência, o apelante manteve a posse dos bens subtraídos, ainda que por breve espaço de tempo, de modo que a subtração se consumou, nos termos do posicionamento do STJ, cristalizado em sua Súmula 582.

Ademais, embora a defesa alegue que o apelante não poderia ser punido por roubo impróprio, porque empregou a violência com o intuito de se defender, tal finalidade é equivalente à descrita no tipo penal, qual seja, assegurar a impunidade do crime.

Portanto, a conduta do apelante amolda-se ao tipo descrito no art. 157, § 1º do CP.

Da redução da pena-base.

Pretender a redução da pena-base em razão do afastamento da valoração negativa da culpabilidade, alegando fundamentação inidônea do vetor.

Conforme delineou a sentença:

> *"(...) a culpabilidade exorbita a normal reprovabilidade da conduta, pois praticado em contexto de ofensa à inviolabilidade domiciliar, o que constitui relevante fator de intranquilidade e perturbação da paz das vítimas e familiares."*

Tal situação não pode ser desconsiderada, sendo que, a invasão do interior da residência das vítimas, onde acredita-se pela maior segurança, e em período em que normalmente a vigilância ainda está diminuída, são elementos concretos dos autos, que refletem um plus de reprovabilidade na conduta do agente, permitindo elevar a pena inicial, ainda mais por não tratar-se de argumento na configuração de crime autônomo, nem tratar-se do tipo incriminador sob imputação ao agente. Aliás, esse é o entendimento aplicado pelo STJ, nos REsp 1.213.467/RS, DJe 10/05/2015 e AREsp 1195387, DJe 21/03/2018.

Por essas razões, mantenho a pena tal como aplicada.

Do regime de pena.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deverá haver uma análise conjunta entre a primariedade do condenado, a quantidade da pena aplicada e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, conforme disposto no art. 33, §§ 2º e º, do estatuto repressivo.

Assim, o condenado reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias judiciais, assim indicado na Súmula 269, do STJ. Confira-se:

> *"(...) É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judicias".*

No caso dos autos, não só a pena do réu restou fixada acima de quatro anos, como também, foi reconhecida circunstâncias judicial e legal (culpabilidade e reincidência), as quais, à luz da jurisprudência posta, seriam fundamentos o suficiente a inibir, de imediato, o estabelecimento de regime diverso do fechado.

Assim, não acolho o pedido.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescinde de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença em todos os seus termos.

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, 15 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0002428-65.2016.8.12.0007 – Cassilândia

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ROUBO MAJORADO – ABSOLVIÇÃO – AFASTADA – PRETENSÃO PENA REDUÇÃO DAS PENA-BASES – IMPOSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO E PROPORCIONALIDADE – PENAS MANTIDAS – *BIS IN IDEM* NA CUMULAÇÃO DA MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES NO CRIME DE ROUBO COM A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – NÃO OCORRÊNCIA – PEDIDO DE DECOTE DAS CAUSAS DE AUMENTO – AFASTADO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Não há que se falar em absolvição quando o caderno de provas reunido durante a persecução penal demonstra seguramente que os apelantes praticaram os delitos que lhes foram imputados na denúncia.

O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, não há como diminuir a reprimenda, com mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

O magistrado possui discricionariedade na fixação da pena, não havendo que se falar em redução da quantificação de uma moduladora negativa quando esta respeita o princípio da proporcionalidade.

Conforme entendimento exarado pelo STJ, os delitos de roubo majorado pelo concurso de agentes e de organização criminosa são delitos independentes, com naturezas jurídicas distintas, bem como tutelam bens jurídicos diferentes.

Para aplicação da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, é prescindível a realização de perícia e, até mesmo, a apreensão da própria arma, bastando a prova, por qualquer meio idôneo, da utilização da arma durante a ação criminosa.

A incidência da causa de aumento prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CP, exige que o lapso temporal da privação da liberdade da vítima seja juridicamente relevante, o que se evidencia no caso concreto, pois a vítima foi dominada em poder dos réus e levada, sob ameaça e como refém, da sua residência até a saída da cidade, para que os apelantes pudessem assegurar a posse do carro roubado.

Comprovado nos autos que a caminhonete roubada pelos réus teve como destino o exterior, a causa de aumento deve ser mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento aos recursos, por maioria, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tratam-se de apelações criminais interpostas por Alexandre Roak da Silva, Anderson Luiz Rinaldi, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia/MS, que os condenou por infração do artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso III, da Lei nº 12.850/13 e artigo 157, § 2º, inciso I, II, IV e V, do Código Penal, respectivamente às penas de: 11 anos e 09 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 89 dias-multa (Alexandre); 13 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 225 dias-multa (Anderson); 13 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 103 dias-multa (Iago); e 14 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 288 dias-multa (Juliano).

Em suas razões (f. 1004-1028), o apelante Alexandre Roak da Silva pediu: a) a absolvição dos crimes de roubo majorado e organização criminosa; b) a redução da pena-base para o mínimo legal; c) a aplicação da atenuante da confissão espontânea, com redução da pena abaixo do mínimo legal; d) o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 157; e) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Prequestionou a matéria.

Os recorrentes Anderson Luiz Rinaldi, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz, no apelo de f. 1032-1049, pleiteou: a) a absolvição dos crimes de roubo majorado e organização criminosa; b) a redução da fração de aumento da pena referente as circunstâncias judiciais negativas para ambos os crimes; c) o decote da majorante do concurso de agentes, se mantida a condenação por organização criminosa, sob pena de *bis in idem*; d) o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 157. Prequestionou a matéria.

O MP ofereceu contrarrazões às f. 1053-1072, pugnando que seja negado provimento aos apelos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos defensivos (f. 1081-1084).

VOTO(EM 29/10/2019)

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Tratam-se de apelações criminais interpostas por Alexandre Roak da Silva, Anderson Luiz Rinaldi, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia/MS, que os condenou por infração do artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso III, da Lei nº 12.850/13 e artigo 157, § 2º, inciso I, II, IV e V, do Código Penal, respectivamente às penas de: 11 anos e 09 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 89 dias-multa (Alexandre); 13 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 225 dias-multa (Anderson); 13 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 103 dias-multa (Iago); e 14 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 288 dias-multa (Juliano).

Em suas razões (f. 1004-1028), o apelante Alexandre Roak da Silva pediu: a) a absolvição dos crimes de roubo majorado e organização criminosa; b) a redução da pena-base para o mínimo legal; c) a aplicação da atenuante da confissão espontânea, com redução da pena abaixo do mínimo legal; d) o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 157; e) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Prequestionou a matéria.

Os recorrentes Anderson Luiz Rinaldi, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz, no apelo de f. 1032-1049, pleiteou: a) a absolvição dos crimes de roubo majorado e organização criminosa; b) a redução da fração de aumento da pena referente as circunstâncias judiciais negativas para ambos os crimes; c) o decote

da majorante do concurso de agentes, se mantida a condenação por organização criminosa, sob pena de *bis in idem*; d) o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 157. Prequestionou a matéria.

O MP ofereceu contrarrazões às f. 1053-1072, pugnando que seja negado provimento aos apelos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos defensivos (f. 1081-1084).

É o que basta para análise da pretensão.

O Ministério Público Estadual apresentou denúncia pela prática da seguinte conduta delituosa:

> *"1. Do crime previsto no artigo 2º, §§ 2º e 4º, inciso III, da Lei nº 12.850/13:*
>
> *Nesse ano de 2016, nesta cidade de Cassilândia-MS, Alexandre Roak da Silva, Anderson Luiz Rinaldi, Arthur Willian Costa Reis, Iago Romão de Almeida, Isaias Nascimento e Juliano da Silva Queiroz promoveram e integraram pessoalmente organização criminosa, mediante associação de mais de quatro pessoas estruturalmente ordenadas, com divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter vantagem mediante a prática de infrações penais cuja pena máxima é superior a quatro anos, com caráter transnacional e com emprego de arma de fogo, destinando-se o produto da infração penal ao exterior.*
>
> *Nesse ano, os denunciados constituíram organização criminosa para a prática de crimes de roubo com emprego de arma de fogo e de furto de veículos automotores, especificamente caminhonetes, nesta cidade de Cassilândia-MS, destinando os produtos da subtração para a venda e troca por drogas no Paraguai.*
>
> *Isaias Nascimento arregimentou os executores Alexandre Roak da Silva, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz em Campo Grande-MS, a fim de, organizados mediante divisão de tarefas, praticassem crimes de furto e roubo de caminhonetes, levando-as para vende-las no Paraguai.*
>
> *Em seguida, Isaias Nascimento entrou em contato por celular com Anderson Luiz Rinaldi para que este identificasse possíveis veículos a serem furtados e/ou roubados nesta cidade de Cassilândia-MS e providenciasse a recepção e a estadia dos co-autores Alexandre Roak da Silva, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz para a execução dos crimes. Isaias Nascimento esclareceu que queria caminhonetes (f. 277-278 e 290).*
>
> *Anderson Luiz Rinaldi assim o fez, estabelecendo contato com Arthur Willian Costa Reis para que este providenciasse uma residência para Alexandre, Iago e Juliano se hospedassem. Arthur, então, colocou à disposição de Anderson, Alexandre, Iago e Juliano a residência localizada na Rua Francisco Barbosa Sandoval, nº 1.300, da qual era locatário.*
>
> *Ao mesmo tempo, Arthur encomendou de Alexandre, Iago e Juliano um veículo Siena, produto de furto, pois necessitava de peças para colocar em um outro veículo semelhante, avariado (f. 277-278).*
>
> *Arthur já mantinha em sua posse dois veículos furtados por Anderson: um Fiat Strada com placa de Minas Gerais e um VW Santana com placa de São José do Rio Preto-SP (f. 102-103).*
>
> *Assim, na primeira semana de setembro do corrente ano, Alexandre, Iago e Juliano, a mando de Isaias e previamente acordados com Arthur e Anderson, vieram para Cassilândia-MS num veículo Grand Siena de cor branca, encomendado por Arthur, para a realização dos furtos e roubos de caminhonete.*
>
> *Aqui chegando, Alexandre, Iago e Juliano entregaram o veículo Grand Siena de cor branca a Arthur e receberam dele a quantia de R$1.000,00 (comprovante do depósito da quantia de R$1.000,00 na conta bancária de Alexandre em anexo; Autos nº 0002203-45.2016.8.12.0007).*

Arthur tomou posse do veículo e o entregou à testemunha Luiz Henrique Batista Filho, proprietário do Lava Jato "Luma Lubrificantes", para que este lavasse o veículo, deixando-o lá por cerca de dez dias (f. 105).

Alexandre, Iago e Juliano foram recepcionados em Cassilândia-MS por Anderson e ocuparam a residência disponibilizada a eles por Arthur, lá pernoitando e fazendo suas refeições (no local foram encontrados pela Polícia Civil comprovantes de pagamento em débito automático em nome de Alexandre, de marmitex adquiridas no Restaurante Fogão a Lenha e compras no Supermercado Mix, ambos localizados nas proximidades da residência - f. 37; bem como embalagens de marmitex com o nome de Alexandre escrito f. 292-293. As compras foram comprovadas pelo extrato da conta bancária de Alexandre Autos nº 0002203-45.2016.8.12.0007, em anexo).

Arthur arcou com os custos da residência e também forneceu aos coautores Alexandre, Iago, Juliano e Anderson um veículo Fiat Uno do qual tinha a posse.

Todos os integrantes da organização criminosa possuíam e portavam armas de fogo.

Nesta cidade, Anderson, a mando de Isaias e com o auxílio de Arthur, passou a informar aos executores Alexandre, Iago e Juliano residências de pessoas que possuíam caminhonetes que poderiam ser furtadas ou roubadas. Nesse passo, Anderson informou e mostrou a eles a residência de Valdeci Gonzaga de Castro, conhecido como "Tom Cruise", proprietário de caminhonetes, indicando que a possível vítima ausentava-se da residência todos os domingos de manhã, pois mantinha comércio na feira do produtor naqueles dias e horários. Após o furto das caminhonetes de "Tom Cruise", Anderson receberia a quantia de R$10.000,00 (f. 277-278).

Enquanto aguardavam o domingo chegar, no dia 14.09.2016 Alexandre, Iago e Juliano, previamente acordados com Isaias e Anderson, praticaram crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo, concurso de pessoas, restrição da liberdade das vítimas e transporte para o exterior, de uma caminhonete GM S-10 e um veículo Hyundai HB20, além de outros objetos e uma arma de fogo, pertencentes às vítimas Marcelino Gonçalves e Adriana Rosa Dias. Alexandre, Iago e Juliano transportaram a caminhonete roubada para o Paraguai, acordando com os demais integrantes da organização Arthur, Anderson e Isaias, que retornariam em seguida a Cassilândia-MS para a prática de mais furtos de caminhonetes (f. 277-278).

Na semana seguinte, a mando de Isaias e previamente acordados com Arthur e Anderson, Alexandre, Iago e Juliano retornaram a Cassilândia-MS e praticaram mais três furtos de caminhonetes: contra a vítima Nelson Francisco de Oliveira no dia 19.09.2016 (boletim de ocorrência nº 1.575/16; inquérito policial nº 325/2016; Autos nº 0002432-05.2016.8.12.0007); contra a vítima Marcelo Cezar Vicente também no dia 19.09.2016 (boletim de ocorrência nº 1.577/16; inquérito policial nº 326/2016; Autos nº 0002431-20.2016.8.12.0007) e contra a vítima Édio Amim no dia 29.09.2016 (boletim de ocorrência nº 1.635/16; inquérito policial nº 347/2016; Autos nº 0002429-50.2016.8.12.0007). Os três veículos foram também transportados para o Paraguai e esses furtos são objeto de outras ações penais.

Após, Alexandre e Juliano retornaram a Campo Grande-MS e, juntamente com terceiras pessoas, praticaram mais um roubo majorado pelo emprego de arma de fogo, concurso de pessoas, restrição da liberdade das vítimas e transporte para o exterior de uma caminhonete no dia 03.10.2016 (f. 73-77). Alexandre e Juliano foram presos em flagrante delito por esse roubo.

2. Do crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso I, II, IV e V, do Código Penal:

No dia 14.09.2016, por volta das 20h, na residência das vítimas Marcelino Gonçalves e Adriana Rosa Dias, localizada na Rua Wladislau Garcia Gomes, nº 256, centro, nesta cidade de Cassilândia-MS, Alexandre Roak da Silva, Anderson Luiz Rinaldi, Arthur Willian Costa

Reis, Iago Romão de Almeida, Isaias Nascimento e Juliano da Silva Queiroz, agindo mediante concurso de pessoas e ameaça com emprego de arma de fogo, subtraíram para eles uma caminhonete GM S-10 e um veículo Hyundai HB20, além de outros objetos, incluindo joias de ouro, semi-jóias e relógios, e uma arma de fogo, todos descritos no boletim de ocorrência de f. 04-06, restringindo a liberdade das vítimas e transportando para o exterior a caminhonete subtraída.

Na data dos fatos, a mando do denunciado Isaias Nascimento e com o auxílio de Anderson Luiz Rinaldi e Arthur Willian Costa Reis, todos previamente acordados, Iago Romão de Almeidae Juliano da Silva Queiroz, os dois armados com revolveres, adentraram na residência das vítimas pelo portão e abordaram Marcelino Gonçalves na sala, anunciando o assalto.

Alexandre Roak da Silva adentrou na residência também armado, pela porta dos fundos.

Ato contínuo, Iago, Juliano e Alexandre renderam Marcelino, amarrando-o com uma fita crepe. Em seguida, Adriana, que estava no quarto, veio até a sala e os denunciados renderam-na também, levando-a para o escritório e ordenando que se deitasse no chão e se calasse, amarrando-lhe também as mãos com a fita crepe.

Os denunciados passaram, então, a vasculhar a casa em busca de objetos de valor, levando Marcelino para o quarto. Iago, Juliano e Alexandre perguntaram sobre a existência de arma de fogo na casa, oportunidade em que Marcelino respondeu que tinha uma arma, indicando onde estava guardada.

Adriana tentou fugir e pedir socorro, já que a porta da frente e o portão da residência estavam abertos. Todavia, foi contida por um dos denunciados, que a agarrou pelos cabelos e puxou-a de volta para o interior da casa, amarrando-a totalmente com a fita crepe, inclusive seu rosto, impedindo, assim, sua visão e movimentos.

Os denunciados, então, se apropriaram das chaves da caminhonete e do veículo das vítimas, além de joias de ouro, semi-jóias e relógios, amarraram as vítimas juntas, utilizando-se de um lençol, e trancaram-nas no quarto, restringindo a liberdade das mesmas. Em seguida, deixaram a residência, subtraindo a caminhonete, o veículo e os demais objetos descritos às f. 04-06.

Após, os denunciados abandonaram o veículo Hyundai HB20 subtraído em frente à Agenfa, desta cidade. Este veículo foi apreendido, submetido a perícia papiloscópica e restituído às vítimas (f. 14-16). Iago, Juliano e Alexandre transportaram a caminhonete subtraída para o Paraguai, tendo o veículo sido visto na cidade de Ponta Porã-MS um dia após o roubo (f. 50).

Anderson Luiz Rinaldi e Arthur Willian Costa Reis auxiliaram a prática do crime fornecendo informações acerca das vítimas, a residência que servia como base para a organização criminosa e o veículo Fiat Uno para o transporte dos denunciados. Isaias Nascimento era o mandante do crime.

As vítimas reconheceram por fotografias os denunciados Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz (f. 61 e 62).

As impressões digitais de Iago foram identificadas no veículo Hyundai HB20, através da perícia papiloscópica de f. 194-232."

Tendo em vista que a maioria dos pedidos os pedidos dos recursos dizem respeito à mesma matéria, passo a analisá-los conjuntamente e por ordem de prejudicialidade.

Da absolvição

Ambos os apelantes buscam a absolvição dos crimes de organização criminosa e roubo majorado, aduzindo, em síntese, que não há provas suficientes para a condenação.

Em que pese o esforço defensivo, o recurso não merece provimento.

Observo, pelo conjunto probatório reunido durante a persecução penal, que está suficientemente comprovada a materialidade e a autoria do fato delituoso.

A materialidade se evidencia pelos boletins de ocorrência (f. 14-16, 87-91 e 203-205), auto de apreensão (f. 24), auto de entrega (f. 26-27), auto de avaliação direta (f. 25), relatórios do setor de investigação da polícia civil (f. 31-36 e 42-47), notificação de autuação do Detran (f. 60), auto de reconhecimento fotográfico (f. 71-72), fotografias (f. 121, 307, 312-313), laudos de perícia papiloscópica (f. 177-202, 211-249 e 257-278), e pelos depoimentos colhidos nos autos.

Sobre a autoria, o Procurador de Justiça em seu parecer muito bem tratou do tema, motivo pelo qual, com o fito de evitar desnecessária tautologia, invoco como razões de decidir (f. 1083-1088):

> *"(...) A autoria é certa e recai sobre os apelantes, ainda que estes neguem a autoria dos delitos.*
>
> *Em que pese a negativa de autoria dos apelantes, suas declarações são inverossímeis e incompatíveis com as provas consubstanciadas nos autos.*
>
> *A vítima Marcelino Gonçalves, ouvido perante a autoridade judicial, relatou os fatos de maneira detalhada (f. 808-809):*
>
> *(...) Eu estava na sala, era por volta de 20h. (...) eu notei um vulto perto da porta, quando eu levantei pra olhar, um deles já saiu de trás da parede, me apontou a arma e pediu pra eu ficar em silêncio, aí ele já entrou na sala e perguntou se tinha mais alguém e eu falei que estava só eu e minha esposa. Aí ela escutou que eu estava falando com alguém e saiu meio assustada também, ela estava no quarto ao lado, no que ela saiu ele já correu pra cima dela, também apontando a arma, empurrou dentro do quarto e um segundo indivíduo, já chegou, já estava atrás dele, já veio e me amarrou as mãos com fita crepe, aquela fita mais larga. E eu só vi esses dois nesse momento. Aí ele também já me empurrou pro quarto, começou a perguntar os locais onde estavam as coisas, principalmente arma, e tal. Eu disse que a arma tava no outro quarto, mas ele não queria mexer nas coisas, só perguntava onde tava e começou a procurar uma coisa e outra, só perguntou das chaves dos carros e não sei dizer quantos, mas em torno de alguns minutos depois, um terceiro indivíduo que era um mais novo deles, tava vindo pelos fundos. Ele tinha dado a volta e entrou pela porta dos fundos. Eles não arrebentaram portão, nada, porque o portão da garagem tava aberto, como tinha dois carros, um atrás do outro, não tinha como fechar o portão. Então ele ficou aberto, e ele entrou pela lateral. Aí começaram a perguntar das chaves, e o problema maior foi que, como não estava encontrando a chave da caminhonete, eu tinha me esquecido onde tinha deixado, saímos procurando e tal, na verdade a chave estava na própria caminhonete, eu não tinha tirado, eles ficaram nervosos, saíram empurrando porque eu achei que estava no escritório, fui lá não achei também. Nesse momento eu já tava tanto com as mãos, quanto com os pés amarrados também, saí pulando e ele foi me empurrando. Eu realmente não me lembro bem, mas teve um momento que a minha esposa foi lá pro outro quarto pra tentar mostrar pra eles onde estava a arma. Na hora que ele perguntou se eu tinha arma, eu disse que tinha, porque como eu tinha sofrido um assalto há pouco tempo antes, cerca de dois meses antes e haviam furtado também essa arma, que depois foi devolvida, aí eu imaginei até que eles fossem de alguma forma, comparsa dos anteriores, por isso que ele perguntou da arma e eu já falei que tinha, só que eles não estavam encontrando. Aí ela foi pra lá pra dizer onde tava, e quando ela voltava pro quarto onde estava, passando pela sala, ninguém a acompanhou e ela tentou sair correndo, até que esse mais novo, que foi o terceiro que chegou na casa saiu correndo atrás dela, pegou ela já no meio da rua e saiu arrastando ela lá pra dentro. O mais alto que era o líder deles, nessa hora, encostou a arma nela, falou que ia dar um tiro nela, na cara dela, xingou. Mas aí conseguiu dar uma contornada, deu uma aliviada, aí ele já tinha pego a*

arma, e foi aí que ele viu que tinha um brasão lá escrito "Juiz do Trabalho", aí ele perguntou se eu era juiz e tal. Começou a amarrar tanto eu, quanto ela no quarto, amarrar um no outro com lençol pra gente não sair. Nisso ele ficou conversando com uma outra pessoa que não entrou lá na casa, por telefone. Não sei o que eles estavam decidindo, mas conversaram por algum tempo lá, alguns minutos, aí esse disse pro outro fechar a porta, trancar a porta e eu escutei o barulho deles saindo com os carros e depois que ficou em silêncio, a Adriana começou a morder, arrancar as fitas com o dente (...) conseguiu ir até o armário onde tinha a tesoura e voltou, cortamos, conseguimos abrir a janela, pulamos a janela e saímos correndo pra fora, pra rua e gritamos pelos vizinhos e eu não sei dizer assim, mas acho que toda essa ação durou em torno de uns 15 minutos a 20 minutos. (...) Eles abandonaram o HB20 dela, a S10 eu sei que foi pro Paraguai porque ele tomou três multas no caminho, a última delas foi na entrada de Ponta Porã, na Avenida Brasil, lá pelas 5h 5h15min da manhã. E fora isso não recuperamos mais nada. (...) Eu sei que tinha mais um outro em outro carro porque o vizinho chegou a ver a movimentação e viu o carro parado e depois eles saindo juntos."

(...)

Na fase judicial, a vítima ratificou a declaração prestada perante a autoridade policial, afirmando que foi rendido por duas pessoas, e que também havia um terceiro indivíduo de aparência jovem e pele branca. Ademais, relatou que recebeu multas da caminhonete roubada próximas à cidade de Ponta Porã/MS.

Da mesma forma a vítima Adriana Rosa Dias ratificou seu depoimento prestado na fase policial (f. 28-29), declarando em juízo que, no dia dos fatos, foi rendida juntamente com seu marido Marcelino, por três assaltantes, os quais apontavam uma arma de fogo em suas direções e os prenderam no cômodo da casa e os apelantes diziam que queriam a arma de fogo. Relatou que em determinado momento, viu a porta aberta e tentou fugir gritando por socorro, porém um dos assaltantes correu atrás e puxou seus cabelos, derrubando-a no chão, dando uma coronhada em sua cabeça, arrastando de volta para casa. Depois, pegaram as chaves da caminhonete, do HB20, a arma de fogo, joias e outros objetos, e os trancaram dentro do quarto, fugindo logo em seguida do local.

Além disso, a vítima reconheceu o apelante Juliano como sendo o líder do assalto, o qual inclusive falava ao celular com outro comparsa dando informações sobre o roubo, como se alguém estivesse esperando o término da ação criminosa do lado de fora da residência, também reconheceu o apelante Iago como sendo a pessoa que ficou o tempo todo vigiando seu marido e, por fim, relatou que havia um terceiro indivíduo, jovem e de cor clara.

Dessa maneira, a autoria dos apelantes Juliano e Iago no delito de roubo é incontestável, uma vez que foram reconhecidos pelas vítimas como sendo os indivíduos que adentraram na residência e subtraíram seus pertences mediante violência e grave ameaça.

Cabe salientar que embora os apelantes Alexandre e Anderson não tenham sido reconhecidos pelas vítimas, não resta dúvidas sobre a coautoria dos mesmos na prática do crime, já que derem apoio à consumação do delito, fornecendo estadia, alimentação e veículo para os demais comparsas a fim de concretizar diversos roubos na cidade.

O policial civil Omar Izidoro da Silva Filho, ouvido na fase judicial, asseverou que na época dos fatos ocorreram vários furtos e roubos na cidade, que as investigações e denúncias anônimas apontaram que o apelante Anderson estaria envolvido nas práticas criminosas, o qual atuava com outros indivíduos que estavam em uma residência alugada pelo sentenciado Arthur. Em diligências nessa residência, foram localizados tíquetes de compras que apontavam a estadia de pelo menos três pessoas naquele local.

Foi apurado que as aquisições dos objetos foram feitas pelo apelante Alexandre. Afirmou que ao prenderem o apelante Anderson, este confirmou a existência da organização criminosa, sendo sua tarefa promover o alojamento dos comparsas, mediante o recebimento de R$ 10.000,00, bem como os apelantes Iago e Juliano foram filmados em uma conveniência minutos antes do roubo, a poucos metros da casa das vítimas.

No mesmo sentido são os depoimentos, em juízo, dos policiais civis Gledson da Silva Maidana e Ângelo Flávio Rodrigo Malheiros.

Assim, restou devidamente comprovado que os apelantes estavam associados de modo estável e permanente com o intuito de praticar vários crimes contra o patrimônio, preenchendo assim os requisitos para a configuração do crime de organização criminosa.

Ressalte-se que pela forma como se desenvolveram os fatos, restou evidenciando a divisão de tarefas entre os apelantes, típica de organização criminosa, bem como a subtração de veículos e bens pertencentes às vítimas, mediante concurso de pessoas e ameaça com emprego de arma de fogo, restringindo a liberdade do casal vitimado, além do transporte da camionete subtraída para o exterior (Paraguai).

Imperioso ressaltar que os depoimentos prestados em juízo, pelos policiais que participaram das investigações, quando harmônicos e coerentes, são suficientes para embasar a condenação, não devendo ser desqualificados.

Sendo assim, havendo nos autos elementos aptos a demonstrar de forma inequívoca a autoria e materialidade dos delitos de roubo majorado e organização criminosa, mormente através dos depoimentos das testemunhas, a condenação dos apelantes é medida que se impõe."

Desse modo, o caderno de provas, composto pelas declarações das vítimas e policiais em juízo, bem como por toda a dinâmica como se deram os fatos, demonstra, seguramente, que os apelantes praticaram os delitos apontados na exordial acusatória.

Em que pese a negativa dos acusados, as provas produzidas nos autos evidenciam que todos os réus se associaram de forma ordenada e com divisões de tarefas para a prática de infrações penais, sendo o roubo majorado contra as vítimas Marcelino Gonçalves e Adriana Rosa Dias um dos ilícitos cometidos pelos acusados.

Conforme explicitado pelo magistrado singular na sentença (f. 926-927),

"(...) as provas mencionadas foram suficientes para comprovar que todos os réus agiram com o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo, consistente no animus associativo de caráter estável e permanente. Restou clara a delimitação das tarefas de cada integrante do grupo, onde Arthur forneceu imóvel, móveis e seu veículo para que Anderson decidisse sobre as vítimas do roubo/furto (de fato efetuados nesta cidade), os quais por ordem do réu Isaías, deram apoio total para que Juliano, Iago e Alexandre subtraíssem veículos, inclusive mediante violência/ameaça."

Desse modo, não se afigura possível o acatamento da tese de absolvição.

Da pena-base

Quanto aos argumentos levantados pelas defesas no intuito de decotar as circunstâncias judiciais negativas, estes não merecem guarida.

É cediço que, o Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, não há como diminuir a reprimenda, com mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei. Nesse sentido, STJ; HC 345.398, DJE 10/06/2016.

In casu, a sentença, de forma individualizada, negativou as seguintes moduladoras:

"(...)

3.1 - Alexandre Roak da Silva:

3.1.2 - artigo 157 do Código Penal:

- as consequências do crime: foram danosas, já que parte considerável dos objetos subtraídos não foi recuperada e, ainda, os fatos causaram grande trauma às vítimas.

3.2 - Anderson Luiz Rinaldi:

3.2.1 - artigos 2º da Lei nº 12.850/13:

- os antecedentes: o réu possui maus antecedentes, conforme documento de f. 403;

3.2.2 - artigo 157 do Código Penal:

- os antecedentes: o réu possui maus antecedentes, conforme documentos de f. 404; 409;

- as consequências do crime: foram demasiadamente danosas, já que parte considerável dos objetos roubados não foi recuperada e os fatos causaram grande trauma às vítimas.

3.3 - Arthur Willian Costa Reis:

3.3.2 - artigo 157 do Código Penal:

- as consequências do crime: foram demasiadamente danosas, já que houve parte considerável dos objetos roubados não foi recuperada e os fatos causaram grande trauma às vítimas.

3.4 - Iago Romão de Almeida:

3.4.2 - artigo 157 do Código Penal:

- as consequências do crime: foram demasiadamente danosas, já que houve parte considerável dos objetos roubados não foi recuperada e os fatos causaram grande trauma às vítimas.

3.5 - Juliano da Silva Queiroz:

3.5.1 - Artigos 2º da Lei nº 12.850/13:

- os antecedentes: o réu possui maus antecedentes, conforme documentos de f. 415-417;

3.1.2 - Artigo 157 do Código Penal:

- os antecedentes: o réu possui antecedentes, conforme documentos de f. 415-417;

- as circunstâncias do crime: são amplamente negativas pois as provas indicaram que o réu era quem dava as ordens durante a execução do assalto e também aquele que dispensou violência contra a vítima Adriana;

- as consequências do crime: foram demasiadamente danosas, já que parte considerável dos objetos roubados não foi recuperada e os fatos causaram grande trauma às vítimas."

Nesse contexto, reputo idônea e corretamente aplicadas as sanções aos réus, valendo lembrar que, cabe ao magistrado, mais próximo dos fatos, das provas e das pessoas, à luz do princípio da proporcionalidade, examinar com acuidade todos esses elementos e empregar, fundamentadamente, as penas que sejam necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Dessa forma, não devem ser decotadas moduladoras prejudiciais aos réus.

Do *quantum* de aumento da pena-base

Alegam os apelantes que a fixação da pena-base foi desproporcional.

Aqui melhor sorte não assiste aos recorrentes.

Na aplicação da pena-base, o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos no tipo penal, deve valorar as circunstâncias judiciais e aplicar o *quantum* ideal de pena a cada moduladora negativa, visando à prevenção e repressão do delito praticado.

O Código Penal não estabelece critérios matemáticos para a reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena.

Sobre o tema, este E. Tribunal já decidiu:

> *"EMENTA – APELAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/06) – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA–BASE – APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – PENA-BASE EXASPERADA DESPROPORCIONALMENTE PELA INSTÂNCIA SINGELA – REDUÇÃO CABÍVEL – REAJUSTE DA PENA DE MULTA – MESMOS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE- READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DE OFÍCIO – RECURSO PROVIDO. A valoração negativa de uma única circunstância judicial, não permite a acentuada exacerbação da pena como ocorreu no caso versado, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade. A pena de multa deve seguir os mesmos critérios de fixação da pena privativa de liberdade. Tratando-se de réu primário e levando-se em conta o quantum de pena fixada, impõe-se de ofício, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b" do CP. Contra o parecer, recurso provido.* (TJMS. Apelação nº 0001246-31.2015.8.12.0055, Sonora, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 28/03/2017, p: 30/03/2017)

> *"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO. Se o agente possui uma única circunstância judicial negativa, dentre as oito estabelecidas no art. 59 do CP, a exasperação da pena-base não pode se dar em patamar muito acima do mínimo, devendo ser aplicada a fração de 1/8 entre as penas mínima e máxima para fixação do quantum, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0043268-58.2004.8.12.0001, Campo Grande, Seção Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 08/03/2017, p: 17/03/2017)

De tal forma, para se chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve-se atentar para as singularidades de cada caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Desse modo, após uma detida análise do processo, entendo que a elevação da pena na 1ª fase da dosimetria de ambos os delitos, para todos os réus, se mostra adequada, atendendo aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade da sanção penal, considerando a média da pena abstrata e os oito fatores do art. 59 do CP.

Destarte, a quantificação das moduladoras negativas não deve ser reduzida.

Da confissão espontânea em relação ao réu Alexandre

Causa espécie o pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, com redução da pena abaixo do mínimo legal, uma vez que o apelante rechaça de todos os meios a sua participação nos fatos, conforme depoimento de f. 809.

Assim afasto o pedido defensivo.

Do decote da majorante do concurso de agentes no crime de roubo

Alegam os apelantes a impossibilidade de cumulação da majorante do concurso de agentes no crime de roubo, com a condenação pelo delito de organização criminosa, sob pena de *bis in idem.*

A pretensão não prospera.

Conforme entendimento exarado pelo STJ, os delitos de roubo majorado pelo concurso de agentes e de organização criminosa são delitos independentes, com naturezas jurídicas distintas, bem como tutelam bens jurídicos diferentes.

Vejamos:

> *"(...) Segundo a jurisprudência desta Corte, não há bis in idem na apuração do crime de associação criminosa e roubo qualificado pelo uso de arma e concurso de agentes, pois os delitos são autônomos, aperfeiçoando-se o primeiro independentemente do cometimento de qualquer crime subsequente. Ademais, os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras são distintos – no caso do crime de associação criminosa, a paz pública e do roubo, o patrimônio, a integridade física e a liberdade do indivíduo (...)"* (RHC nº 49.719/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/9/2015)

No mesmo sentido se posiciona este Sodalício:

> *"EMENTA – RENAN DA SILVA FIGUEIREDO – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADA – IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTES DO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA – CONFIRMAÇÃO – AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM DIANTE DA CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – BENS JURÍDICOS TUTELADOS DIVERSOS – PENA-BASE – MANTIDA – MAJORANTE DO CONCURSO DO EMPREGO DE ARMA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – POSSIBILIDADE – CONTINUIDADE DELITIVA – INOCORRÊNCIA – CONCURSO MATERIAL MANTIDO – RECURSO DESPROVIDO. I"A negativa de autoria sustentada pelos apelantes encontra-se isolada nos autos, na medida em que as vítimas relataram como se deram os fatos, corroborando a confissão extrajudicial e as declarações dos policiais. II - Ausente o bis in idem quando a sentença reconhece as majorantes e condena os agentes por roubo circunstanciado e associação criminosa, posto serem delitos que tutelam bens jurídicos diversos e são independentes entre si. (...)"* (TJMS. Apelação Criminal nº 0001164-73.2013.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 01/03/2018, p: 08/03/2018)

Por conseguinte, comprovado que todos os apelantes concorreram para o crime de roubo, a aplicação da causa de aumento do concurso de agentes é medida que se impõe.

Do afastamento das demais causas de aumento de pena (incisos I, IV e V do artigo 157 do CP)

Em ambos os recursos, sem qualquer fundamentação, os apelantes pedem o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 157 do CP reconhecidas na sentença.

Para o reconhecimento da causa de aumento de pena pelo emprego de arma, é prescindível a realização de perícia e, até mesmo, a apreensão da própria arma.

A majorante do art. 157, § 2º, I, do CP, se aplica pela prova, por qualquer meio idôneo, da utilização da arma durante a ação criminosa.

Este é o posicionamento dos Tribunais Superiores:

"EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE AGENTES – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO AUMENTO DE PENA PREVISTO NO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL – DESNECESSIDADE DA APREENSÃO DE ARMA E DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA SE SEU EMPREGO FOR COMPROVADO POR OUTRO MEIO DE PROVA – PRECEDENTES.

1. A incidência da majorante do inciso Ido § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão da arma, desde que comprovado o seu uso por outros meios.

2. Habeas corpus denegado." (STF - Processo HC 119308 MG; Orgão Julgador Primeira Turma; Publicação DJe-226 Divulg 14-11-2013 Public 18-11-2013; Julgamento 22 de Outubro de 2013; Relator Min. Dias Toffoli)

"HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – ROUBO MAJORADO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – TESE DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO – NECESSIDADE DE REAPRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, NO PONTO – PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA – DISPENSABILIDADE – EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA (NO CASO, FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA) – POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ERESP 961.863/RS – ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...)2. Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a ausência de apreensão e perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa." (EREsp 961.863/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Min. Gilson Dipp, DJe 06/04/2011.) (...) (STJ - ProcessoHC 213562 DF 2011/0165886-2; Orgão Julgador T5 - Quinta Turma; PublicaçãoDJe 04/09/2013; Julgamento27 de Agosto de 2013; Relatora Ministra Laurita Vaz)

Destarte, as vítimas foram categóricas em apontar a ameaça exercida com o emprego de um revólver no momento do delito, não havendo que se falar em decote da majorante do emprego de arma.

Do mesmo modo, não é possível afastar a causa de aumento do crime de roubo pela restrição de liberdade das vítimas.

Para a caracterização da majorante da restrição da liberdade da vítima, disposta no art. 157, § 2º, V do Código Penal, a doutrina e a jurisprudência entendem que o lapso temporal da privação da liberdade da vítima deve ser juridicamente relevante, ainda que de breve duração.

No presente caso, entendo que a restrição da liberdade da vítima foi devidamente demonstrada pelas provas constantes nos autos, em especial pelas assertivas das vítimas, que foram taxativas em afirmar que os bandidos, além de os terem mantido reféns durante a empreitada criminosa, ainda os deixaram amarrados no local dos fatos.

Infere-se dos autos, portanto, que as vítimas tiveram sua liberdade restringida pelos réus por tempo superior ao necessário para a prática do delito, sendo, portanto, juridicamente relevante o lapso temporal.

A privação da liberdade descrita no inciso V do § 2º do artigo 157 do CP se caracteriza quando é impedida a liberdade de ir e vir da vítima, ou seja, a sua locomoção, com fins, precipuamente, de subtração de seus pertences.

Observo que foi o que ocorreu no presente caso, pois as vítimas foram mantidas em poder dos réus e, ainda, ao final do roubo foram amarradas para que os apelantes pudessem assegurar a posse do carro roubado, restringindo a sua liberdade por tempo relevante, o que configura a mencionada majorante.

Finalmente, melhor sorte não assiste aos apelantes em relação ao pedido de afastamento da majorante do inciso IV do § 2º do artigo 157 do CP.

O fato da caminhonete roubada ter sido levada para o Paraguai se evidencia pelo depoimento da vítima e pela notificação de autuação de f. 60, uma vez que algumas horas após o delito o veículo foi flagrado em excesso de velocidade por uma lombada eletrônica na cidade de Ponta Porã/MS.

Logo, as causas de aumento devem ser mantidas conforme aplicadas na sentença.

Da substituição da pena

O apelante Alexandre pede, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o art. 44 do Código Penal, determina:

> *"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
>
> *I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;*
>
> *II - o réu não for reincidente em crime doloso;*
>
> *III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente;*
>
> *§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."*

Com base nos elementos acima, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos encontra óbice no fato da pena do réu Alexandre ser superior a 04 anos de reclusão, um dos crimes ter sido cometido com violência e grave ameaça à vítimas, bem como por possuir como desfavorável a moduladora das consequências do crime.

Por conseguinte, rejeito a pretensão recursal.

Do Prequestionamento

No que tocante aos prequestionamentos, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Conclusão

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, nego provimento aos recursos.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (vogal)

Relembrando, trata-se de apelação criminal interpostas por Alexandre Roak da Silva, Anderson Luiz Rinaldi, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz, contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia/MS, que condenou Alexandre Roak da Silva à pena de 11 anos e 09 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 89 dias-multa, Anderson Luiz Rinaldi à pena de 13 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 225 dias-multa, Iago Romão de Almeida à pena de 13 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 103 dias-multa e Juliano da Silva Queiroz à pena de 14 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 288 dias-multa, como incursos nos artigos 2º, §§ 2º e 4º, inciso III, da Lei nº 12.850/13 e artigo 157, § 2º, inciso I, II, IV e V, do Código Penal.

Alexandre Roak da Silva pugna por sua absolvição dos crimes de roubo majorado e organização criminosa. Alternativamente, requer a redução da pena-base para o mínimo legal; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, com redução da pena abaixo do mínimo legal; o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 157 e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Anderson Luiz Rinaldi, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz, requerem sejam absolvidos dos crimes de roubo majorado e organização criminosa. Alternativamente, buscam a redução da fração de aumento da pena referente as circunstâncias judiciais negativas para ambos os crimes; o afastamento da majorante do concurso de agentes, se mantida a condenação por organização criminosa, sob pena de *bis in idem* e o afastamento das causas de aumento de pena do artigo 157.

O relator nega provimento aos recursos defensivos.

Divirjo do relator, tão somente, para afastar a majorante do emprego de arma. Isso porque, não houve apreensão do artefato e nem disparo que pudesse comprovar a potencialidade lesiva da arma e justificar o aumento da pena.

Considerando que os fundamentos adotados na terceira fase da dosimetria se referem somente a esta majorante, o patamar fixado deve ser reduzido em ¼ (nessa fase de fixação).

Assim, em relação ao delito de roubo majorado, na terceira fase de fixação da pena, reduzo a pena de Alexandre Roak da Silva em 6 meses de reclusão e ao pagamento de 5 dias-multa, Anderson Luiz Rinaldi em 7 meses e 15 dias de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, Iago Romão de Almeida em 6 meses e 26 dias de reclusão e ao pagamento de 6 dias-multa, Juliano da Silva Queiroz em 8 meses e 7 dias de reclusão e ao pagamento de 15 dias-multa e de Arthur Wilian Costa Reis, nos termos do artigo 580, do CPP, em 1 mês e 22 dias de reclusão e ao pagamento de 2 dias-multa.

Posto isto, divirjo do relator, e encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao Alexandre Roak da Silva, Anderson Luiz Rinaldi, Iago Romão de Almeida e Juliano da Silva Queiroz, tão somente, para afastar a majorante do emprego de arma, restando definitivamente condenados Alexandre Roak da Silva à pena de 11 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 84 dias-multa, Anderson Luiz Rinaldi à pena de 13 anos e 02 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 215 dias-multa, Iago Romão de Almeida à pena de 13 anos, 01 mês e 4 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 97 dias-multa e Juliano da Silva Queiroz à pena de 14 anos, 01 mês e 23 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 273 dias-multa e, nos termos do artigo 580, do CPP, a de Arthur Willian Costa Reis à pena de 03 anos, 08 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 32 dias-multa, como incursos nos artigos 2º, §§ 2º e 4º, inciso III, da Lei nº 12.850/13 e artigo 157, § 2º, incisos II, IV e V, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos recursos, por maioria, 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 Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator designado Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0000142-32.2016.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – APLICABILIDADE DO CONCURSO FORMAL ENTRE OS CRIMES – RECURSO PROVIDO.

O princípio da consunção entre os crimes previstos nos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro é inaplicável.

Entre os delitos previstos nos arts. 306 e 309 do CTB ocorre o concurso formal de crimes.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – ACOLHIDO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DECOTE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – AFASTADO – FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO – NÃO ACOLHIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INAPLICÁVEL – DETRAÇÃO – INCABÍVEL – JUSTIÇA GRATUITA – CONCEDIDA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

Deve ser acolhida a preliminar de não conhecimento do pedido de redução da pena-base, uma vez que as circunstâncias judiciais foram consideradas amplamente favoráveis ao apelante e, por consequência, fixada a reprimenda no mínimo legal, não possuindo, portanto, interesse em recorrer sobre o ponto.

Demonstrada a materialidade delitiva e a tipicidade da conduta, deve ser mantida incólume a sentença condenatória.

Tendo em vista que o crime anterior transitou em julgado na data de 31/05/2013, e que o fato apurado nestes autos ocorreu em 19/12/2015, pode, desta forma, ser utilizado como agravante da reincidência, haja vista não ter transcorrido o período depurador de 05 anos, consoante dispõe os arts. 63 e 64 do Código Penal.

Sendo o réu reincidente e já tendo sido agraciado com a fixação do regime semiaberto, conforme dita a Súmula 269 do STJ, não há como se acolher o pedido de abrandamento do regime prisional para o aberto.

Incabível a substituição da pena por restritiva de direitos, haja vista o réu ser reincidente em crime doloso.

A detração deve ser operada pelo juízo de execução penal.

Devem ser concedidos os benefícios da justiça gratuita, porquanto o réu declarou que trabalha como auxiliar de serviços gerais, não possuindo emprego fixo, estando na data do fato desempregado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a) Por unanimidade, acolheram a preliminar suscitada pela

PGJ e, no mérito, por maioria, deram provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do 1º vogal. Vencido o Relator. b) Conheceram parcialmente do recurso defensivo e, na parte conhecida, deram parcial provimento, por unanimidade, nos termos do voto do 1º Vogal.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual e Pascoalito Arguílera interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Dourados (f. 179 – 187), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para:

Condenar Pascoalito Arguílera nas penas dos arts. 306, *caput*, c/c 298, III, e art. 310, todos da Lei nº 9.503/97, em 01 ano e 01 mês de detenção e 11 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime inicial semiaberto;

Condenar Olindo Martins da Silva nas penas dos arts. 306, *caput*, c/c art. 298, III, e art. 305, todos da Lei nº 9.503/97, em 01 ano e 02 meses de detenção e 11 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime semiaberto, bem como absolvê-lo da conduta tipificada no art. 309 da Lei nº 9.503/97, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O *Parquet* requer a condenação de Olindo Martins nas penas do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (f. 192 – 203).

A defesa de Pascoalito Arguílera pleiteia a absolvição, nos termos do art. 386, IV, V, VI e VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugna a redução da pena-base no mínimo legal, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do apelante não ser reincidente. Por fim, requer a detração penal para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, bem como que lhe seja concedido os benefícios da justiça gratuita (f. 223 – 231).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 216 – 222 e 235 – 253).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se, em preliminar, pelo não conhecimento do pedido de redução da pena-base no mínimo legal, por ausência de interesse recursal. No mérito, opina pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial; e, parcial conhecimento e improvimento do recurso defensivo (f. 289 – 308).

VOTO (EM 26/11/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual e Pascoalito Arguílera interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Dourados (f. 179 – 187), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para:

Condenar Pascoalito Arguílera nas penas dos arts. 306, *caput*, c/c 298, III, e art. 310, todos da Lei nº 9.503/97, em 01 ano e 01 mês de detenção e 11 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime inicial semiaberto;

Condenar Olindo Martins da Silva nas penas dos arts. 306, *caput*, c/c art. 298, III, e art. 305, todos da Lei nº 9.503/97, em 01 ano e 02 meses de detenção e 11 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, em regime semiaberto, bem como absolvê-lo da conduta tipificada no art. 309 da Lei nº 9.503/97, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O *Parquet* requer a condenação de Olindo Martins nas penas do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (f. 192 – 203).

A defesa de Pascoalito Arguílera pleiteia a absolvição, nos termos do art. 386, IV, V, VI e VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugna a redução da pena-base no mínimo legal, a fixação de regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do apelante não ser reincidente. Por fim, requer a detração penal para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, bem como que lhe seja concedido os benefícios da justiça gratuita (f. 223 – 231).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 216 – 222 e 235 – 253).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se, em preliminar, pelo não conhecimento do pedido de redução da pena-base ao mínimo legal, por ausência de interesse recursal. No mérito, opina pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial; e, parcial conhecimento e improvimento do recurso defensivo (f. 289 – 308).

Infere-se da denúncia que:

> *"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 19 de dezembro de 2015, por volta das 19h, no cruzamento da Rua Presidente Kennedy com a Rua Vanilton Finamore, em Dourados/MS, o denunciado Olindo Martins da Silva conduziu o veículo automotor VW Gol, de placas CCM-7879, com capacidade psicomotora adulterada em razão da influência de álcool.*
>
> *Restou apurado, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, o indigitado Olindo conduziu o sobredito veículo, em via pública, sem habitação para dirigir, gerando perigo de dano, ao envolver-se em acidente de trânsito.*
>
> *Apesar de causar o sinistro, o condutor do veículo, Olindo, afastou-se do local do acidente, no intuito de eximir-se da responsabilidade penal e civil que lhe poderia ser atribuída.*
>
> *Infere-se que, no mesmo contexto, Pascoalito Arguilera conduziu o mesmo veículo VW Gol, de placas CCM-7879, com capacidade psicomotora adulterada por influência de álcool e sem carteira de habilitação.*
>
> *Infere-se, ainda, que Pascoalito, proprietário do veículo, confiou a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada e que, em razão do estado de embriaguez, não tinha condições de conduzi-lo com segurança.*
>
> *Narra o procedimento em anexo que, no dia e horário dos fatos, uma guarnição da polícia militar foi acionada para atender uma ocorrência de acidente de trânsito no local supracitado.*
>
> *No referido lugar, os castrenses foram informados que Olindo Martins da Silva condutor do veículo VW Gol, de placas CCM-7879 de Dourados/MS, em visível estado de embriaguez, colidiu com o veículo Fiat Siena, de placas DFJ-5635 pertencente a Maria Félix dos Santos, ao não observar a placa de parada obrigatória, e, em seguida, evadiu-se do local do acidente a fim de evitar a presença da polícia e não ser identificado, uma vez que cumpria pena no regime aberto.*

Após diligências, os beleguins localizaram o veículo causador do acidente, na Rua Suécia, próximo ao número 45. Nessa oportunidade, era Pascoalito que conduzia o veículo, com atividade psicomotora alterada em razão do álcool.

Nesse diapasão, os castrenses realizaram a abordagem do veículo, ocasião em que o denunciado Olindo confessou ser o condutor do veículo no momento do acidente, admitindo que o proprietário do veículo, Pascoalito, mesmo sabendo do seu estado de embriaguez, lhe confiou a direção do automóvel.

Seguidamente, os agentes constataram que os denunciados apresentavam sinais visíveis de embriaguez, razão pela qual foram convidados a realizar o teste de alcoolemia, o que não foi aceito por ambos.

Diante da recusa dos denunciados, foram lavrados termos de constatação de embriaguez (f. 40-41), onde se apurou a presença de diversos sintomas de embriaguez em ambos, quais sejam: odor de álcool no hálito, sonolência, fala exaltada, olhos avermelhados, dificuldade no equilíbrio, dentre outras.

Ademais, em pesquisa ao banco de dados, os policiais constataram que os denunciados não possuíam a devida habilitação para dirigir veículo automotor.

Em razão disso, os denunciados foram conduzidos até a Delegacia de Polícia, onde, ao serem instados sobre os fatos, confessaram as práticas delitivas (f. 12-13 e 14-15), aduzindo que estavam embriagados, que estavam se alternando na direção do veículo, que não possuem habilitação para dirigir, sendo que no momento do acidente era Olindo que conduzia o veículo."

Da preliminar:

A Procuradora de Justiça suscita, em preliminar, o não conhecimento do pedido de redução da pena-base requerido pela defesa de Pascoalito, por ausência de interesse recursal.

A prefacial deve ser acolhida.

Isso porque, os delitos pelos quais o apelante foi condenado possuem pena mínima de 06 meses de detenção, *in verbis*:

"Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

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.

(...)

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

Analisando-se a sentença condenatória, percebe-se que o juízo de primeiro grau considerou todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao apelante e, por esta razão, fixou a pena-base no mínimo legal, veja-se:

*"**I) Pascoalito Arguilera**: culpabilidade normal à espécie. O réu não possui antecedentes (f. 95-96 e 170-173). Conduta social e personalidade não apuradas. Sem motivos aparentes. Quanto às circunstâncias e consequências do delito, nada de especial. Situação econômica do réu não apurada.*

> ***I. a) Da condução de veículo sob efeito de álcool:*** *considerando as circunstâncias favoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, mais precisamente em 06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. (...)*
>
> ***b) Da permissão, confiança ou entrega de direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condição de conduzi-lo com segurança:*** *considerando as circunstâncias favoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, mais precisamente em 06 (seis) meses de detenção."* – grifei.

Como se vê, assiste razão à Procuradoria-Geral de Justiça, uma vez que, segundo se extrai da sentença, as circunstâncias judiciais foram consideradas amplamente favoráveis ao apelante e, por consequência, a reprimenda fixada no mínimo legal em favor do recorrente, o qual, portanto, não possui interesse em recorrer sobre o ponto.

Logo, sem delongas desnecessárias, acolho a preliminar para conhecer parcialmente do apelo.

Mérito:

Do recurso ministerial:

O *Parquet* pleiteia seja afastada a aplicação do princípio da consunção e, por consequência, a condenação de Olindo Martins da Silva nas penas do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

Sem razão.

Isso porque entendo que os referidos dispositivos tutelam a incolumidade pública e, no caso concreto, o apelante foi acusado de, em um único contexto, ter dirigido embriagado e não ter carteira de habilitação, ou seja, não estamos diante de dois crimes autônomos, pois a situação de perigo é única e o objeto jurídico protegido foi ofendido uma única vez.

Desta forma, no caso concreto vislumbra-se, em tese, a ocorrência de um único delito, qual seja, a infração ao art. 306 da Lei nº 9.503/97, com a agravante genérica do art. 298, III, da Lei nº 9.503/97 ("Art. 298. São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração: III - sem possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação").

Nesse sentido são os escólios de Fernando Fukussawa: "se o condutor embriagado estiver dirigindo sem possuir permissão para dirigir ou habilitação, ou permissão para dirigir ou habilitação de categoria diferente do veículo (art. 309), haveria concurso formal de infrações que, entretanto, restará afastado, respondendo o agente apenas pelo crime do art. 306 (embriaguez ao volante) com as agravantes do art. 298, III e IV". (FUKUSSAWA, Fernando. *In* Crimes de trânsito. São Paulo: APMP, 2015. p. 283).

Aliás, esta colenda 2ª Câmara Criminal já adotou tal posicionamento:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES DOS ARTIGOS 306 E 309 DO CTB – APLICAÇÃO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – POSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 147 DO CP – PROVAS SUFICIENTES – REDUÇÃO EX OFFICIO DA PENA-BASE – SUSPENSÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR REDUZIDA – PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Mantém-se a condenação do agente pelo delito de ameaça quando as provas amealhadas no caderno processual demonstram de forma inequívoca a ocorrência do delito. O objeto da tutela jurídica dos artigos 306 e 309 do código de trânsito brasileiro é a incolumidade pública e como o agente, em uma única conduta, dirigiu embriagado e sem possuir carteira de habilitação, não há dois crimes autônomos, uma vez que o segundo delito, menos grave, resta absorvido pela embriaguez ao volante, crime mais grave, com a atração da agravante do artigo 298, inciso III, do mesmo diploma*

legal. Se as circunstâncias judiciais são totalmente favoráveis, a pena-base ex officio deve ser fixada em seu mínimo legal. Se o agente confessou o delito de embriaguez ao volante na fase inquisitiva e essa foi utilizada na sentença Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para embasar a condenação, deve se reconhecida a atenuante da confissão espontânea. O prazo da pena de suspensão ou proibição para obtenção de permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor deve ser fixado de forma proporcional à pena privativa de liberdade." (TJMS - APL: 00001328020118120028 MS 0000132-80.2011.8.12.0028, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 14/10/2013, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2013)

Desta forma, em atenção ao princípio da consunção, deve o crime menos graves (art. 309 do CTB) ser absorvido pelo mais grave (art. 306 do CTB), cabendo a desclassificação do delito menos grave para a agravante respectiva, prevista no art. 298, III, do CTB, tal como observado a sentença.

Passo então à análise do recurso defensivo.

Do recurso defensivo:

A defesa requer a absolvição de Pascoalito Arguílera das penas dos arts. 306 e 310, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Aduz, em síntese, que o apelante não estava conduzindo o veículo, nem no momento do abalroamento dos veículos, nem no momento da abordagem, bem como não tinha conhecimento que o acusado Olindo não possuía CNH.

Razão não lhe assiste.

A materialidade delitiva se encontra comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 8-9), depoimentos testemunhais (f. 10-11; 13-14; 15-17), boletim de ocorrência (f. 40-43), boletim de ocorrência de acidente de trânsito (f. 44-45) e termo de constatação de embriaguez (f. 47).

A autoria também é certa.

Perante a autoridade policial, o acusado confessou que ingeriu bebida alcoólica antes de dirigir o veículo Volkswagen Gol, placas CCM-7879, mesmo sem possuir CNH. Aduz que na data dos fatos ingeriu várias garrafas de cerveja na companhia do corréu Olindo, ficando ambos completamente embriagados; que decidiram não comparecer no Estabelecimento Penal do regime semiaberto, ficando se entretendo na rua com o mencionado veículo; que como o interrogando estava muito bêbado, pediu para que Olindo dirigisse o veículo; que em dado momento Olindo vinha em velocidade e não parou no cruzamento da Rua Wanilton Finamore, vindo a colidir bruscamente com outro carro; **que temendo ser flagrado, o interrogando retomou a direção do veículo e se evadiram do local** (f. 20-21) – destaquei.

Em juízo alegou que estava em um bar localizado na rua Monte Alegre com o corréu Olindo Martins da Silva. Que ingeriram bebida alcoólica, no entanto, no ato da abordagem policial o automóvel estava parado e tentava ligar o veículo (f. 126).

Todavia, a versão apresentada pelo apelante na fase judicial destoa dos demais elementos de prova colhidos nos autos, senão vejamos:

Em juízo, a vítima Maria Félix dos Santos contou que o motorista do veículo que causou o acidente estava embriagado e sequer conseguia se expressar. Salientou que no momento da colisão o indivíduo que estava no banco do passageiro trocou de lugar com o motorista do automóvel, empreendendo fuga do local após perceber que a vítima tinha acionado a polícia (f. 126).

Os policiais militares Jeferson da Silva Pereira e João Lima dos Santos narraram que os réus estavam embriagados, apresentando odor etílico, olhos avermelhados e dificuldade de equilíbrio. Aduzem que no

momento em que os abordaram o veículo estava em movimento e o acusado Pascoalito Arguilera era quem conduzia o automóvel. Disseram que o réu Olindo Martins da Silva confessou que dirigia o automóvel quando da colisão com o veículo da vítima Maria Félix dos Santos (f. 126).

João Lima dos Santos acrescentou que ambos os réus não eram habilitados (f. 126).

Conforme leciona Gustavo Badaró (*in* Ônus da prova no processo penal, São Paulo: RT, 2003, p. 55) "nos casos em que se atingiu um altíssimo grau de probabilidade de que tenha ocorrido um fato, o juiz tem a "certeza" que lhe permite decidir com base no que foi provado. Afora estes casos, se a probabilidade não se fizer presente em grau elevadíssimo, não haverá o estado subjetivo da certeza, mas sim da dúvida, devendo o julgador valer-se, então, das regras sobre o *onus probandi*."

In casu, os depoimentos harmônicos da vítima e dos policiais, em conjunto com os demais elementos probatórios existentes nos autos demonstram-se seguros quanto à comprovação da autoria e materialidade e, são suficientes para decretar o édito condenatório.

Já me posicionei neste sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB) – PRELIMINAR – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REJEITADA – PRECLUSÃO – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – DESCABIMENTO – PLEITO DE DIMINUIÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA DA PRIVATIVA DE LIBERDADE – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Eventual omissão do órgão acusatório ou ilegalidade na negativa do benefício da suspensão condicional do processo deve ser arguida no momento oportuno pela defesa, sob pena de preclusão. Ante as circunstâncias elencadas nos autos, a demonstrar a prática do delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, impõe-se a manutenção da condenação. Constatando-se que o julgador de primeira instância não justificou a fixação da pena pecuniária em patamar superior ao mínimo legal e que o valor arbitrado é excessivo, a redução é medida que se impõe. Recurso parcialmente provido, em parte com o parecer."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0030804-79.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 28/06/2019, p: 02/07/2019)

Quanto ao delito previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro, não deve prosperar a alegação de atipicidade de conduta.

O art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro pune o agente que permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor "a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou **por embriaguez**, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança" – destaquei.

Além do mais, trata-se de crime de perigo abstrato, sendo tão somente necessário para sua consumação que o agente permita, confia ou entregue a direção do veículo automotor ao indivíduo com a capacidade alterada.

Assim, é evidente a prática delitiva, porquanto o próprio apelante em juízo afirmou que passou o dia ingerindo bebida alcoólica com o acusado Olindo (f. 126), não podendo alegar o não conhecimento da condição psicomotora alterada deste, e, mesmo assim, diante desta condição, permitiu que assumisse a direção do seu veículo automotor.

Neste viés, o crime já restou consumado, como é o entendimento majoritário dos tribunais superiores consoante à Súmula Vigente 575 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"Súmula 575 - Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de*

> *perigo de dano concreto na condução do veículo."* (Súmula 575, Terceira Seção, julgado em 22/06/2016, DJe 27/06/2016)

Igualmente, colaciono jurisprudência desta e. Corte de Justiça:

> *"O crime tipificado no art. 310 do Código de Trânsito é de perigo abstrato, portanto, desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta daquele que permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, então, se a apelada admitiu em juízo ter conhecimento de que emprestou seu veículo a pessoa não habilitada, incorreu na conduta tipificada no art. 310, do CTB. (...)"* (TJMS. Apelação Criminal nº 0000332-69.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 27/02/2018, p: 28/02/2018)

Assim, demonstrado a materialidade delitiva e a tipicidade da conduta, deve ser mantida incólume a sentença condenatória.

Subsidiariamente, a defesa requer seja afastada a agravante da reincidência.

Mais uma vez sem razão.

Isso porque, o apelante possui condenação definitiva pela prática do delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003, que transitou em julgado na data de 31/05/2013, sendo que o fato apurado nestes autos ocorreu em 19/12/2015, podendo, desta forma, ser utilizada como agravante da reincidência, haja vista não ter transcorrido o período depurador de 05 anos, consoante dispõe os arts. 63 e 64 do Código Penal.

Inclusive já me posicionei neste sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME DE TRÂNSITO – ART. 306, CTB – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – PERÍODO DEPURADOR NÃO TRANSCORRIDO – MANTIDA – PLEITO DE DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – PROPORCIONALIDADE E SIMETRIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – ACOLHIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Tendo o trânsito em julgado da extinção da punibilidade ou cumprimento da pena ocorrido em 30/10/2014, e o fato datado de 19/11/2016, não há falar em afastamento da agravante da reincidência, considerando não ter passado o período depurador de 05 anos, conforme entendimento do STF. O prazo de suspensão da habilitação deve ser fixado proporcionalmente e em conformidade com os elementos que influiram na dosimetria da pena privativa de liberdade. Recurso parcialmente provido."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0001875-77.2016.8.12.0052, Anastácio, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 29/07/2019, p: 31/07/2019)

Assim, sendo comprovado o período de reincidência e que não houve violação ao período depurador, a agravante de reincidência deve ser mantida.

Também não comporta acolhimento o pedido de fixação de regime inicial aberto.

De seu turno, é consabido que o regime fechado é o legalmente previsto para condenados reincidentes, independentemente da pena e que, apenas excepcionalmente, caso a reprimenda não ultrapasse 04 anos de privação de liberdade e as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, admite-se, por força do Enunciado Sumular 269 do STJ, a fixação do regime semiaberto, sendo reservado o aberto exclusivamente aos condenados primários, veja-se:

> *"Súmula 269: É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."*

No mesmo sentido:

"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – FURTO SIMPLES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA – EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO ESTABILIZADA – REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO – PATAMAR DE AUMENTO DECORRENTE DA AGRAVANTE REVISTO EX OFFICIO. Inviável a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência se esta última tiver se caracterizado em razão da existência de mais de uma condenação estabilizada. O regime fechado é o legalmente previsto para condenados reincidentes, independentemente da pena. Excepcionalmente, caso a reprimenda não ultrapasse 4 anos de privação de liberdade e as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, admite-se, por força do Enunciado Sumular 269 do STJ, a fixação do regime semiaberto, sendo reservado o aberto exclusivamente aos condenados primários. Embora a Lei não estabeleça um quantum fixo para atenuantes e agravantes, é prudente que o julgador, ao aplicá-las, não se afaste do limite relativo às majorantes e minorantes (1/6). Inobservado o parâmetro na aplicação da agravante, impõe-se a reforma de ofício em favor do réu. Recurso não provido, em conformidade com o parecer e com revisão ex officio na dosimetria penal." (TJMS. Apelação Criminal nº 0001536-21.2014.8.12.0010, Fátima do Sul, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 03/04/2017, p: 24/04/2017)

Logo, sendo o réu reincidente e já tendo sido agraciado com a fixação do regime semiaberto, conforme dita a Súmula 269 do STJ, não há como se acolher o pedido de abrandamento do regime prisional para o aberto.

No que tange ao pedido de substituição da pena por restritiva de direitos, também não merece prosperar, ante a existência de previsão legal expressa que define a vedação, consoante dispõe o art. 44, III, do Código Penal:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

***II - o réu não for reincidente em crime doloso**;*

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente." – destaquei.

Para que ocorra a referida substituição, é essencial que o réu cumpra os requisitos cumulativos descritos no dispositivo legal supracitado, sendo que, não sendo atendidos estes requisitos, como é o caso em questão, torna-se incabível esta substituição, haja vista o réu ser reincidente em crime doloso.

Melhor sorte não assiste a defesa quanto a pretensa detração, pois o sentenciado foi condenado à pena de 01 (um) ano e 01 (um) mês de detenção, em regime semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, todavia, em consulta aos autos, verifica-se que ele foi preso em flagrante de delito na data de 20/12/2015 (f. 8 – 9) e colocado em liberdade após realizar pagamento da fiança arbitrada em 21/12/2015 (f. 89 – 90), ou seja, decorrido 01 (um) dia.

Assim, apesar de ser possível que o juiz de conhecimento realize a detração, não há razões para a realização desta, visto que o tempo de prisão não é suficiente para alterar o regime inicial de cumprimento da pena, que diga-se, já foi fixado no semiaberto.

Outrossim, como é cediço, a detração não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal.

Logo, considerando que a fixação do regime do apelante se deu no semiaberto, sendo este legalmente o regime mais brando permitido, consoante Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, não há razão para aplicar o instituto pleiteado, devendo ser operada pelo juízo de execução penal.

Por fim, quanto ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, devem ser concedidos, porquanto o réu declarou que trabalha como auxiliar de serviços gerais, não possuindo emprego fixo, estando na data do fato desempregado (f. 36-38).

Ademais, cumpre ressaltar que a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça, nos termos do art. 99, § 4.º, do CPC).

Por conseguinte, deve ser suspensa a cobrança das custas e despesas processuais pelo prazo de 05 anos e, superado esse interregno sem que o beneficiário tenha condições de pagá-las, a obrigação ficará prescrita (art. 98, § 3º, do CPC).

Ante o exposto, em parte com o parecer, encaminho voto no sentido de acolher a preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça e, no mérito, negar provimento ao recurso ministerial; e conhecer parcialmente do recurso defensivo e, na parte conhecida, dar parcial provimento, apenas para conceder o benefício da justiça gratuita.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (1º vogal)

Acompanho o Relator em relação ao acolhimento da preliminar suscitada pela PGJ e ao parcial provimento do recurso defensivo. Todavia, divirjo do Relator para dar provimento ao recurso ministerial, afastando o princípio da consunção nas condutas dos artigos 306 e 309 do CTB.

No apelo de f. 192-203, o MP pede a reforma da sentença para condenar o réu Olindo Martins da Silva como incurso, também, no delito previsto no artigo 309, da Lei nº 9.503/97.

Inicialmente, necessário ponderar que a materialidade e autoria dos crimes de embriaguez ao volante e dirigir sem CNH estão devidamente comprovadas nos autos e não foram objeto de recurso pela defesa.

In casu, resta saber se o delito do art. 306 absorve o do art. 309, devendo este ser considerado como agravante, nos termos do art. 298, III, do CTB, ou deve ser aplicado o concurso material de crimes.

Pois bem. No que se refere a ocorrência de consunção, tenho que a conduta do embargante de conduzir veículo em estado de embriaguez e sem habilitação são condutas são independentes entre si e podem ser praticadas sem a necessidade de uma preceder a outra.

O acusado não precisa estar embriagado para conduzir veículo sem habilitação ou vice-versa

Sobre o tema, a 2ª Câmara Criminal deste Sodalício, da qual eu participo, já se posicionou:

> *"APELAÇÃO – PENAL – DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E CONDUZIR VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO – PROVAS SUFICIENTES – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INCABÍVEL – NÃO PROVIMENTO. Ao agente acusado de não possuir habilitação para dirigir, provocando perigo de dano concreto ao realizar manobras indevidas em via pública, e conduzir veículo sob a influência de álcool restam plenamente caracterizados os delitos do art. 306 e art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro. Incabível o princípio da consunção quando os crimes possuem natureza jurídica diversa, pois o delito de embriaguez ao volante é de perigo abstrato, enquanto o de conduzir veículo sem habilitação é de perigo concreto. Apelação defensiva a que se nega provimento com base no acervo probatório."* (TJMS. Apelação nº 0001886-74.2012.8.12.0011, Coxim, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 18/07/2016, p: 10/08/2016)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO –*

PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. É inaplicável o princípio da consunção entre os crimes previstos nos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro. No caso concreto, o fato de dirigir sem possuir habilitação não foi utilizado como meio necessário para a prática do crime de embriaguez ao volante, são condutas independentes, não havendo vinculação entre os crimes." (TJMS. Apelação nº 0001023-65.2014.8.12.0006, Camapuã, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 11/09/2017, p: 12/09/2017)

No mesmo sentido, se posicionam as outras turmas desta Corte de Justiça:

"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CRIMES DE TRÂNSITO – ARTIGOS 306 E 309 DO CTB – DENÚNCIA PARCIALMENTE REJEITADA – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO MEIO E FIM – INAPLICABILIDADE – RECURSO PROVIDO É inviável o reconhecimento da consunção do delito previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro pelo do seu 306 quando um não constitui meio para a execução do outro, mas infração penal autônoma." (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0031231-42.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 24/10/2017, p: 26/10/2017)

"EMENTA – ARTIGOS 306 E 309 DO CTB – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ALTERNATIVA EM SUBSTITUIÇÃO À CORPÓREA – REDUÇÃO DO QUANTUM – SIMETRIA ENTRE AS REPRIMENDAS – PREQUESTIONAMENTO – EM PARTE COM O PARECER – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. As condutas previstas nos artigos 306 e 309, do Código de Trânsito Brasileiro, são autônomas, isentas de qualquer vinculação, não havendo que se falar em aplicação do princípio da absorção, ainda que praticadas no mesmo contexto fático. 2. Ao estabelecer a pena de prestação pecuniária substitutiva à corporal, deve o Estado-Juiz, além de se atentar às balizas do art. 45, § 1º, do Código Penal, guardar simetria e proporcionalidade com a privativa de liberdade, motivo pelo qual, se a reprimenda corpórea restou estabelecida no mínimo legal, por ausência de circunstâncias judiciais a ensejar aumento da pena-base, a multa alternativa deve ser decotada para 1 salário mínimo para cada um dos delitos da condenação (artigos 306 e 309 do CTB), totalizando 02 salários mínimos. 3. 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. Em parte com o parecer, recurso conhecido e parcialmente provido." (TJMS. Apelação nº 0002498-52.2016.8.12.0017, Nova Andradina, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 23/11/2017, p: 24/11/2017)

Dessa forma, resta claro que o acusado, mediante uma só ação, praticou dois crimes.

No momento da abordagem policial verificou-se que o réu estava embriagado (crime do art. 306 do CTB) e que também não possuía CNH (crime do art. 309 da mesma Lei), crimes estes praticados mediante a única ação de conduzir/dirigir veículo automotor.

Desse modo, não se verifica hipótese de aplicação do princípio da consunção, devendo o réu ser condenado pela prática do crime do art. 309 do CTB, em concurso formal com o delito do art. 306 da mesma Lei.

Conforme disposição contida na primeira parte do art. 70 do Código Penal, quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados típicos, deve ser punido pela pena mais grave, ou uma delas, se idênticas, aumentada de 1/6 (um sexto) até a 1/2 (metade), através do sistema de exasperação.

Como já frisado, no caso em comento, o apelante, mediante uma única ação, provocou dois resultados típicos distintos (artigos 306 e 309 do CTB), devendo por isso, ser reconhecido o concurso formal de crimes previsto na primeira parte do art. 70 do Código Penal.

Assim, o réu Olindo Martins da Silva deve ser condenado pela prática do delito do artigo 309 da Lei nº 9.503/97.

Por consequência, reconhecida a ocorrência do crime do art. 309 do CTB, decoto a agravante genérica prevista no artigo 298, inciso III, do mesmo diploma legal.

Da dosimetria

O art. 306 do Código de Trânsito estabelece pena de detenção de 06 meses a 03 anos para o crime de dirigir embriagado e o art. 309 prevê pena de detenção de 06 meses a 01 ano. Portanto, consoante a regra do concurso formal, deve ser aplicada a pena mais grave com as consequências previstas no art. 70 do CF.

Assim, no caso concreto, deve ser aplicada a pena do art. 306 do CTB (mais grave) com a majoração adequada.

Como já dito, deve ser decotada a incidência da agravante definida no artigo 298, III, do CTB, sob pena de *bis in idem*.

Respeitando a discricionariedade de que dispõe o juiz ao fixar a pena, mantenho os demais critérios utilizados pelo magistrado singular na dosimetria da pena.

Na 1ª fase da dosimetria, em observância ao artigo 59 do Código Penal, entendo que não milita em desfavor do acusado moduladoras negativas, oportunidade em que fixo a pena-base no mínimo legal em 06 meses de detenção e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Na 2ª fase da fixação da pena, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, mantendo a pena intermediária no mesmo patamar.

Por fim, na 3ª fase, ausentes causas de aumento ou diminuição da reprimenda, fixo a pena em 06 meses de reclusão e 10 dias-multa.

Em razão do concurso formal entre os crimes do art. 306 e 309 do CTB, exaspero a reprimenda em 1/6, totalizando 07 meses de detenção e 11 dias-multa.

Diante do concurso material com o delito do art. 305 do CTB, as penas devem ser somadas, resultando em 01 ano e 02 meses de detenção e 11 dias-multa.

Mantenho o regime semiaberto e a pena acessória de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Conclusão

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, divirjo do Relator para dar provimento ao recurso ministerial, condenando o apelado Olindo Martins da Silva também por infração ao art. 309 da Lei nº 9.503/97, em concurso formal. Em relação ao recurso defensivo, acompanho o Relator para acolher a preliminar suscitada pela PGJ, bem como para lhe dar parcial provimento, apenas para conceder à gratuidade processual.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (2º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar suscitada pela PGJ e, no mérito, por maioria, deram provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do 1º vogal. Vencido o relator.

Conheceram parcialmente do recurso defensivo e, na parte conhecida, deram parcial provimento, por unanimidade, nos termos do voto do 1º vogal.

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. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0000237-95.2019.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTs. 5º, XLVI, E 93, IX, DA MAGNA CARTA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ART. 59 DO CP E 42 DA LEI Nº 11.343/06 – ELEMENTOS CONCRETOS – QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA – PREPONDERANTE – ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 – EXASPERAÇÃO – DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA – TRÁFICO OCASIONAL – REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – AUSÊNCIA – TRANSPORTE DE DROGA OCULTA EM MEIO A CARGA DE GRÃOS DE SOJA – CIRCUNSTÂNCIA INDICATIVA DE INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – TRÁFICO INTERESTADUAL – ART. 40, V, da LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA – REGIME INICIAL – RECLUSÃO INFERIOR A OITO ANOS – PRIMARIEDADE – PREPONDERANTE DESFAVORÁVEL – ART. 33, § 3º, DO CP – REGIME FECHADO IMPOSITIVO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL – RESTRITIVA DE DIREITOS – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO E DEFENSIVO DESPROVIDO.

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 art. 59 do CP e pelo art. 42 da Lei nº 11.343/06.

Correto o recrudescimento da pena-base quando se trata do tráfico de 1.117 kg de maconha, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06.

O Código Penal não estabelece contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que para tanto deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena. O agente que transporta enorme, desproporcional, excessiva quantidade de droga, para bem atender aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, deve receber sanção mais elevada que aquele que é flagrado com entorpecentes em menor quantidade.

Para o reconhecimento do tráfico ocasional (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06), exige-se prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, de forma cumulada. Constitui prova de integração a organização criminosa, a impedir o reconhecimento do benefício, o transporte de enorme quantidade de substância entorpecente (1.117 kg de maconha), oculta em meio a carga de grãos de soja, dificultando a fiscalização.

Configurada a agravante da interestadualidade do tráfico (artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06) quando, mesmo sem transposição de fronteiras, a prova demonstra que a intenção era a de transportar a substância entorpecente para outro Estado da federação.

Em atenção ao disposto pelo artigo 33, § 3º, do Código Penal, inobstante a primariedade, o condenado a pena superior a quatro anos de reclusão, deve iniciar o cumprimento no regime fechado sempre que contra si milita circunstância judicial desfavorável.

Impossível o reconhecimento do benefício previsto no art. 44 do CP, quando não preenchidos, de forma cumulada, os requisitos lá previstos.

Com o parecer, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se parcial provimento ao recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso defensivo e dar parcial provimento ao recurso ministerial.

Campo Grande, 26 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 pelo Ministério Público Estadual e por Anivaldo Dominguez Froes, contra a sentença de f. 171-179 que condenou o segundo apelante à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 192-201, o Ministério Público, postula: 1) pela exasperação da pena-base em razão da natureza e da grande quantidade de droga; 2) alteração para o regime fechado. Prequestionamento a f. 201. A seu turno, o apelante Anivaldo Dominguez Froes, pelas razões de f. 233-248, postula: 1) fixação da pena-base no mínimo legal; 2) reconhecimento do tráfico privilegiado em seu grau máximo de 2/3; 3) afastamento do tráfico interestadual; 4) substituição da pena corporal por restritivas de direitos; 5) abrandamento do regime prisional. Prequestionamento a f. 246.

As contrarrazões vieram a f. 249-256 e 294-302. Prequestionamento a f. 302.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 338-350, opina pelo desprovimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial. Prequestiona dispositivos legais, os indicados a f. 350.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Anivaldo Dominguez Froes, contra a sentença de f. 171-179 que condenou o segundo apelante à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 583 dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 192-201, o Ministério Público, postula: 1) pela exasperação da pena-base em razão da natureza e da grande quantidade de droga; 2) alteração para o regime fechado. Prequestionamento a f. 201. A seu turno, o apelante Anivaldo Dominguez Froes, pelas razões de f. 233-248, postula: 1) fixação da pena-base no mínimo legal; 2) reconhecimento do tráfico privilegiado em seu grau máximo de 2/3; 3) afastamento do tráfico interestadual; 4) substituição da pena corporal por restritivas de direitos; 5) abrandamento do regime prisional. Prequestionamento a f. 246.

As contrarrazões vieram a f. 249-256 e 294-302. Prequestionamento a f. 302.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 338-350, opina pelo desprovimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial. Prequestiona dispositivos legais, os indicados a f. 350.

É o que basta para analisar a pretensão.

Pena-base.

O Ministério Público postula pela exasperação da pena-base em razão da natureza e da grande quantidade da droga, enquanto que a defesa postula pela fixação no mínimo legal.

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.

Como se vê pela sentença (f. 176), a pena-base foi fixada em 06 anos de reclusão, acréscimo de 01 ano, em razão da grande quantidade da droga apreendida, cerca de 1.117 kg de maconha.

Ao fixar a pena-base em delitos relativos à Lei nº 11.343/06, por expressa dicção do artigo 42, o juiz deve considerar as circunstâncias da natureza e quantidade da substância apreendida, personalidade e conduta social do agente com preponderância sobre as demais, relacionadas pelo artigo 59 do Código Penal. Assim sendo, qualquer destas, valorada negativamente, impõe recrudescimento na pena-base, podendo ser, inclusive, superior às outras circunstâncias judiciais.

É nesse sentido a lição de Ricardo Augusto Schmitt, em "Sentença Penal Condenatória", 8ª edição, 2014 - Jus PODIVM, p. 173:

> *"(...) o próprio legislador definiu categoricamente quais são as circunstâncias judiciais preponderantes na análise do artigo 59 do Código Penal, o que conduz a certeza de que àquelas circunstâncias legalmente previstas (art. 42 da Lei 11.343/06 - circunstâncias do crime (natureza e quantidade da substância ou do produto), personalidade e conduta social do agente) devem possuir um patamar de valoração superior às demais."*

Assim também leciona Andrey Borges de Mendonça:

> *"A nova Lei, no artigo em comento,* ***tendo em vista as particularidades que envolvem os crimes relacionados às drogas****, fixou que o magistrado deve considerar, ao determinar a pena-base,* ***com preponderância sobre as circunstâncias indicadas no artigo 59 do CP****, as seguintes circunstâncias:* ***a) natureza da substância ou produto, b) quantidade da substância ou produto, c) personalidade do agente, d) conduta social do agente.*** *Veja que o magistrado não poderá descartar totalmente as demais circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59 do CP, mas sim que a pena deverá se aproximar das circunstâncias indicadas no artigo ora em estudo, que devem preponderar sobre aquelas."* (Lei de Drogas Comentada, 3. ed. p. 200). (sem grifo na origem).

Sem dúvida que a preponderante da quantidade desfavorece, posto que se trata do tráfico de 1.117 kg de maconha.

Quantidade é o volume, a massa, a medida em gramas, e se relaciona ao potencial dano que pode causar à saúde; quanto maior, mais elevada a periculosidade do agente e a potencialidade lesiva da substância em razão da gama de usuários que pode atingir.

Sendo assim, a moduladora em razão da quantidade é desfavorável.

Por outro lado, tratando-se de maconha, espécie de menor nocividade à saúde, se comparada às demais, não deve haver recrudescimento da pena em razão da natureza, como pretende a acusação.

No que toca ao *quantum* de acréscimo, embora em alguns casos tenha optado por critério distinto (1/10 de aumento para cada moduladora, a incidir sobre a diferença verificada entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito), tal ocorre quando a quantidade de droga não é excessiva, como aqui ocorre.

Em casos como o destes autos, em que a quantidade de droga é enorme, desproporcional, excessiva, para bem atender aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, não se pode empregar o mesmo critério, pois assim estar-se-ia punindo igualmente o pequeno e o grande traficante, o que é inadmissível, já que aquele que transporta quantidade maior deve receber sanção mais elevada.

E, como se sabe, o Código Penal não estabelece contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que para tanto deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena. Nesse sentido, exemplificativamente, dois julgados do STJ, reduzidos ao ponto e sem grifos na fonte:

> *"CONSTITUCIONAL E PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – FURTO QUALIFICADO – RECEPTAÇÃO – DOSIMETRIA – DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. (...).* ***2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AGRG no HC 267.159/es, Rel. Ministro marco Aurélio bellizze, quinta turma, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/sp, Rel. Ministro Sebastião reis Júnior, sexta turma, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/sp, Rel. Ministra rosa weber, primeira turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/mg, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015).*** *3. (...)".* (STJ; HC 345.398; Proc. 2015/0316300-4; DF; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 10/06/2016).

> *"PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – FUNDAMENTAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO – REFORMATIO IN PEJUS – INEXISTÊNCIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. (...).* ***2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.*** *3. (...)".* (STJ; HC 307.281; Proc. 2014/0271381-6; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 21/06/2016).

De tal forma, cabe ao magistrado, mais próximas dos fatos, das provas e das pessoas, à luz do princípio da proporcionalidade, examinar com acuidade todos esses elementos e aplicar, fundamentadamente, a reprimenda que seja necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Por tais fundamentos, em razão da desproporcional quantidade de droga transportada (mais de uma tonelada), elevo a pena-base em 02 anos de reclusão e duzentos dias-multa, resultando a mesma fixada em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Tráfico privilegiado.

Postula o apelante Anivaldo Dominguez Froes pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo de 2/3, alegando preencher os requisitos legais.

Ao negar o benefício, o magistrado concluiu (f. 175):

> *"(...) Por outro lado, considerando a grande quantidade de entorpecente apreendido – mais de uma tonelada, indica objetivamente participação importante na cadeia do tráfico e que o acusado possa estar envolvido com organização criminosa, de modo a impossibilitar a aplicação da figura privilegiada do tráfico."*

Neste caso, apesar da primariedade e dos bons antecedentes, impossível o reconhecimento do tráfico ocasional, ante a ausência de um de seus requisitos, qual seja o de não integrar organização criminosa.

Primeiramente, é essencial ter-se em mente que "integrar organização criminosa" é fato muito diferente de "dedicação a atividade criminosa". A dedicação exige habitualidade, repetição de ações, ao contrário da integração, para cuja caracterização basta a realização de tarefa importante para os propósitos criminosos, ainda que uma única vez.

É nesse sentido o voto do Ministro Gilmar Mendes, do STF, no HC 101265, julgado em 10.04.2012, com ementa relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJe 153 em 06.08.2012, de onde se extrai:

> *"(...) a 'mula`, de fato, integra a organização criminosa na medida em que seu trabalho é uma condição sine qua non para a narcotraficância internacional. Pressupondo, assim, que toda organização criminosa estrutura-se a partir de uma divisão de tarefas que objetiva um fim comum, é inegável que esta tarefa - de transporte - está inserida nesse contexto como essencial. E, em princípio, diferentemente da referência à "atividade criminosa" em que o legislador exigiu "dedicação", ou seja, habitualidade, reiteração de condutas, tal condição não é essencial no caso do "integrar organização criminosa". aliás, se assim fosse, desnecessário o próprio requisito, pois já contido na "atividade criminosa". (...)."*

Essa espécie de organização, por sua própria natureza, possui quase a totalidade de seus membros atuando sob o manto do anonimato, daí os terceiros que fornecem todo o aparato, a logística e o planejamento dificilmente serem identificados. Normalmente a maior parte de seus componentes sequer se conhece. E isto é assim porque *"não saber quem é quem numa dessas organizações é uma medida de segurança para os que a integram, tanto para afastar riscos de delação, quanto para se esquivar da chamada 'queima de arquivo` (..)*" (TRF 3ª R.; ACr 0010410-28.2009.4.03.6000; MS; Quinta Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto; Julg. 17.12.2012; DEJF 27.12.12; p. 25).

A prova produzida nestes autos demonstra seguramente a participação efetiva em atividades de organização criminosa, pois bem definidas as tarefas que cada um de seus membros, inclusive aqueles não identificados e/ou presos, deveria executar, cabendo ao apelante, dentre outras, a de transportar a droga para outro Estado da Federação.

Ainda que a quantidade da droga, que neste caso é elevadíssima (1.117 kg de maconha), não baste, por si só, para demonstrar a participação em organização criminosa, é, sim, expressivo fator indicativo, talvez o principal, diante da elevada quantia em dinheiro investida (fato este que independe de prova por ser público e notório), absolutamente fora das possibilidades econômicas do apelante.

Mas nestes autos a elevada quantidade da droga não se encontra isolada, havendo outros elementos de prova que demonstram a integração a organização criminosa.

Segundo apurado, o acusado foi contratado por terceira pessoa para transportar a substância entorpecente, escondida no meio da carga de soja, expediente empregado por pessoas experientes no ramo do tráfico, com o propósito de dificultar a fiscalização. Ademais, de início, o acusado entregou o caminhão a um terceiro, nesta cidade de Campo Grande/MS, a fim de ser preparado com a droga, sendo que referida pessoa devolveu o veículo já carregado com a droga oculta no interior da carga de grãos, a qual deveria ser transportada até o local determinado pelo contratante.

Em situações semelhantes assim decidem os Tribunais (com redução ao ponto discutido):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DESFAVORÁVEL DAS MODULADORAS DA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DE DUAS PREPONDERANTES (QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA) – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA*

OCULTA EM VEÍCULO ESPECIALMENTE PREPARADO – AUSÊNCIA DE REQUISITO. (...) DESPROVIMENTO. I. (...) iii. o fato de o agente transportar grande quantidade de cocaína (38,7 kg), aliado a outras circunstâncias que demonstram participar de atividades próprias de organização criminosa, como é o fato de a droga ser transportada em veículo especialmente preparado para esse fim, impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06). (...).” (TJMS; APL 0005618-68.2014.8.12.0019; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 28/03/2017; Pág. 110).

“PENAL – TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES – MATERIALIDADE E AUTORIA – COMPROVAÇÃO – DOSIMETRIA DA PENA – QUANTIDADE DO ENTORPECENTE – VEÍCULO PREVIAMENTE PREPARADO PARA O TRANSPORTE DE MERCADORIA ILÍCITA – CONFISSÃO – REGIME INICIAL – PERDIMENTO DE BENS. I. (...). As circunstâncias do delito, o fato de o caminhão ter sido previamente preparado para o transporte de mercadoria ilícita de modo a dificultar a fiscalização, aliado ao alto custo da empreitada, indicam o grau de envolvimento do acusado com a organização criminosa, que não é pequeno. VIII. Assim, não faz ele jus à causa de diminuição do chamado “traficante ocasional_“. IX. (...)”. (TRF 3ª R.; ACr 0000317-78.2015.4.03.6005; Primeira Turma; Relª Desª Fed. Maria Cecília Pereira de Mello; Julg. 28/03/2017; DEJF 10/04/2017).

O transporte de grande quantidade de droga (aqui 1.117 kg de maconha), em razão do elevado risco que representa, bem como das habilidades que exige, nunca é confiado a qualquer pessoa, ao acaso, mas sim a pessoa que goza da confiança da quadrilha. E isto ficou demonstrado nestes autos, com a contratação de pessoa residente nesta capital para levar a substância a outro estado da federação.

O custo da carga, em especial da maconha (mais de uma tonelada), mas também dos grãos empregados para camuflar o verdadeiro intento, é elevadíssimo em região dominada por facções criminosas dedicadas ao tráfico, às quais o apelante, com sua conduta, ainda que de forma transitória, aderiu.

De tudo isso extrai-se, com segurança, a participação em organização criminosa, circunstância que exclui a possibilidade de reconhecimento do tráfico ocasional, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, benefício instituído na Lei por questões de política criminal, a fim de propiciar mais rápida ressocialização a quem ainda não está envolvido em maior profundidade com o mundo do crime, o pequeno traficante, o que não é o caso verificado nestes autos, resultando impossível o reconhecimento da referida causa de diminuição.

Rejeita-se, pois, tal pretensão.

Tráfico interestadual.

O apelante Anivaldo Dominguez Froes postula pela absolvição do crime previsto no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06 – tráfico interestadual, alegando ausência de provas quanto à intenção de transportar a droga para outro estado da federação.

Registre-se, de início, que a transposição de substância entorpecente entre estados da federação configura a majorante, nos termos do citado dispositivo legal, com previsão de aumento da pena de um sexto a dois terços, e não em crime autônomo.

É certo que em juízo o apelante afirmou que levaria a droga até Bataguassu/MS; contudo, de acordo com a versão apresentada pelo policial Glauco Lopes Pinheiro, o apelante foi contratado para transportar a droga de Campo Grande/MS a Guarujá/SP.

E pelo valor que receberia, bem como pela enorme quantidade de droga transportada, muito mais credibilidade merece a declaração do policial, pois não se justifica pagamento de tamanha quantia (vinte mil reais) para transportar droga apenas de Mundo Novo a Bataguassu, sendo certo que o destino era mesmo o estado de São Paulo.

Assim, embora não tenha existido a efetiva transposição do entorpecente para o Estado de São Paulo (Guarujá), tal fato não afasta a aplicabilidade da regra do artigo 40, V, da Lei nº 11.343/2006, que prevê o

aumento de pena de um sexto a dois terços, pois basta a intenção do agente em conduzir o entorpecente a outro Estado.

Nesse sentido é pacífica a jurisprudência desta egrégia Corte e, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 587, com o seguinte enunciado:

> *"Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual*".

De tal forma, e como nestes autos foi demonstrado que a vontade do agente era a de transportar a substância entorpecente para outra unidade da Federação, desiderato não atingido apenas em razão da apreensão antes da transposição da fronteira, impositiva a aplicação da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei nº 11.343/06.

Redimensionamento da pena.

Na primeira fase, a pena-base é fixada em 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, que reduzida de 1/6 por conta da atenuante da confissão espontânea, a pena, na fase intermediária, é fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e 584 dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes. Na terceira fase, inexistem causas de diminuição; contudo, nos termos da sentença, elevo a pena em 1/6, em razão da incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, resultando definitivamente fixada em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 681 dias-multa.

Regime prisional.

O Ministério Público postula pela alteração do regime prisional para o fechado, enquanto que o acusado pelo abrandamento.

De acordo com a sentença, o regime fixado foi o semiaberto (f. 177).

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º com o 59, ambos do Código Penal.

Neste caso, em que a pena é inferior a 08 anos de reclusão e não há reincidência, poder-se-ia estabelecer o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do CP. Entretanto, valorou-se negativamente a preponderante prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/06, em razão da grande quantidade de droga apreendida (cerca de 1.117 kg de maconha), hipótese em que se deve estabelecer regime mais gravoso.

É o que ensina Cezar Roberto Bitencourt, "Código Penal Comentado", 9ª ed. Editora Saraiva, 2015, p. 227, ao dizer que:

> *" (...) reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado".*

Assim, diante do juízo negativo da referida circunstância, em elevado grau considerando que transportava mais de uma tonelada de maconha, estabelecer regime prisional mais brando que o fechado desatenderia ao fator retributivo da pena.

Portanto, a presença dessa circunstância negativa, com penas nos patamares aqui fixados, justifica o início do cumprimento no regime fechado, imposto pela sentença.

Ademais, conforme demonstrado pelos autos, paras o tráfico aqui em comento o acusado envolveu-se a organização criminosa, eis que transportava elevada quantidade de droga, fato que impossibilita a eleição de regime mais brando, pois assim não se atenderia ao fator retributivo da pena. Nesse sentido (sem grifo na origem e com redução ao ponto):

> *"PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO DE DROGAS – (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (...)* ***O agente, condenado por tráfico de drogas, crime altamente censurável pela própria Constituição Federal, não faz jus à fixação do regime mais brando, ainda que o montante da pena, em tese, admita tal providência, sobretudo quando, com ele, é apreendida expressiva quantidade de substâncias entorpecentes, bem como se trate de pessoa que se dedica à atividade criminosa e que integre organização criminosa****. (...)".* (TJSC; ACR 2013.078121-0; Criciúma; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Alberto Civinski; Julg. 09/12/2014; DJSC 18/12/2014; Pág. 571).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, RECEPTAÇÃO (TRÊS VEZES) E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – (...) – REGIME INICIAL FECHADO MAIS ADEQUADO NA ESPÉCIE – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENAS ALTERNATIVAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – OFICIAR. 1. (...).8.* ***Havendo informações acerca da dedicação à atividades criminosas pelo réu, ainda que tenha sido a reprimenda fixada em pena inferior a 08 anos e trate-se de agente primário, o regime inicial fechado para o desconto da pena mostra-se suficiente e necessário à prevenção e reprovação dos delitos****. (...)".* (TJMG; APCR 1.0103.13.002247-0/001; Rel. Des. Marcilio Eustaquio Santos; Julg. 04/12/2014; DJEMG 12/12/2014).

Sendo assim, acolhe-se a pretensão ministerial para fixar o regime fechado, e em consequência, rejeita-se a pretensão defensiva.

Pena substitutiva.

Por fim, postula o acusado pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É inquestionável que o condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, quando atendidos, de forma cumulativa, os requisitos previstos no art. 44 do CP, pode obter a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contudo, na hipótese vertente, o apelante não preenche os requisitos, eis que a pena fixada é superior a 04 anos e ostenta circunstância judicial negativa (preponderante da quantidade da droga); logo, não faz jus ao benefício.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo e dou parcial provimento ao recurso ministerial para fixar a pena em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 681 (seiscentos e oitenta e um) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo.

Prevalecendo este voto, adicto que sou à hodierna orientação jurisprudencial emanada do STF, no julgamento do HC nº 126.292, após escoado o prazo para eventuais recursos perante esta Corte, determino o imediato início do cumprimento da pena privativa de liberdade cominada, devendo-se, para tanto, expedir os mandados de prisão e respectivas guias de execução provisória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso defensivo e deram parcial provimento ao recurso ministerial.

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, 26 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0001665-26.2009.8.12.0002 - Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO DOLOSA (ART. 180 DO CP) – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO – LAUDO ANTROPOLÓGICO – PRESCINDIBILIDADE. MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) – CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Restando demonstrado pelos elementos dos autos que o recorrente, indígena, é integrado à sociedade civil, desnecessária a realização de exame antropológico.

Quando se cuida do crime de receptação, a prova do conhecimento da origem ilícita do objeto deve ser extraída de cuidadosa análise das circunstâncias que envolvem o fato, e não mera e simplesmente das alegações dos envolvidos. 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.

No caso de agente maior de 70 anos na época da sentença opera-se a prescrição quando a pena não excede a quatro anos e entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença decorreu prazo superior ao previsto em lei para fins de prescrição, nos termos do art. 107, IV, c/c arts. 109, IV, e 115, todos do Código Penal.

Com o parecer. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento.

Campo Grande, 26 de setembro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Carlito de Oliveira e Lindomar Brites de Oliveira, contra a sentença de f. 1198-1231 que condenou Carlito à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 25 dias-multa, e Lindomar à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 21 dias-multa, ambos por infração ao art. 180 do Código Penal.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 1312-1324, postulam, preliminarmente, seja decretada a nulidade da ação por incompetência da justiça estadual para processar e julgar o feito ou por ausência de laudo antropológico. No mérito, pugna a absolvição por insuficiência probatória.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 1325-1385, pugnando pelo desprovimento do recurso e prequestiona os dispositivos legais indicados a f. 1384. A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 1388-1397, opina pelo parcial provimento, para declarar a extinta a punibilidade do apelante Carlito de Oliveira pela prescrição.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Carlito de Oliveira e Lindomar Brites de Oliveira, contra a sentença de f. 1198-1231 que condenou Carlito à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 25 dias-multa, e Lindomar à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 21 dias-multa, ambos por infração ao art. 180 do Código Penal.

Inconformados com a decisão, pelas razões expostas a f. 1312-1324, postulam, preliminarmente, seja decretada a nulidade da ação por incompetência da justiça estadual para processar e julgar o feito ou por ausência de laudo antropológico. No mérito, pugna a absolvição por insuficiência probatória.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a f. 1325-1385, pugnando pelo desprovimento do recurso e prequestiona os dispositivos legais indicados a f. 1384. A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 1388-1397, opina pelo parcial provimento, para declarar a extinta a punibilidade do apelante Carlito de Oliveira pela prescrição.

É o que basta para analisar a pretensão.

Preliminar de incompetência da justiça estadual:

A questão encontra-se superada em razão da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência de n. 105.934-MS, na qual firmou a competência da justiça estadual para processar e julgar o presente feito, conforme se vê a f. 1443-1453.

Ausência de laudo antropológico:

O exame antropológico somente se justificaria se durante a instrução processual resplandecesse alguma incerteza quanto ao grau de integração dos apelantes à sociedade.

Na hipótese, verifica-se elementos convincentes de que os apelantes encontram-se totalmente adaptados à nossa civilização, conforme conclusão do laudo psiquiátrico de f. 631-634 que aponta a existência de bom nível de integração à sociedade civil, tornando prescindível a elaboração de laudo antropológico. No mesmo sentido:

> ***"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADAS – QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL MANTIDA – ANÁLISE CABÍVEL AO JÚRI – NÃO PROVIMENTO.*** *Preliminar de nulidade da decisão de recebimento da denúncia deve ser afastada. O entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de que não há que confundir fundamentação sucinta com total ausência dessa. É a situação que se verifica no presente caso. Embora de forma sucinta, o 92 magistrado expôs os motivos pelos quais recebia a denúncia, não havendo nulidade a ser apontada. Oportuno constar que a defensoria pública apresentou a defesa preliminar, momento oportuno para alegar quaisquer preliminares (art. 406, § 3º, CPP) e, posteriormente, as alegações finais, mas nada mencionou. Restando demonstrado pelos elementos dos autos que o recorrente é integrado à sociedade civil, mostra-se desnecessária a realização de exame antropológico. Inexistência de cerceamento de defesa. Não acolhida a pretensão de descaracterização da qualificadora do motivo fútil por inexistir prova cabal que a desconstituísse. Persistem*

as dúvidas acerca das circunstâncias em que os fatos se deram, prevalecendo o princípio in dubio pro societate. Com o parecer, rejeitadas a preliminares de nulidade e, no mérito, negado provimento ao recurso." (TJMS; RSE 0001129-39.2014.8.12.0002; Dourados; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 03/12/2014; Pág. 91) (g.n.)

"MANDADO DE SEGURANÇA – EXAME ANTROPOLÓGICO – ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE INDEFERIU EXAME ADMITIDO EM DECISÃO ANTERIOR – NÃO ACOLHIMENTO – DECISÃO REVOGADA PROFERIDA SEM FUNDAMENTAÇÃO QUE NÃO É SUFICIENTE PARA CONFIGURAR A PRECLUSÃO "PRO JUDICATO" – PEDIDO DE REALIZAÇÃO DO EXAME ANTROPOLÓGICO – NÃO ACOLHIMENTO – ELEMENTOS CONCRETOS INDICANDO A DESNECESSIDADE DO EXAME. SEGURANÇA DENEGADA. *1. Não se aplica a regra da preclusão "pro judicato" quando a decisão anterior (revogada) foi proferida sem fundamentação, ao contrário da segunda (revogadora), que além de fundamentada, foi proferida com base em fato novo. 2. A existência de elementos concretos que levam à conclusão inequívoca de que não existe qualquer motivo lógico ou jurídico a justificar a realização do exame antropológico mostra-se como fundamento suficiente para o indeferimento desse tipo de exame.* (TJMS; MS 4004155-17.2013.8.12.0000; Dourados; Seção Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 29/07/2013; Pág. 15) (g.n.)

De igual modo, porquanto, afasto a preliminar arguida, passando à análise do mérito.

Absolvição:

Os apelantes pugnam pela absolvição por insuficiência probatória (art. 386, VII, do CPP).

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.

A vítima Persílio Paes da Costa, em ambas as fases, declarou que acompanhou as diligencias decorrentes da investigação de um crime de furto ocorrido em seu rancho e que todos os bens subtraídos foram localizados nas casas dos apelantes – f. 74 e f. 368-377.

Além das declarações da vítima, o apelante Lindomar Brites de Oliveira, na fase policial, confessou a aquisição de um armário, que foi pago com galinhas por sua esposa. O apelante relata que reconheceu que o bem era de propriedade de Persílio (f. 133-134), porquanto sabia da origem ilícita do mesmo.

Lindomar revelou que seu pai, o apelante Carlito de Oliveira, comprou freezer que também pertencia à vítima do furto, Persílio.

A confissão extrajudicial tem valia, mesmo que retratada em juízo, desde que não elidida por qualquer outro elemento probatório, mas, ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados nos autos como é o caso em exame, onde as provas estão de acordo com a confissão realizada no inquérito policial. Essa, aliás, é a orientação do STF. Confira-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – OFERECIMENTO DE DENÚNCIA – IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL E USO DE DOCUMENTO FALSO COM FINS ELEITORAIS – ACUSAÇÃO FUNDADA APENAS EM CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL POSTERIORMENTE RETRATADA NA DEFESA PRÉVIA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. 1. ***A jurisprudência do Supremo***

> ***Tribunal Federal admite a condenação do acusado com base em confissão extrajudicial posteriormente retratada em juízo, quando encontrar amparo suficiente nas demais provas produzidas*** *(HC 100.693, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 13-9-2011; HC 103.205, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 10-9-2010; HC 73.898, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 16-8-1996). Esse entendimento deve nortear o recebimento da denúncia, de modo a exigir que, em acréscimo à confissão realizada pelo acusado perante a autoridade policial e posteriormente retratada, sejam apresentados elementos indiciários mínimos de autoria e materialidade delitiva. 2. No caso, a denúncia encontra-se, em seu núcleo, fundada apenas em depoimento do acusado colhido no interesse de outro inquérito que tramita nesta Corte – no qual o parlamentar encontra-se na condição de investigado – e que contraria informação por ele prestada à Justiça Eleitoral. 3. A retratação do acusado, embora não imponha a desconsideração da confissão extrajudicial, recomenda que isto seja analisado à luz do conjunto processual, de modo a aferir a presença de justa causa para a ação penal, a qual consiste "na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria"* (Inq 3.719, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 30-10-2014). 4. Denúncia rejeitada. (destaquei)

Ainda na fase policial, o apelante Carlito assumiu que comprou um guarda-roupas, que foi pago por sua esposa com duas galinhas. Afirma que não tinha conhecimento de que era produto de furto. No entanto, o policial militar Anderson Machado Padilha em juízo esclareceu que no momento da apreensão dos bens Plácida Benites, esposa de Carlito, não soube informar o nome correto nem o endereço da pessoa que lhe entregou o móvel, limitando-se em dizer que se tratava de um conhecido chamado Jair – f. 234-244.

Quando se cuida do crime de receptação, a prova do conhecimento da origem ilícita do objeto deve ser extraída de cuidadosa análise das circunstâncias que envolvem o fato, e não mera e simplesmente das alegações dos envolvidos.

O dolo direto pode claramente ser extraído das alegações inconsistentes, e, principalmente, das circunstâncias enumeradas, que não deixam a menor dúvida acerca de os apelantes terem pleno conhecimento de que estavam adquirindo produtos de origem ilícita.

Ademais, o agente que é flagrado na posse de objeto de origem ilícita assume a obrigação de provar o que alega, posto que todas as circunstâncias acima referidas são do conhecimento público, e não meras ilações. É nesse sentido a jurisprudência (sem grifos na origem):

> *"**PENAL E PROCESSUAL PENAL – Receptação – Acusado flagrado na posse do bem de origem ilícita – Ônus da prova – Recurso Especial não provido***". (STJ; REsp 1.688.183; Proc. 2017/0196282-4; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 17/10/2017).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE RECEPTAÇÃO – ACOLHIDO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – RECURSO PROVIDO. I. **Inexiste nos autos elementos a corroborar as versões dos apelados, e, como é cediço, diante da posse do objeto furtado, ocorre a inversão do ônus da prova, devendo os réus provar a licitude desta posse, o que não ocorreu na hipótese**. Assim, outro raciocínio não é possível senão o de que os acusados receberam e transportaram veículo sabendo que se tratava de produto de origem ilícita, situação que se enquadra perfeitamente na caracterização de receptação dolosa. Logo, a conduta dos réus se subsume perfeitamente ao descrito pela norma do art. 180 do Código Penal, uma vez que o objeto jurídico protegido é o patrimônio. II. Recurso provido.* (...)." (TJMS; APL 0000158-14.2015.8.12.0004; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 26/09/2017; Pág. 34).

"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – RECEPTAÇÃO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVAÇÃO DA AUTORIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA DIANTE DAS OMISSÕES PRESENTES NA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. I. Para a averiguação do elemento subjetivo do delito, observa-se o conhecimento prévio da origem ilícita da coisa, a conduta e os dados circunstanciais do evento delituoso. ***A simples narrativa da denunciada de que desconhecia a origem ilícita do automóvel é insuficiente para desconstituir a prática da receptação, em face da conduta e os dados circunstanciais do evento delituoso****. No caso dos autos, consta que a ré estava transportando veículo, sem documentação, para outra cidade, que foi produto de furto praticado anteriormente. Nada existe nos autos a corroborar sua versão e, diante da posse do veículo furtado, também é o caso de inversão do ônus da prova, devendo a denunciada provar a licitude desta posse, o que não ocorreu na hipótese. A sua conduta subsume-se perfeitamente ao descrito pela norma, uma vez que o objeto jurídico protegido é o patrimônio.* ***Condenação mantida nos termos do art. 180, caput, do Código Penal, não havendo, portanto, que se falar em absolvição ou desclassificação para a modalidade culposa****. II. (...)*". (TJMS; APL 0015278-72.2016.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 16/10/2017; Pág. 65).

Assim, 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 pela prática de receptação dolosa.

Contudo, reconheço, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa com relação a Carlito de Oliveira, pois colhe-se dos autos que o apelante era maior de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença (f. 969), fato que, a teor do disposto no art. 115 do CP, reduz pela metade o prazo prescricional que, então, passa a ser de 04 anos.

Assim, contados da data do recebimento da denúncia (13 de fevereiro de 2009 – f. 115) e a data da publicação da sentença (02 de maio de 2013 – f. 1232), transcorreu prazo superior ao previsto, operando-se pois a prescrição retroativa.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade de Carlito de Oliveira.

Prevalecendo este voto, adicto que sou à hodierna orientação jurisprudencial emanada do STF, no julgamento do HC nº 126.292, após escoado o prazo para eventuais recursos perante esta Corte, determino o imediato início do cumprimento da pena privativa de liberdade cominada a Lindomar Brites de Oliveira, devendo-se, para tanto, expedir os mandados de prisão e respectivas guias de execução provisória.

Ademais, e, nos termos do artigo 201, § 2º, do CPP, c/c artigo 5º, II, "d", da Resolução nº 253/2018 do CNJ, seja notificada a a vítima ou, se for o caso, sua família, por carta ou correio eletrônico, do teor do acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial 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 Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 26 de setembro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0000381-62.2019.8.12.0024 - Aparecida do Taboado

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS EM CONLUIO COM ADOLESCENTE E NAS IMEDIAÇÕES DE ESCOLA (ART. 33, *CAPUT*, C.C. 40, III E VI, DA LEI 11.343/06) – INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO – INEXISTÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL – ALEGADA LESÃO AO ARTIGO 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS INDICANDO PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE – JUSTA CAUSA CONFIGURADA – REJEIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – PLEITO DEFENSIVO – PROVA SEGURA DA DESTINAÇÃO A TERCEIROS – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTs. 5º, XLVI, E 93, IX, DA MAGNA CARTA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ART. 59 DO CP E 42 DA LEI Nº 11.343/06 – ELEMENTOS CONCRETOS – CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO – TRÁFICO NAS PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO – CIRCUNSTÂNCIA DE NATUREZA OBJETIVA – DESNECESSIDADE DE VISAR OS ALUNOS – ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE – CIRCUNSTÂNCIA COMPROVADA – CONFIRMAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICANDO DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – COMÉRCIO DE DROGA EM "BOCA DE FUMO" – PLEITO NEGADO. PENA – REGIME INICIAL – RECLUSÃO INFERIOR A OITO ANOS – PRIMARIEDADE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – ART. 33, § 3º, DO CP – REGIME FECHADO IMPOSITIVO. BENS APREENDIDOS COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETO DE PERDIMENTO – IMPOSITIVIDADE. PARCIAL PROVIMENTO.

Rejeita-se a preliminar de violação ao inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal quando demonstrado que os agentes estatais ingressaram no domicílio após constatação, mediante presença de elementos mínimos, de que lá praticava-se delito de natureza permanente, situação que configura a justa causa e afasta a alegação de nulidade das provas daí decorrentes.

Impossível acolher o pleito de desclassificação para a prática do crime do artigo 28, da Lei nº 11.343/06 quando a prova produzida é segura, afastando qualquer dúvida razoável de que a droga apreendida era destinada à distribuição, não atentando 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, constituído por declarações de policiais, em ambas as fases, os quais, a teor do disposto pelo artigo 202 do CPP, possuem o mesmo valor que o de qualquer cidadão, e assumem especial relevância quando coerentes entre si e ratificadas por outros elementos de prova extraídos dos autos, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório quando excluem a possibilidade de aplicação do inciso VII do artigo 386 do CPP e a desclassificação pretendida.

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 e pelo artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. Escorreito o juízo depreciativo dos antecedentes quando o agente, na data da sentença, registra condenação definitiva pela prática de contravenção penal, bem como o relativo à preponderante da natureza e quantidade da droga quando se trata da apreensão de quase 350 (trezentos e cinquenta) gramas de cocaína.

A causa especial de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/06 é de natureza objetiva. Basta a proximidade de estabelecimento de ensino, sem exigir-se que o comércio ilícito vise os alunos.

Comprovado que houve a participação de adolescente no comércio de drogas e no uso de entorpecentes, configurada encontra-se a causa de aumento prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei 11.343/06.

Para o reconhecimento do tráfico privilegiado (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06) exige-se prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, de forma cumulada. Não faz jus ao benefício quem pratica o comércio de drogas nas chamadas "bocas de fumo", local em que a droga é distribuída rotineiramente, normalmente em pequenas quantidades, a qualquer hora do dia ou da noite, atividade que se desenvolve durante muito tempo, contrapondo-se ao comércio esporádico, eventual, daí ser prova inconteste de que aquele que ali milita faz de tal comércio um meio de vida ou, nos termos legais, dedica-se a atividade criminosa.

Em atenção ao disposto pelo artigo 33, § 3º, do Código Penal, inobstante a primariedade, o condenado a pena superior a quatro anos de reclusão deve iniciar o cumprimento no regime fechado sempre que contra si milita circunstância judicial desfavorável.

Face aos termos do artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal, e do § 1º do artigo 63, da Lei nº 11.343/06, impositivo o decreto de perdimento dos bens empregados para o tráfico de drogas, cujo produto deverá ser destinado ao Funad. Restitui-se exclusivamente os objetos cujo perdimento não foi determinado pela sentença.

Recurso a que, com o parecer, dá-se parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2019.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por P. H. A. de Q. contra a sentença de f. 220-236, que o condenou à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais ao pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, c.c. 40, III e VI, ambos da Lei 11.343/06.

Pelas razões dispostas a f. 260-282 o apelante sustenta, preliminarmente, ocorrência de nulidade do processo, alegando que não houve prévio mandado de busca e apreensão para adentrar na residência, e que isto ocorreu com base em denúncia anônima, o que configura violação de domicílio e, consequentemente, torna ilícita a prova. Quanto ao mérito, pleiteia desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei 11.343/06, ponderando ser o acervo probatório inconclusivo quanto à destinação comercial do entorpecente. Subsidiariamente requer a) a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas; b) o afastamento das causas de aumento de pena previstas no artigo 40, III e VI, da Lei 11.343/06; c) a redução da pena-base a fim de que seja expurgada a valoração negativa afeita à quantidade e natureza da droga; d) o abrandamento do regime prisional; e) a restituição dos bens apreendidos.

As contrarrazões vêm a f. 286-306, e por elas o órgão da acusação pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 316-334, opina pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial do apelo, para o fim de reformar a dosimetria da pena imposta considerando a circunstância relativa à natureza e quantidade da droga em apenas uma das etapas do cálculo da pena, bem como pela restituição do roteador e da televisão apreendidos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por P. H. A. de Q. contra a sentença de f. 220-236, que o condenou à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais ao pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, c.c. 40, III e VI, ambos da Lei 11.343/06.

Pelas razões dispostas a f. 260-282 o apelante sustenta, preliminarmente, ocorrência de nulidade do processo, alegando que não houve prévio mandado de busca e apreensão para adentrar na residência, e que isto ocorreu com base em denúncia anônima, o que configura violação de domicílio e, consequentemente, torna ilícita a prova. Quanto ao mérito, pleiteia desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei 11.343/06, ponderando ser o acervo probatório inconclusivo quanto à destinação comercial do entorpecente. Subsidiariamente requer a) a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas; b) o afastamento das causas de aumento de pena previstas no artigo 40, III e VI, da Lei 11.343/06; c) a redução da pena-base a fim de que seja expurgada a valoração negativa afeita à quantidade e natureza da droga; d) o abrandamento do regime prisional; e) a restituição dos bens apreendidos.

As contrarrazões vêm a f. 286-306, e por elas o órgão da acusação pugnou pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 316-334, opina pela rejeição da preliminar e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial do apelo, para o fim de reformar a dosimetria da pena imposta considerando a circunstância relativa à natureza e quantidade da droga em apenas uma das etapas do cálculo da pena, bem como pela restituição do roteador e da televisão apreendidos.

É o que basta para analisar a pretensão.

Segundo a denúncia, o apelante, em unidade de desígnio com a adolescente L. F. R., mantinha no interior de sua residência, 01 (uma) porção com aproximadamente 342,70g (trezentos e quarenta e dois gramas e setenta decigramas) de cocaína, 06 (seis) trouxinhas totalizando aproximadamente 51,30g (cinquenta e um gramas e trinta decigramas) de "maconha", que se destinavam à comercialização nas imediações da Escola Municipal João Chama, sendo que o denunciado havia acabado de vendar e entregar 01 (uma) porção de maconha, pesando cerca de 4,80g, a um usuário, pelo valor de R$ 10,00 (dez reais). Na residência houve a apreensão de cerca de R$ 123,00 (cento e vinte e três reais) em espécies constituídas de notas miúdas, R$ 29,80 (vinte e nove reais e oitenta centavos) constituídos em moedas, além de diversos objetos (04 (quatro) aparelhos celulares, 01 (um) roteador da marca Intelbras, de cor branca, 01 (um) televisor da marca Samsung, de 32 (trinta e duas) polegadas e tela plana, e 01 (uma) motocicleta da marca XR 250 Tornado, Honda, de cor vermelha e ano/modelo 2004/2005 a qual era utilizada para facilitar a comercialização ilícita de entorpecentes pela região.

Resultou denunciado por tráfico de drogas e corrupção de menores, sendo que a sentença o condenou por tráfico de drogas agravado pela participação de adolescente, nas proximidades de estabelecimento de ensino.

Da preliminar suscitada.

O apelante sustenta, preliminarmente, ocorrência de nulidade do processo, alegando que não houve prévio mandado de busca e apreensão para adentrar na residência, e que isto ocorreu com base em denúncia anônima, o que configura violação de domicílio e, consequentemente, torna ilícita a prova.

Sustenta-se, portanto, lesão ao artigo 5º, XI, da Constituição Federal, garantidor da inviolabilidade do domicílio, a nulificar as provas carreadas aos autos.

De fato, nossa Carta Magna garante a inviolabilidade do domicílio no artigo 5º, inciso XI, ao estipular que:

> *"(...) a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".*

A questão aqui posta, entretanto, foi decidida pelo STF em decisão com repercussão geral, no seguinte sentido:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – REPERCUSSÃO GERAL. 2. Inviolabilidade de domicílio - art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protrai no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5º, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso*." (Recurso Extraordinário nº 603616/RO, Tribunal Pleno do STF, Rel. Gilmar Mendes. j. 05.11.2015, maioria, DJe 10.05.2016).

Como se vê, em caso de flagrante delito, a Magna Carta permite o ingresso domiciliar forçado, mesmo que à noite e sem mandado, sendo que o indispensável controle judicial pode ser efetuado *a posteriori*.

Segundo o artigo 303, do CPP, "*nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*". Com isto, a autoridade pública, diante de indícios da ocorrência de crime de natureza permanente, como é, por exemplo, o tráfico de drogas, tem por obrigação interromper a sua prática.

A questão se resume à necessidade de verificar-se a presença de elementos mínimos, a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

No caso destes autos a justa causa estava mais do que patente, posto que a residência do apelante era indicada como ponto de venda de substâncias entorpecentes, e os agentes públicos somente ingressaram no local após a confirmação, realizada mediante monitoramento prévio do local, durante o qual abordaram um usuário que de lá saía portando entorpecente, M. S., o qual confirmou ter adquirido do apelante, bem como declarou que seus amigos compravam drogas naquele local há pelo menos dois meses.

Patente, portanto, a justa causa. E tanto isso é verdade que no local houve a apreensão de duas espécies de entorpecente e diversos objetos de origem não justificada pelo apelante, além de dinheiro em moedas de pequeno valor, características das chamadas "bocas de fumo".

Desta forma, rejeita-se a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito.

Desclassificação para o delito do artigo 28, da Lei 11.343/06.

Alegando insuficiência de provas quanto à destinação comercial do entorpecente, pugna pela desclassificação para o delito de posse para uso pessoal.

Segundo disposição contida no § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/06,

> *"(...) Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".*

Em primeiro lugar é de ser destacado que o apelante, na fase policial, como se constata a f. 10, admitiu que;

> *"(...) as drogas encontradas em sua residência se destinavam à venda. Afirma que esta era a segunda remessa de drogas que adquiriu para venda, e que tem atuado no tráfico ilícito há aproximadamente um mês e meio. Afirma que comercializava as porções de maconha, de cinco gramas, a R$10,00. Já a cocaína, vendia dez gramas a R$300,00 (...)".*

Também é certo que se retratou parcialmente em juízo (mídia de f. 169), ocasião em que alegou que a droga encontrada em sua casa realmente lhe pertencia, mas era para seu consumo pessoal, declarando "eu não vendo, só uso". Asseverou que o M. S. realmente foi até sua casa e que a intenção era consumirem maconha juntos, revelando que diariamente três ou quatro pessoas lhe visitavam para a mesma finalidade. Esclareceu que estava desempregado e que o dinheiro apreendido lhe foi dado por sua mãe para pagar a conta de energia. Afirmou que toda a droga encontrada custou-lhe R$ 7.000,00 (sete mil reais) e que pagou à vista, utilizando o dinheiro do "acerto da empresa" em que trabalhava e das 04 (quatro) parcelas do seguro desemprego.

Também houve retratação judicial de M. S., o usuário abordado pelos agentes ao sair da residência do apelante portanto uma porção de maconha e que na delegacia havia declarado tê-la adquirido do apelante por R$ 10,00 (dez reais), tendo passado a sustentar em juízo que que já estava com a droga na mão quando chegou na casa e que foi até lá para "fumar maconha", conforme fazia habitualmente, já que ele e o réu fazem uso de entorpecente juntos. Ao final, refere que não poderia dizer de quem adquiriu a droga (mídia a f. 169).

Porém, nenhuma destas retratações merece credibilidade porque as declarações prestadas sob o crivo do contraditório (mídia de f. 169) pelos policiais civis que efetuaram a prisão, Renan Mattos e Leonel Pereira, além de serem coerentes com os termos da confissão extrajudicial do apelante, trazem fortes elementos de prova que corroboram a comercialização de drogas pelo mesmo e por sua companheira, a adolescente L. F. R., há vários meses.

Renan Mattos narrou que a delegacia recebeu inúmeras denúncias de que no local era comercializado entorpecente, e por essa razão, na dada da apreensão, a equipe deslocou-se até o endereço e ficou observando até o apelante atender uma pessoa, a qual foi abordada e constou-se que o usuário estava com uma paradinha

de maconha. Posteriormente adentraram na casa e localizaram as drogas na sala onde estava a adolescente L. F. R. Asseverou que "P. H. A. de Q. confessou que havia acabado de vender a droga" para M. S., bem como informou que comprou a cocaína pelo valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais) e que estava pura, pois não houve tempo de "batizá-la".

Referida testemunha ainda esclareceu que aproximadamente 03 (três) meses antes do flagrante foram feitas campanas na casa do apelante, sendo possível observar que havia grande movimentação de usuários de drogas. Confirmou que a adolescente, mulher do réu, também recebia as pessoas "ficando claro que os dois estavam juntos na prática do tráfico de drogas". Ademais, afirmou que as denúncias indicavam que usuários buscavam drogas na residência do apelante e que ele também entregava o entorpecente em vários pontos da cidade, utilizando-se da motocicleta que foi apreendida. Anunciou que a residência do réu era bem próxima a uma escola, por isso houve empenho maior da polícia para apurar o ilícito.

Também assim o policial civil Leonel Pereira, que afirmou terem recebido denúncias do comércio de drogas no local, muito próximo à Escola João Chama, era três meses antes do flagrante. Em razão disso fizeram várias campanas no local e perceberam uma grande movimentação de usuários na casa do apelante. Esclareceu que no dia dos fatos, receberam informação de que o casal recebeu uma grande quantidade de drogas, então, foram até o local com a viatura caracterizada e puderam observar um indivíduo numa motocicleta azul conversando com o apelante e fazendo um pagamento, por isso fizeram a abordagem e verificaram que P. H. A. de Q. estava com uma nota de R$ 10,00 (dez reais) na mão e M. S. com uma trouxinha de maconha. Revelou que quando entraram na residência a adolescente L. F. R. mostrou-se bastante nervosa e, em vistoria, encontraram cerca de 350g de cocaína e 06 trouxinhas de maconha. Aclarou que o réu disse ter comprado o entorpecente pelo valor de R$ 12.000,00 e que seria comercializado. Atestou que P. H. A. de Q. utilizava a motocicleta para entregar drogas.

Como se vê, os policiais também desautorizam a retratação judicial de M. S., pois eles viram o momento em que o mesmo entregou o dinheiro ao apelante, bem como quando o mesmo recebeu algo, de forma que abordaram os dois e constataram que o apelante estava com uma nota de R$ 10,00 (dez reais) e M. S. com a porção de maconha. Não houve tampo, portanto, pra o mesmo consumir drogas no local.

Como se sabe, declarações de policiais, quando desprovidas de interesse em prejudicar o acusado e, especialmente, quando confirmadas por outros elementos de prova produzidos nos autos, merecem ampla credibilidade.

É o que se extrai do artigo 202 do CPP, que estabelece que toda pessoa poderá ser testemunha, texto que inclui o policial, cujas declarações assumem especial relevância quando coerentes entre si e ratificados por outros elementos de prova extraídos dos autos, sendo aptos a fundamentar decreto condenatório, especialmente quando confirmados em juízo, posto que o simples fato de ser policial não lhe torna suspeito ou impedido de relatar os fatos de que tenha tomado conhecimento no exercício de sua função pública, sendo reiterada a jurisprudência do Egrégio STF no sentido de que "*é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*" (RTJ 68/64, referida por Aluizio Bezerra Filho *in* "Lei de Tóxicos Anotada e interpretada pelos Tribunais", f. 61). Nesse sentido segue o STJ:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COLHIDOS EM JUÍZO – CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. (...). 1. 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. 2. (...)."* (STJ; HC 418.529; Proc. 2017/0251727-2; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 17/04/2018; DJE 27/04/2018; Pág. 1412).

> *"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVA. Pretensão absolutória. Prova testemunhal. Depoimento extrajudicial de corréu. Depoimento prestado pelos policiais confirmado em juízo.*

Validade. Precedentes. Revisão do julgado. Inviabilidade. Súmula nº 7/STJ. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial." (STJ; AREsp 1.334.779; Proc. 2018/0186602-7; SP; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; Julg. 09/10/2018; DJE 15/10/2018; Pág. 7472).

Ademais, refere o artigo 155 do CPP que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial, de maneira que as declarações prestadas na fase inquisitorial adquirem especial validade quando ratificadas sob o crivo do contraditório, como ocorreu neste caso, de maneira que são suficientes para embasar o decreto condenatório, e também para afastar a alegação de posse para exclusivo uso pessoal, pois excluem qualquer dúvida razoável nesse sentido, tornando impositiva a confirmação da sentença, inobstante o respeito que mereça o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade (artigo 5°, LVII da Constituição Federal), base 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, aqui amplamente observado.

Resta lembrar que a alegação, ainda que provada, de o agente ser usuário de entorpecentes, não descaracteriza a traficância. Tal fato, por si só, não implica na pretendida desclassificação, posto ser extremamente comum a figura do "viciado-traficante", aquele que, além de fazer uso de drogas, atua na distribuição.

Assim sendo, 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, de maneira que a pretensão defensiva, por absolvição pela fragilidade das provas, alegando posse exclusiva para uso pessoal, resta rejeitada.

Do tráfico privilegiado.

Subsidiariamente, requer a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas.

Impossível, no caso destes autos, o reconhecimento do tráfico privilegiado, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ante a ausência de um de seus requisitos. Como se sabe, para possibilitar o reconhecimento do mesmo, exige-se prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, de forma cumulada.

Neste caso, conforme visto pela análise da prova, acima realizada, ficou demonstrado que a substância entorpecente era comercializada há mais de três meses, em residência conhecida como "boca de fumo", local onde a droga é distribuída a usuários em pequenas quantidades, de forma constante e repetitiva. Essa circunstância caracteriza o que a lei denomina de "dedicação a atividade criminosa", pois é um meio de vida daqueles que praticam tal espécie de comércio, e não uma eventual participação em um episódio esporádico. Nesse sentido esta egrégia Corte já teve oportunidade de decidir:

"(...) embora a acusada seja primária e possua bons antecedentes, não preenche os demais requisitos elencados no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois a prova colhida no caderno processual indica que a mesma se dedica a atividade criminosa, tendo em vista que transformou sua residência em verdadeira 'boca de fumo`, salientando-se que a causa de diminuição em comento tem por escopo beneficiar os traficantes de ' primeira viagem', que seduzidos pela oferta do dinheiro fácil, acabam ingressando na vida criminosa transportando vez ou outra pequenas quantidades de droga capazes de lhes assegurar a própria subsistência, o que não se trata do caso em apreço. (....)" (TJMS; Acr-Recl 2011.015080-4/0000-00; São Gabriel do Oeste; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJEMS 19/07/2011; Pág. 36).

A minorante prevista pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 foi instituída por questões de política criminal, a fim de propiciar mais rápida ressocialização a quem ainda não está envolvido em maior profundidade com o mundo do crime, o que não é o caso verificado nestes autos diante da habitualidade do tráfico.

Sendo assim, não faz jus ao benefício quem pratica o comércio de drogas nas chamadas "bocas de fumo", local em que a droga é distribuída rotineiramente, normalmente em pequenas quantidades, a qualquer hora do dia ou da noite, atividade que se desenvolve durante muito tempo. Não fosse a extensão temporal, a habitualidade, a rotina e a constância, o local jamais atingiria o status, a fama de "boca de fumo". Tal atividade contrapõe-se ao comércio esporádico, eventual, daí ser prova inconteste de que aquele que ali milita faz de tal comércio um meio de vida ou, nos termos legais, dedica-se a atividade criminosa.

Da redução da pena-base.

De fato, a sentença considerou desfavoráveis na primeira fase da dosimetria as moduladoras relativas aos antecedentes e à natureza e quantidade da droga.

O princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.

No que toca aos antecedentes, como se vê a f. 125-126, na data da prolação da sentença (12/06/2019) o apelante já havia sido condenado pela prática de uma contravenção penal, decisão que transitou em julgado em 20/08/2018, fato que justifica o juízo depreciativo dos antecedentes, pois é assente na jurisprudência do STJ, como se vê pelo HC nº 66.067-SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 04/12/06, que "*A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes*".

A natureza da substância é uma das circunstâncias judiciais preponderantes, nos termos do artigo 42, da Lei 11.343/06, e deve ser analisada de forma dissociada da quantidade, a outra face da mesma moduladora, eis que não é a quantidade, mas os efeitos danosos mais graves que tal substância provoca, que implica no recrudescimento.

Neste caso houve apreensão de cocaína, droga que é, *s*egundo estudos científicos disponibilizados pela internet, uma das mais perigosas conhecidas pelo homem. Uma vez que uma pessoa comece a consumi-la é quase impossível física e mentalmente livrar–se das suas garras. Fisicamente ela estimula os receptores chave do cérebro (terminações nervosas que alteram os sentidos no corpo) que, por sua vez, cria uma euforia à qual os consumidores desenvolvem uma tolerância rapidamente. Apenas o uso de doses mais elevadas e mais frequentes podem causar um efeito semelhante. Hoje em dia, a cocaína é um empreendimento multibilionário mundial. Os consumidores são de todas as idades, ocupações e níveis econômicos, até mesmo crianças com cerca de 8 anos. O uso da cocaína pode levar à morte por falha respiratória, hemorragia cerebral (derramamento de sangue no cérebro) ou ataque cardíaco. Os filhos de mães toxicodependentes em cocaína nascem como se fossem toxicodependentes. Muitos sofrem de defeitos congênitos e de muitos outros problemas.

De tudo isso decorre a maior culpabilidade de quem comercializa tal espécie, em relação a outras menos nocivas, como a maconha, justificando-se a exasperação da pena-base em decorrência do artigo 42, da Lei nº 11.343/06. Confira-se julgados nesse sentido, sem grifo na origem:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – DESFAVORÁVEL A NATUREZA DA DROGA – ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA – APLICABILIDADE DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 – NÃO COMPROVAÇÃO DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DE VENDA DE ENTORPECENTES – REGIME ALTERADO PARA O ABERTO – CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA – PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Restou comprovado dos autos que a droga era para comércio e não para*

consumo somente, como quer fazer crer a apelante. Confissão extrajudicial corroborada pelos demais elementos colhidos nos autos. Assim, mantém-se a condenação pelo crime de tráfico de drogas. 2. Pena-bases inalteradas. ***Agiu com acerto a magistrada ao considerar desfavorável a natureza da droga, tendo em vista a elevada perniciosidade do entorpecente (14 gramas de cocaína distribuídas em 39 papelotes), cuja lesividade é maior do que a de outras drogas, à exceção do "crack" e do novo e devastador "oxi". Sabe-se que o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga,*** *tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4. º do art. 33 da nova Lei de drogas. 3. (...). 4. (...)."* (TJMS; APL 0023825-09.2013.8.12.0001; Campo Grande; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; DJMS 14/08/2014; Pág. 33).

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – CONHECIMENTO EM PARTE – TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS – DOSIMETRIA DA PENA – NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA – FUNÇÃO PREPONDERANTE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO CRIME DE TRÁFICO – ART. 42, DA LEI Nº 11.343/06 – COCAÍNA – DROGA ALTAMENTE MALÉFICA – PENA-BASE ELEVADA – REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA – IMPOSSIBILIDADE – EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE NEGA PROVIMENTO, NA PARTE CONHECIDA. 1. ... 2. ... 3. O julgador, na individualização da pena, deve examinar detidamente os elementos que dizem respeito ao fato, segundo os critérios estabelecidos pelo artigo 59, do Código Penal. No caso de tráfico de drogas, há ainda que observar o comando expresso no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, o qual determina expressamente que o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta do agente. 4. No caso, não pode ser considerada de pequena monta a quantidade apreendida nestes autos (4.390g em poder de caetano, e 7.732g em poder de inês), ainda mais quando comparada às quantidades normalmente portadas pelo criminoso no tráfico urbano de varejo, quando é vendida diretamente aos consumidores pelos pequenos traficantes. 5. ***Tampouco deve prevalecer o argumento de que a natureza da droga (cocaína) não é tão maléfica ao organismo quanto as demais que são usualmente traficadas (crack, ecstasy, anfetamina, heroína, lsd, etc). De fato, sabe-se que a cocaína é uma droga que vicia facilmente, sendo alta sua lesividade à saúde dos usuários, pois pode levar a óbito ainda que consumida em pequena quantidade. Ademais, a cocaína que é normalmente exportada possui grau de pureza altíssimo, sendo misturada a outras substâncias antes da entrega ao consumidor para elevar o rendimento.*** *6. (...) 7. (...) 8. Embargos infringentes a que se nega provimento, na parte conhecida".* (TRF 3ª R.; EI 0008991-33.2011.4.03.6119; Primeira Seção; Rel. Des. Fed. Antonio Carlos Cedenho; Julg. 04/09/2014; DEJF 11/09/2014; Pág. 560).

Dito isto, a natureza da droga, diante dos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, impõe o agravamento da pena-base de forma preponderante.

A quantidade, que é a outra face da moduladora, de igual forma, quando elevada, justifica o recrudescimento de maneira preponderante.

Neste caso apreendeu-se com o apelante mais de trezentos e quarenta gramas de cocaína pura e seis "trouxinhas" de maconha, de forma que, pelo menos em relação à primeira, o juízo depreciativo se justifica.

Quantidade é o volume, a massa, a medida em gramas, e se relaciona ao potencial dano que pode causar à saúde; quanto maior, mais elevada a periculosidade do agente e a potencialidade lesiva da substância em razão da gama de usuários que pode atingir.

Segundo consta do protocolo 25131/2014, do procedimento instaurado pelo Ministério Público do Paraná para analisar a possibilidade de estabelecer critério objetivo baseado na quantidade da droga, conforme dados fornecidos pelo Instituto de Criminalística do Rio Grande do Sul, cada porção de cocaína contém, em média, de 0,3 (três decigramas) a 1,5 (um grama e meio). (Acessível em http://www.mppr.mp.br/arquivos/

File/Projeto_Semear/Materiais_de_Apoio/Material_de_Capacitacao/Protocolo_25131_Quantidade_de_droga_usuario_SEJU_analise_CAOP.pdf).

Isto significa dizer que a quantidade apreendida seria capaz de produzir no mínimo 115 (cento e quinze), podendo chegar a 1.035 (mil e trinta e cinco) papelotes, quantidade não apenas elevada, mas que também demonstra claramente a destinação mercantil.

É que segundo estudo realizado em 2014 pela Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná, empregando números calculados com base em estudos da Secretaria Nacional Antidrogas (Senad), do Ministério da Justiça, da Santa Casa de Misericórdia de Curitiba e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), um usuário de cocaína pode consumir, em média, por dia, em média, de 0,2 a 3,8 gramas (https://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-em-cinco-estados-mostra-diferenca-na-quantidade-de-drogas-para-ser-classificado-como-trafico-17229185).

E para tal juízo independe considerar o local da apreensão; quantidade elevada tanto é grande aqui, em Estado considerado corredor de transporte, quanto em qualquer outro local.

Correto, portanto, o juízo desfavorável da referida moduladora.

Inobstante o parecer refira que a sentença empregou a natureza e a quantidade da droga tanto na primeira fase (para recrudescer a pena-base) quanto na terceira (para fundamentar o afastamento do tráfico privilegiado), o que seria vedado, tenho que tal não ocorreu, pois a decisão menciona as circunstâncias pelas quais entendeu não ser possível conceder o benefício, ou seja, pelo fato de o apelante dedicar-se a atividades criminosas. E a tal conclusão a sentença chegou analisando não apenas a quantidade e a natureza da droga, mas, também, a sua diversidade e a apreensão de dinheiro em espécie, tudo a formar um conjunto de circunstâncias que demonstram a dedicação a atividades criminosas. Confira-se o texto de f. 228:

> *"Não incide a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois a vultosa quantidade de entorpecentes apreendida (mais de trezentos e quarenta gramas de cocaína pura), variedade da droga (cocaína e maconha), dinheiro encontrado (produto da venda dos entorpecentes), evidenciam a dedicação do tráfico*".

Quanto tal ocorre, ou seja, quando o referido benefício é denegado não apenas com base na quantidade e/ou natureza da substância, e sim diante de um conjunto de circunstâncias, assim decide o STJ:

> *"HABEAS CORPUS – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA DA PENA – NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA – 112KG DE COCAÍNA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – CARRO ADAPTADO À TRAFICÂNCIA E EMPREGO DE BATEDORES – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA – ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONJUNTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS – REGIME INICIAL FECHADO – ORDEM DENEGADA. 1. A valoração negativa das circunstâncias preponderantes do art. 42 da Lei nº 11.343/06 está concretamente justificada no elevado montante de entorpecentes apreendidos e na nocividade da droga comercializada pelos Pacientes - 112Kg (cento e doze quilogramas) de cocaína. 2. A avaliação desfavorável das circunstâncias do crime está fundamentada em aspectos concretos do modus operenadi delitivo, pois os Pacientes utilizavam um veículo especialmente preparado para o transporte da droga (fundo falso no tanque de combustível do automóvel) e realizavam o translado ilícito com um "batedor" que alertava ao condutor da carga irregular acerca da presença de policiais no percurso. 3. Não há bis in idem quando a natureza e a quantidade da droga são utilizadas como elemento desfavorável na primeira fase da dosimetria e, posteriormente, na terceira fase, afasta-se a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em razão da dedicação do acusado a atividades ou organizações criminosas, evidenciada pelo conjunto das circunstâncias do delito. 4. Ordem denegada.* (STJ; HC 458.858; Proc. 2018/0171331-0; MS; Sexta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; Julg. 27/11/2018; DJE 12/12/2018; Pág. 1426).

Portanto, na hipótese dos autos não se há falar em dupla valoração, sendo de se confirmar o acréscimo à pena-base colocado pela sentença, que bem atende ao princípio da proporcionalidade.

Do afastamento das causas de aumento de pena previstas no artigo 40, III e VI, da Lei 11.343/06.

Pugna o apelante pelo afastamento das causas de aumento de pena relativas à participação de adolescente e proximidades de estabelecimento de ensino.

Conforme ficou demonstrado pela prova dos autos, em especial pelas declarações dos agentes públicos inquiridos em juízo, a adolescente L. F. R., que era companheira do apelante, participava ativamente da venda de entorpecentes, além de ser pelo apelante exposta ao uso de drogas, pois os mesmos avistaram durante as campanas efetuadas, a adolescente entregando drogas aos usuários que chegavam à residência do casal, além de a droga ter sido localizada em local acessível a ela. Ademais, ela mesma admitiu em juízo que parte da droga era destina a seu consumo pessoal, além de ter declarado que fora iniciada no mundo das drogas pelo próprio apelante, de forma que resta indene de dúvida a configuração da causa de aumento prevista pelo inciso VI do art. 40, da Lei 11.343/06.

Quanto à causa de aumento referida pelo inciso III do artigo 40, também foi demonstrado com segurança que a residência do apelante, local onde ele comercializava drogas, localiza-se no mesmo quarteirão em que funciona um estabelecimento de ensino (Escola João Chama), havendo relatos testemunhais nos autos de que a distância entre um ponto e outro era de cerca de trezentos metros.

Como se sabe, trata-se de circunstância de natureza objetiva, ou seja, basta a proximidade, não se exigindo que o comércio ilícito vise os estudantes do referido estabelecimento. Nesse sentido, com redução ao ponto sob enfoque:

> *"RECURSO ESPECIAL – PENAL – TRÁFICO DE DROGAS. Causa de aumento de pena. Art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06. Natureza objetiva. Aplicabilidade no caso em apreço. Regime inicial fechado. Ausência de fundamentação idônea. Recurso Especial provido. Habeas corpus concedido de ofício."* (STJ; REsp 1.760.794; Proc. 2018/0210716-0; SP; Relª Minª Laurita Vaz; Julg. 22/11/2018; DJE 26/11/2018; Pág. 7903).

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 3 ANOS, 4 MESES E 25 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.434/2006 – NATUREZA DA DROGA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE, NA TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO – BIS IN IDEM INEXISTENTE – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. (...). Esta Corte Superior já pacificou o entendimento de que a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06 é de índole objetiva, prescindindo, portanto, da análise da intenção do agente criminoso em comercializar entorpecentes diretamente com os alunos do estabelecimento educacional (HC 380.024/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 08/05/2017). O acórdão recorrido reconheceu a incidência da majorante em comento com lastro em fundamentação idônea, por considerar que a distância de 350 metros entre o estabelecimento de ensino e o local em que os fatos ocorreram justificam sua aplicação, concluindo, ainda, que o acusado valia-se da movimentação do local para empreender o tráfico de drogas. (...)".* (STJ; HC 405.365; Proc. 2017/0152862-7; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 31/08/2017).

Por tais razões impõe-se a confirmação das referidas causas de aumento de pena.

Do abrandamento do regime prisional.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º com o 59, ambos do Código Penal.

Neste caso, em que a pena é inferior a 08 anos de reclusão e não há reincidência, poder-se-ia estabelecer o semiaberto, nos termos do § 2º, letra "b", do artigo 33. Entretanto, valorou-se negativamente duas circunstâncias judiciais, uma delas preponderante (antecedentes e natureza e quantidade da droga), hipótese em que se deve estabelecer regime mais gravoso.

É o que ensina Cezar Roberto Bitencourt, "Código penal comentado", 9ª ed. Editora Saraiva, 2015, p. 227, ao dizer que:

> *"(...) reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado".*

Assim, diante do juízo negativo das referidas circunstâncias, estabelecer regime prisional mais brando que o fechado desatenderia ao fator retributivo da pena.

Portanto, a presença de circunstância judicial negativa, com penas nos patamares aqui fixados, justifica o início do cumprimento no regime fechado, imposto pela sentença.

Além disso, ficou demonstrado que o apelante dedica-se à atividades criminosas, hipótese em que é impossível a eleição de regime mais brando, pois assim não se atenderia ao fator retributivo da pena. Nesse sentido (sem grifo na origem e com redução ao ponto):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C.C ARTIGO 40, V, DA LEI Nº 11.343/2006) – (...) – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA E/OU INTEGRAÇÃO A GRUPO CRIMINOSO – REGIME PRISIONAL MAIS RIGOROSO – DESPROVIMENTO. I. (...) vi. impositivo o regime fechado para o início do cumprimento de pena de reclusão, ainda que inferior a oito anos, a quem se dedica a atividade ilícita e/ou integra organização criminosa. vii. recurso desprovido, com o parecer."* (TJMS; ACr 0000987-39.2018.8.12.0020; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 07/03/2019; Pág. 74).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, RECEPTAÇÃO (TRÊS VEZES) E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – (...) – REGIME INICIAL FECHADO MAIS ADEQUADO NA ESPÉCIE – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR PENAS ALTERNATIVAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – OFICIAR. 1. (...).8.* ***Havendo informações acerca da dedicação à atividades criminosas pelo réu, ainda que tenha sido a reprimenda fixada em pena inferior a 08 anos e trate-se de agente primário, o regime inicial fechado para o desconto da pena mostra-se suficiente e necessário à prevenção e reprovação dos delitos****. 9. Pelas mesmas razões, inviabilizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 10. Dado parcial provimento ao recurso. Oficiar. V.V.: Não tendo o agente confessado a prática do delito descrito na inicial não há que se falar em reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP.* (TJMG; APCR 1.0103.13.002247-0/001; Rel. Des. Marcilio Eustaquio Santos; Julg. 04/12/2014; DJEMG 12/12/2014).

Confirma-se o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Da restituição dos bens apreendidos.

O apelante requer a restituição da motocicleta, sustentando pertencer à sua genitora, Sra. Suelen Alves de Queiroz, a qual apenas havia lhe emprestado tal veículo para levar documentos em seu novo emprego. Pugna também pela restituição da soma em dinheiro e dos celulares.

A motocicleta foi apreendida em razão de ter sido empregada para a entrega de drogas, conforme declarações dos agentes públicos, constantes dos autos.

Como se sabe, todo e qualquer objeto empregado para a prática do tráfico de drogas deve ser apreendido e ter o perdimento decretado em favor da União, e o produto destinado ao Funad, nos termos do § 1º do artigo 63, da Lei nº 11.343/06.

Ademais, o decreto de perdimento é exigência Constitucional, conforme se vê pelo artigo 243, da Magna Carta e seu parágrafo único:

> *"Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*
>
> *Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias*".

Como se sabe, o direito de propriedade também é garantido pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*, e XXII), mas comporta restrições, especialmente as decorrentes do indevido uso. E quando qualquer objeto de valor econômico é empregado para o tráfico de drogas, delito contra a saúde pública, o sagrado direito à propriedade sofre mitigação, cedendo ao interesse da comunidade. Nesse sentido decidiu o STF, em sua composição plena, com repercussão geral. Confira-se (sem grifos na origem):

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PENAL – PROCESSUAL PENAL – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL – TRÁFICO DE DROGAS – VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME – DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM – CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO – DESNECESSIDADE – INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que "o crime não deve compensar", perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012. 6. O confisco previsto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009. 7. O Supremo Tribunal Federal sedimentou que: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA – TRÁFICO DE DROGAS – APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO – ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-*

se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco. artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004). 8. A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, in casu, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 9. ***Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.****"* (STF; RE 638.491; Tribunal Pleno; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 23/08/2017).

De tal forma, todo e qualquer bem empregado para a prática do tráfico de drogas, com ou sem habitualidade, modificado ou não em sua estrutura original, deve ser apreendido e ter o perdimento decretado em favor da União, e o produto destinado ao Funad, nos termos do § 1º do artigo 63, da Lei nº 11.343/06.

Se o objeto pertencer a terceiro, o proprietário possui contra o traficante o direito de regresso, e não à restituição.

Neste caso, porém, há outros fundamentos a impedir o deferimento do pedido, pois conforme se verifica pelos autos, a motocicleta estava em poder do apelante, e por ele era empregada para a entrega de drogas.

Segundo o artigo 1.267 do Código Civil, "*a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição*". E o seu parágrafo único estabelece que "*Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico*".

Assim sendo, ainda que o referido veículo esteja registrado em nome de um terceiro, Claudiney Aparecido Sobrinho (vide termo de exibição e apreensão), e outro intule-se proprietário (Suelen Alves de Queiroz), o fato é que, como a propriedade transmite-se pela tradição, quem do referido bem móvel faz uso, salvo prova em contrário, é o seu real proprietário.

Assim, sem nenhuma prova em sentido contrário, na forma do artigo 1.267 do Código Civil, o proprietário é o apelante.

Por fim, caso não fosse, caberia ao proprietário formular o pedido de restituição, pois o artigo 18, do CPC vigente, veda a qualquer cidadão pleitear direito alheio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

De tal sorte, confirma-se o decreto de perdimento da moto Tornado/Honda, 2004/2005, placa HSL 9434.

Quanto ao valor apreendido, bem como em relação aos aparelhos de telefonia móvel, o apelante não fez nenhuma prova de sua origem lícita, de maneira que também devem ter o perdimento decretado por tratar-se de produzo do crime.

Por fim, no que tange à televisão e ao roteador apreendidos, tais objetos não tiveram o perdimento decretado, de maneira que devem ser restituídos ao apelante, conforme bem refere o parecer.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, apenas para autorizar a restituição do televisor e do roteador apreendidos, objetos que não tiveram o perdimento decretado pela sentença.

Prevalecendo este voto, o apelante deve continuar preso até o trânsito em julgado da sentença, posto que persistem os requisitos da prisão preventiva, em especial o risco à ordem pública, posto que se trata de pessoa já condenada por contravenção, dedicada ao tráfico de drogas em larga escala, sendo de rigor a interrupção de tais atividades como forma de impedir a reiteração delitiva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

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 dezembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0001268-17.2017.8.12.0024 - Aparecida do Taboado

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DELITO DE SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – PLEITO ABSOLUTÓRIO NEGADO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA O DELITO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PRETENSÃO REFUTADA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ANTECEDENTES DEVIDAMENTE VALORADA – MANTIDO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA FECHADO – PEDIDO DE AFASTAMENTO OU REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO E REDUÇÃO DE JUROS – NEGADO – PLEITO DA BENESSE DA JUSTIÇA GRATUITA – PRETENSÃO REFUTADA RECURSO DESPROVIDO.

Não há falar em absolvição do apelante por ausência de provas sobre a autoria delitiva ou de ter o réu concorrido para a infração penal, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são tranquilos no sentido de ensejar a manutenção da condenação.

A conduta pratica não se encaixa no tipo penal descrito no art. 146 do Código Penal, sendo incabível o pleito desclassificatório.

Por se tratar de dano moral presumido (*in re ipsa*), decorrente da própria situação em si – sequestro de ex-companheira – é evidente o abalo psicológico da vítima no qual é prescindível qualquer comprovação nesse sentido. O valor fixado foi razoável, justo e adequado à situação concreta (o réu possuía uma arma e ameaçou a vítima por diversas vezes).

Considerando que a valoração negativa dos antecedentes depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, pode-se concluir que a análise do magistrado, nesse ponto, pautar-se-á por um critério absolutamente objetivo, isto é, por simples análise à certidão de registros criminais do acusado.

Diante da reincidência do réu, o que impede a manutenção do regime prisional fechado, a despeito do aspecto quantitativo da pena privativa de liberdade aplicada.

Considerando que o réu está representado por advogado particular, seguindo a Jurisprudência majoritária do STJ, esclarece-se que a isenção do pagamento das custas processuais poderá ser concedida apenas pelo juízo da Vara de Execuções Penais, pois é na fase de execução, onde se exigirá tal valor, o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do Revisor. Vencido o Relator.

Campo Grande, 5 de novembro de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação interposta por A.P. de Q. em face da sentença proferida pelo juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca Aparecida do Taboado, nos Autos nº 0001268-17.2017.8.12.0024, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 148, § 1º, inciso I, do Código Penal (sequestro de ex-companheira), apenando-o a 4 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de indenização por danos morais em favor da vítima no importe de R$ 3.000,00.

Postula a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação da imputação para o delito de constrangimento ilegal, o afastamento da indenização ou a redução do valor, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Requer ainda a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

VOTO(05/11/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por A.P. de Q. em face da sentença proferida pelo juiz de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca Aparecida do Taboado, nos Autos nº 0001268-17.2017.8.12.0024, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 148, § 1º, inciso I, do Código Penal (sequestro de ex-companheira), apenando-o a 4 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de indenização por danos morais em favor da vítima no importe de R$ 3.000,00, haja vista que, conforme a denúncia:

> *"(...) no dia 30/05/2017, por volta das 09h47min, na avenida Cuiabá, nº 4677, próximo ao Supermercado Bahia, bairro São Luiz, nesta cidade de Aparecida do Taboado/MS, o denunciado privou a vítima V. A. F. de sua liberdade (ex-companheira), mediante sequestro. Consta que no dia, hora e local dos fatos o denunciado abordou a vítima em posse de um simulacro de arma de fogo, ameaçando-a de morte com os seguintes dizeres: "para se não eu te mato", com a finalidade de obrigá-la a subir em sua motocicleta e levá-la consigo. Apurou-se que após colocar a vítima na motocicleta (parte da frente), o denunciado perambulou pela cidade por cerca de vinte minutos (Bairro Ovídio). Ato contínuo, o denunciado levou a declarante até um rancho no loteamento Anduraluá (ao lado do rancho do 'Chumbinho'), onde permaneceu por algum tempo, oportunidade em que a vítima conseguiu avisar seus familiares que acionaram a polícia. Sabe-se que durante todo o período em que permaneceu com sua liberdade restringida, o denunciado ameaçava a vítima dizendo que 'se não fosse dele não seria de ninguém', vez que não aceitava o fim do relacionamento (companheira). (...)"*

Em suas razões, postula a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação da imputação para o delito de constrangimento ilegal, o afastamento da indenização ou a redução do valor, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Requer ainda a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

O recurso merece parcial provimento.

Ao ser ouvida na fase de inquérito, a vítima narrou (f. 8-9):

> *"(...) mantém um relacionamento amoroso com A. P. de Q. há cerca de dois anos, no entanto não são namorados e nem conviventes, alegando que somente praticam sexo (...) o último dia que dormiu com Adriano a declarante resolveu por fim no relacionamento, dizendo*

que não iria mais voltar ali (casa de A. P. de Q.), porém, neste dia, A. P. de Q. inconformado com o término, ameaçou-a dizendo que iria matá-la, inclusive a xingava de vários palavrões (...) que o mesmo possui uma arma de fogo tipo revolver, motivo este que possui medo de A. P. de Q., pois constantemente é ameaçada de morte (...); que nesta data, por volta das 12:57hs, a declarante foi surpreendida por Adriano em uma motocicleta; que neste exato momento, Adriano em posse de uma arma de fogo, apontando-a para a declarante, disse: 'para se não eu te mato!!', rapidamente a declarante desceu de sua bicicleta, e A. P. de Q. puxou-a pelo braço, que neste momento, a declarante ao tentar fugir, empurrou Adriano, fazendo com que os dois caíssem e também a motocicleta, causando lesões em Adriano na perna; que, assim que levantaram, A. P. de Q. continuou a puxa-la e a colocou em cima do tanque da motocicleta em sua frente, e saiu sem rumo certo; que a declarante informa que Adriano começou a andar pelo bairro Ovídio por cerca de vinte minutos; que Adriano vagava sem rumo, correndo com a motocicleta, causando perigo para a declarante e aos usuários da via (...); que em determinado momento A. P. de Q. parou a motocicleta e pediu para a declarante ir para a garupa, lhe entregando um capacete, o qual anteriormente estava no braço de A. P. de Q., após este levou a declarante para um rancho na saída da cidade (...); que lá A. P. de Q. ameaçava a declarante todo o tempo, dizendo que queria voltar o relacionamento, e também a ameaçava dizendo 'que se não fosse dele não seria de ninguém'; que neste meio tempo, a declarante muito nervosa e chorando pediu para A. P. de Q. deixa-la ligar para sua mãe Elizabeti, e com o consentimento de Adriano, a mesma ligou dizendo: 'mãe tô no rancho do chumbinho'; que passados alguns minutos, policiais militares chegaram ao local e conduziram a declarante e A. P. de Q. até esta Del Pol para esclarecimentos; (...) sua mãe já sabia a respeito dos fatos, eis que quando A. P. de Q. abordou a declarante, vizinhos presenciaram o momento em que, de força bruta, a colocou na garupa; (...) que indagada a respeito da arma de fogo, a declarante acredita tratar-se de um revólver calibre 22, cano longo e prateado, inclusive a declarante informa que A. P. de Q. possui duas armas de fogo, sendo este o revolver, e outro uma pistola preta (...)"

Em juízo, a vítima relatou que foi abordada pelo acusado, na via pública, e este, armado, obrigou a vítima a subir na motocicleta Biz, na frente. Posteriormente lhe passou para a garupa da motocicleta, colocou um capacete na vítima e levou-a para um rancho no condomínio Andaraluá. O acusado em certo momento se arrependeu, entregou o celular para a vítima que conseguiu avisar a genitora. Aduziu que após a ligação, logo chegaram os policiais e o levaram. O acusado queria reatar o relacionamento e sempre a ameaçava dizendo que iria lhe matar com a arma de fogo. Asseverou que ficou retida no rancho por aproximadamente uma hora e para que o réu não lhe fizesse nenhum mal, dizia ao mesmo que iria reatar o relacionamento, foi por isso que o acusado lhe deixou ligar para a genitora. Não sabe o que aconteceu com a arma, pois esta não foi localizada, acredita que o acusado tenha se desfeito dela, pois estava muito nervosa, com medo. Ressaltou que no momento em que foi abordada, o acusado disse que, se não montasse na moto e fosse com ele iria matá-la e mostrou-lhe a arma que estava na cintura. No rancho não viu a arma, nem lhe foi apontada.

Ainda em juízo, o policial militar Ataíde Nicolau de Oliveira, asseverou que recebeu uma ligação de que um indivíduo passou de moto, pegou uma mulher e saiu destino anel viário. Aduziu que, em seguida, chegou a mãe e irmã da vítima e outras pessoas avisando que A. P. de Q./réu tinha sequestrado a filha/vítima e levado para o meio do mato, perto do rio. Fizeram uma primeira ronda e não localizaram ninguém, depois alguém disse que poderiam estar perto do rio Paraná, então foram com uma moça que indicou o local, encontrando-os. A vítima e acusado foram encontrados perto do rio. Desde o momento em que a PM recebeu a ligação telefônica do indivíduo que disse ter visto o réu colocando a vítima na moto até o momento em que foram localizado transcorreu aproximadamente "meia hora", ou seja, 30 minutos (02'30 a 02'40). O acusado estava bastante bravo, nervoso e a vítima assustada. A vítima e uma testemunha que viu a primeira sendo colocada na motocicleta disseram que o réu estava armado, mas a arma de fogo não foi encontrada. Foi encontrado na casa do acusado um simulacro de arma de fogo. A vítima relatou ao depoente que o réu não lhe permitia ir embora e havia lhe ameaçado de morte se ela não reatasse o relacionamento e viesse embora com ele.

Ao ser interrogado em juízo, o réu admitiu que realmente levou consigo a vítima até um rancho no loteamento Anduraluá, justificando, entretanto, que isso ocorreu consensualmente, pois foram ao local para

conversarem com o objetivo de reatarem o relacionamento, o que se deu "numa boa". Ademais, não ameaçou a vítima e, com relação ao simulacro, tal objeto foi localizado em sua residência.

Diante das provas coligidas, não há ensejo para absolvição, pois, ao contrário do que alega a defesa, restou demonstrado que o réu constrangeu a vítima, mediante violência e grave ameaça, a seguir com ele ao referido rancho e a permanecer naquele local por determinado período, a fim de reatar o relacionamento afetivo.

Porém, a consumação do delito previsto no artigo 148 do Código Penal, consistente:

> *" (...) privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado", exige "efetiva restrição ou privação da liberdade de locomoção por tempo juridicamente relevante", pois "se a privação da liberdade for rápida, instantânea ou momentânea, não configurará o crime, admitindo-se, no máximo, sua figura tentada ou, quem sabe, constrangimento ilegal"* (cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *In* Tratado de direito penal. 2 - 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. cap. XXI).

No presente caso, embora seja certo que o réu restringiu a liberdade da vítima, não há certeza acerca do tempo que essa privação de liberdade perdurou.

Note-se que, conquanto a vítima afirme que permaneceu retida no rancho por aproximadamente uma hora, o policial Ataíde Nicolau de Oliveira afirmou que, desde o momento em que a PM recebeu a ligação telefônica do indivíduo que disse ter visto o réu colocando a vítima na moto até o momento em que foram localizados transcorreu aproximadamente meia hora, ou seja, 30 minutos.

Em verdade, a conduta praticada pelo réu enquadra-se no tipo do artigo 146 do Código Penal "*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda*".

Afinal, o réu não poderia manter sua ex-companheira no rancho em questão, no meio do mato e longe de qualquer edificação, por tempo relevante. Ademais, os depoimentos denotam que a intenção do réu era reatar o relacionamento afetivo com a ofendida, e não privá-la de liberdade de locomoção, tanto que assentiu que ela telefonasse para a respectiva genitora e indicasse onde estavam.

Assim, embora seja inviável o pleito absolutório, é possível desclassificar a conduta para o crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do CP.

Operada a desclassificação, passo a redimensionar a pena.

Na primeira fase, reputo desfavoráveis as circunstâncias do crime, pois, conforme bem observado pelo julgador de primeira instância, houve arrebatamento da vítima, com deslocamento a local com menor concentração de pessoas e ameaça de morte. Além disso, são desfavoráveis as consequências do crime, haja vista que a conduta perpetrada pelo réu gerou resultados que extrapolam a consequências ordinárias do delito, eis que "*implicou completa mudança da rotina de vida da vítima, inclusive de cidade, por conta do temor do acusado*".

Contudo, o fundamento da sentença alusivo ao uso do simulacro não procede, pois nada foi apreendido com o réu no momento da prisão em flagrante e tal objeto foi localizado na respectiva residência, o que permite concluir não foi empregado para a prática do delito. Do mesmo modo, diferentemente do que consta da sentença, nada indica que o réu agiu com premeditação.

Os antecedentes igualmente devem ser neutralizados. Com efeito, as certidões inclusas (f. 180-185) demonstram que, em desfavor do acusado existem duas condenações penais definitivas, sendo a primeira por furto qualificado (f. 181) e a segunda por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (f. 183).

Porém, a primeira condenação definitiva restou atingida pelo transcurso do quinquênio depurador previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, não servindo para macular os antecedentes (cf. Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1 – 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, cap. XXXIV; STF - HC 130613, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015; HC 130500, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015; HC 126315, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015; TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0008492-30.2012.8.12.0008, Corumbá, Seção Criminal, minha relatoria).

A segunda condenação, por sua vez, será empregada apenas para caracterizar a reincidência, evitando-se ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Logo, na primeira fase a pena-base deve ser reajustada em 05 meses de detenção e 12 dias-multa.

Na segunda fase, incide a agravante da reincidência, em 1/6.

Inexistentes causas de aumento ou diminuição, a pena final deve ficar estabelecida em 05 meses e 25 dias de detenção e 14 dias-multa.

Considerando a pena imposta, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais negativas, o regime prisional deve ser abrandado para o inicial semiaberto.

Diante da reincidência do réu, da natureza do delito, perpetrado mediante violência e grave ameaça à pessoa, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44, I). Os mesmos fundamentos obstam a suspensão condicional da pena (CP, artigo 77).

Noutro vértice, deve ser mantida a condenação do acusado ao pagamento de indenização por danos morais.

Embora entenda que a fixação de indenização de reparação de danos em favor da vítima dependa de instrução processual específica, fato é que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, *REsp 1.643.051/MS* e *REsp 1.675.874/MS*, firmou a tese de que:

> *"Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória."*

In casu, verifico que houve pedido expresso do *Parquet* (f. 2), pugnando pela fixação de valor mínimo para reparação de danos nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, no intuito de uniformizar jurisprudência e também para evitar geração de expectativas efêmeras de reforma, passo a adotar a conclusão externada pelo STJ no sentido de que é possível a fixação de valor mínimo indenizatório nos casos de violência doméstica mesmo sem instrução probatória específica, desde que haja pedido expresso do Ministério Público ou da vítima, por se tratar de dano *in re ipsa*.

Na caso, observo que o acusado restou condenado pela prática do crime de constrangimento ilegal. Logo, em atenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo que o valor indenizatório deve ser reduzido a R$ 1.500,00, valor este que já tem sido amplamente utilizado pela jurisprudência desta Corte, podendo apenas ser extrapolado quando houver fundamentação concreta no sentido de que as circunstâncias do caso concreto justificarem o aumento acima deste patamar, o que não ocorreu na hipótese.

Em conformidade com as Súmulas nº 362 e 54, do Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária deve incidir desde a data do arbitramento, e os juros de mora, por se tratar de responsabilidade extracontratual, desde o evento danoso.

Por fim, deve-se conceder ao referido apelante os benefícios da gratuidade judiciária. Embora a respectiva defesa técnica tenha sido exercida por advogado particular, as informações constantes do processo indicam tratar-se de réu hipossuficiente financeiramente e se encontra afastado do trabalho em decorrência de doença.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto por A.P. de Q. a fim de reformar a sentença recorrida para: a) desclassificar o crime do artigo 148, § 1º, inciso I, para o tipo previsto no artigo 146, ambos do Código Penal, redimensionando a respectiva pena nos termos deste voto; b) reajustar o valor indenizatório fixado na sentença ao patamar de R$ 1.500,00, acrescidos de correção monetária desde a data do arbitramento e juros de mora desde o evento danoso; c) beneficiá-lo com a isenção das custas e despesas processuais, nos termos da Lei Estadual nº 3.779/2009 e Lei 1.060/1950.

Decisão em parte com o parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

A. P. de Q., qualificada nos autos, foi condenada à pena de 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, além da indenização por danos morais em favor da vítima no importe de R$ 3.000,00 (três) mil reais, em razão da prática delitiva prevista no art. 148, § 1°, inciso I, do Código Penal (sequestro da ex-companheira).

Nas razões recursais, a defesa requer: a) a absolvição, com fulcro no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal; b) a desclassificação para o crime previsto no art. 186 (constrangimento ilegal); c) a não fixação de reparação de danos morais à vítima, ou que seja reduzido para um salário-mínimo; d) o abrandamento do regime prisional para o semiaberto; e) a concessão da justiça gratuita (f. 277 - 286).

O Relator, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, votou no sentido de: I) desclassificar o delito previsto no art. 148, § 1°, inciso I, do Código Penal para o tipo previsto no art. 146, do Código Penal; II) abrandar o regime prisional para o semiaberto; III) reajustar o valor indenizatório para R$ 1.500,00 (mil e quinhentos) reais; IV) conceder ao réu os benefícios da justiça gratuita. V) diminuir, de ofício, a pena-base pelo afastamento da circunstância judicial "antecedentes", restando a pena definitiva em 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Divirjo do relator para negar provimento ao recurso e, consequentemente, manter integralmente a sentença.

Do pedido da desclassificação.

Primeiramente, entendo não ser o caso de acolher o pedido de desclassificação para o delito de constrangimento ilegal.

Isso porque os fatos narrados na denúncia não se encaixam no tipo penal descrito no art. 146 do Código Penal, que assim dispõe: "*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda*".

É que, pelas circunstâncias fáticas do processo, pode-se observar que, no caso, a única intenção do réu era restringir a liberdade (direito de ir e vir) da vítima, deixando-a em seu ilegal e ostensivo poder de vigilância. Ao contrário do que afirmado pelo Relator, na minha compreensão, ao restringir a liberdade da vítima, o réu não almejava, com tal providência, algum tipo de conduta por parte da vítima, vale dizer, que ela praticasse algo não imposto legalmente ou deixasse de praticar alguma conduta permitida pelo legislador. O réu, ao que se pode perceber, visava única e exclusivamente restringir a liberdade de locomoção da ofendida, agindo, nessas circunstâncias, despido de qualquer outra finalidade especial.

Por isso, no meu entendimento, o enquadramento dos fatos descritos na inicial está alinhado ao tipo penal de sequestro e cárcere privado, razão pela qual descabe o acolhimento do pleito desclassificatório.

Outrossim, verifica-se que o suporte fático é suficiente para ensejar a manutenção do juízo condenatório, tendo em vista que os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, são capazes de evidenciar a materialidade e a autoria do fato delituoso referente ao crime de sequestro.

A vítima, tanto na delegacia quanto em juízo narrou que o réu a abordou e a obrigou a subir em sua motocicleta, puxando-a força pelo braço, fazendo a todo momento ameaças de morte. Quando conseguiu que a vítima subisse na motocicleta a levou para um rancho sem que pudesse sair, tendo somente autorização para ligar para sua genitora.

O réu por sua vez, na delegacia permaneceu em silêncio e em juízo negou os fatos, alegando que a vítima não foi obrigada em nenhum momento e que a mesma subiu por conta própria.

A testemunha ocular Francisco Ferreira da Silva, em seu depoimento extrajudicial (f. 11-13), confirmou as palavras da vítima ao declarar que o réu mostrou um revólver para a vítima, dizendo que queria falar com a mesma e acabou por puxar seu braço, colocando-a na motocicleta e pilotando sem rumo certo.

Já o policial militar Ataíde Nicolau de Oliveira (testemunha em juízo – f. 216) confirmou todos os fatos e acrescentou que obteve informações também da genitora e da irmã da vítima que a mesma estava em um rancho, sem poder sair do local, em virtude do réu.

Diante desse contexto fático probatório, deve ser mantida a condenação do apelante, na forma da sentença objurgada, eis que inexistem dúvidas quanto à prática do sequestro e cárcere privado da ex-companheira imputado ao apelante, pelo que a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Da redução da pena-base dada de ofício.

Nesse ponto, a sentença deve ser mantida.

Quanto aos antecedentes, bem se sabe que eles consubstanciam circunstância judicial que diz respeito aos envolvimentos judiciais anteriores do acusado, onde haja sido condenado por sentença irrecorrível, cuja situação não configure reincidência, pelo não preenchimento dos requisitos do art. 64, I, do Código Penal. Não se admite, pois, como "maus antecedentes", a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso (S. 444, STJ).

Assim, considerando que a valoração negativa dos antecedentes depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, pode-se concluir que a análise do magistrado, nesse ponto, pautar-se-á por um critério absolutamente objetivo, isto é, por simples análise à certidão de registros criminais do acusado.

No caso dos autos, pela simples análise da certidão de antecedentes criminais do apelante (f. 181) é possível notar a existência uma condenação criminal transitada em julgado em desfavor do apelante. Diante desse contexto, é plenamente aceitável que tal anotação seja utilizada como fator de prejudicialidade da circunstância judicial dos antecedentes.

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a atuação do magistrado singular, nesse ponto, foi absolutamente adequada, devendo, pois, ser mantida a prejudicabilidade atribuída à circunstância judicial dos antecedentes. Assim, mantenho a pena nos moldes da sentença.

Do abrandamento do regime prisional.

O pedido em questão não deve ser colhido.

Isso porque, ainda que a quantidade da pena aplicada admita a fixação de regime inicial mais brando, por não exceder a oito anos de reclusão, o presente caso não comporta o estabelecimento de outro regime prisional que não o fechado. Isso porque, no presente caso, há circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que,

em última análise, potencializa a gravidade concreta dos fatos, reclamando-se, assim, a imposição de uma pena de maior severidade, que efetivamente atenda às finalidades punitiva e preventiva da pena, o que não será alcançado senão pela imposição do regime fechado.

Além do mais, é preciso destacar que se trata de réu reincidente, o que impede a fixação do regime prisional semiaberto, a despeito do aspecto quantitativo da pena privativa de liberdade aplicada.

Portanto, deve se mantido o regime prisional fechado, conforme fundamento previsto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Da fixação do valor indenizatório.

O pleito não comporta acolhimento.

O apelante requer o afastamento da indenização fixada em favor da vítima, no importe de R$ 3.000,00, ou a redução do valor para um salário-mínimo.

Pois bem. O pagamento de indenização à vítima tem previsão descrita no art. 387, IV, Código de Processo Penal (redação trazida pela Lei nº 11.719/08) que determina:

> *"Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:*
>
> *(...)*
>
> *IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido."*

Conforme expressamente estabelece o dispositivo legal citado, cuja alteração veio para prestigiar a vítima e conceder-lhe a devida atenção, com maior celeridade na obtenção da indenização mínima por eventuais danos sofridos, tenho entendido (diferentemente do Relator), que o juiz "deve" fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, independentemente de pedido expresso da parte, pois, nos termos do art. 91, I, do Código Penal, essa indenização trata-se de efeito automático da sentença condenatória definitiva, que estabeleceu a obrigação de indenizar o dano causado.

Aliás, no caso em tela, o Ministério Público Estadual pediu expressamente na denúncia a condenação da ré ao pagamento de valor mínimo para reparação dos danos sofridos morais pela vítima, nos termos do art. 387, IV, CPP, reiterando o pleito em alegações finais. (f. 2 e 239).

Como se vê claramente do referido dispositivo, o legislador quis estabelecer a indenização mínima em favor da vítima, na esfera do processo penal, como efeito da condenação, pelo que colocou o núcleo da regra de forma cogente, dizendo que o juiz deve fixar essa indenização mínima. E, em se tratando de indenização mínima, independe de pedido e também sem prejuízo da busca de indenização completa, na compreensão da vítima, no juízo cível.

Deve ser ressaltado, ainda, que em relação às garantias do contraditório e da ampla defesa, que são verdadeiros pilares do processo penal, inexiste qualquer prejuízo para a parte na fixação do valor mínimo para reparação dos danos, posto que a previsão está expressa na lei processual penal, como consequência de uma sentença condenatória. Portanto, quando do recebimento da denúncia, o réu é notificado e citado para se defender, tendo a partir daí a oportunidade ampla de assim proceder, com o acompanhamento da instrução processual, pelo que não se pode alegar qualquer ofensa aos princípios referidos.

Portanto, diante da existência de norma expressa no Código de Processo Penal, o réu, ao proceder sua defesa, tem conhecimento que um dos efeitos da sentença penal condenatória é o de reparar os danos, portanto, deve fazê-la de forma ampla, não podendo, posteriormente, alegar eventual desrespeito ao devido processo legal (ampla defesa e contraditório).

Neste sentido, cabe colacionar a doutrina de Audrey Borges de Mendonça:

"É relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independe de pedido explícito. E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isso porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo. O mesmo se aplica em relação ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresso de quem quer que seja. A única modificação que a reforma introduziu foi transmudar o título executivo, que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte". (Nova reforma do código de processo penal. Método, 2008. p. 240/241)

E, ainda, trechos do texto jurídico "Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória":

"3.3 Fixação da indenização cível ex officio pelo juiz criminal

Indaga-se sobre a possibilidade de o juiz criminal fixar o valor mínimo da indenização civil de ofício. Por outras palavras: ajuizada a ação penal, seja ela privada ou pública, o juiz criminal poderá fixar o valor mínimo da indenização independentemente de pedido do autor da ação?

Parece-me que a redação do art. 387, inc. IV do CPP é por demais imperativa. De fato, o preceito determina que o juiz 'fixará' valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. Desse modo, à luz de uma exegese literal, outra conclusão não pode ser obtida. Posto que não seja realizado o pedido de indenização cível, o juiz criminal deverá fixá-la.

Ademais, o princípio da correlação, em matéria processual penal, está muito mais ligado à causa de pedir do que ao pedido propriamente dito. É corriqueira a advertência da doutrina no sentido de que o réu defende-se, no processo penal, não da tipificação legal apresentada pelo autor da ação, mas sim dos fatos narrados [05].

De qualquer sorte, considerando-se a imperatividade do art. 387, inc. IV do CPP, ainda que o prejuízo não tenha sido narrado na denúncia, exsurgindo nos autos a sua prova, deverá o quantum ser considerado quando da prolação da sentença penal condenatória. Tem-se, nesse caso, uma situação de aplicação do princípio da ultrapetição. Por outras palavras: ainda que não seja feito pedido de indenização cível na ação penal, surgindo nos autos prova do valor do prejuízo, deverá o magistrado considera-lo na sentença. Essa interpretação coaduna-se com o espírito da reforma de otimização do processo judicial.

Ressalte-se, contudo, que, não havendo prova nos autos da ação penal do quantum da indenização dos danos causados pela infração, por óbvio, o magistrado deverá abster-se de aplicar o inciso IV do art. 387 do CPP. É que, na ausência de provas referentes aos prejuízos obtidos, não deterá o magistrado elementos suficientes para a fixação da indenização. Tal tarefa, nesse caso, deverá ser relegada para a fase de liquidação da sentença penal condenatória, a ser realizada na esfera cível, na forma dos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil." (Disponível em<http://jus.com.br/revista/texto/12877/aspectos-processuais-civis-decorrentes-da-possibilidade-de-fixacao-de-indenizacao-civil-na-sentenca-penal-condenatoria> acesso em 4/06/13)

A par disso, deve ser salientado que o papel da vítima no âmbito do processo penal começa a ter uma maior valorização.

O jurista Antônio Milton de Barros, em artigo publicado sobre "O papel da vítima no processo penal", diz:

"O papel da vítima no processo penal da atualidade deve ser pautado tanto pelas normas de direito internacional como pelas regras internas. No plano internacional, destaca-

se a Resolução nº 40/34/85, da ONU. Internamente, destaca-se o art. 245 da Constituição Federal, que prevê assistência jurídica, pelo Poder Público, às vítimas de crime e seus herdeiros. No terreno infraconstitucional, o processo sofreu substancial alteração com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), além de outras inovações legislativas que revelam influência da vitimologia." (www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/37/18)

Nesse mesmo trabalho, foi feito um estudo comparado sobre o tratamento dado às vítimas na legislação de vários países, como na Espanha, onde a vítima tem participação no processo junto com a acusação oficial, na condição de acusador particular, de acusador popular, ou mesmo quando haja conexão entre interesses privados e público.

Na Argentina, onde o Código Nacional assegura à vítima participação e proteção processual. Na Itália, onde a vítima tem legitimidade, inclusive, para ingressar na ação penal, como parte contingente, para o fim de obter a reparação do dano, como esclarece o professor da Universidade de Padova, Alfredo Molari. Em Portugal, o Código de Processo Penal também prevê a possibilidade de o ofendido habilitar-se como assistente. Além disso, dispõe o estatuto luso que o pedido de indenização civil fundado na prática de crime, em regra, é deduzido no Processo Penal respectivo.

Como se vê, há uma crescente preocupação com a vítima de crimes. No Brasil, também começou a haver alguma preocupação com a vítima, com a inclusão do disposto no inciso IV do art. 387 do CPP, reforçando os efeitos da sentença condenatória previstos no art. 91, I, do CP.

É necessário, pois, que seja assegurado o direito da vítima, com a fixação, desde logo, de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, o que, por ser efeito da sentença condenatória, entendo que prescinde de pedido da vítima, desde que haja elementos no processo para a essa fixação, ficando a critério da vítima a execução, quando, então, aí sim dependerá da providência da mesma.

A indenização nessas hipóteses, como assente doutrina e jurisprudência, se justifica, de um lado, pela ideia de punição ao infrator, e, de outro, como uma compensação pelo dano suportado pela vítima em virtude do comportamento daquele.

E por se tratar de dano moral presumido (*in re ipsa*), decorrente da própria situação em si – sequestro de ex-companheira – é evidente o abalo psicológico da vítima no qual é prescindível qualquer comprovação nesse sentido.

Desse modo, inviável a pretensão de afastamento da indenização.

Outrossim, penso que o valor arbitrado na sentença, R$ 3.000,00, pela fundamentação, tratando-se de hipótese de valor mínimo a ser fixado, foi razoável, justo e adequado à situação concreta (o réu possuía uma arma, e o mesmo ameaçou por diversas vezes).

Assim, mantenho a indenização por danos morais à vítima no montante de R$ 3.000,00 (três mil) reais.

Dos benefícios da justiça gratuita.

A esse respeito, postulou o apelante a dispensa do pagamento das custas finais do processo, sob o fundamento de que não ostenta condições financeiras suficientes para arcar com tal ônus, sem prejuízo dos respectivos sustentos familiares.

O pedido, contudo, não merece guarida.

Quanto ao pleito em questão, considerando que o réu está representado por advogado particular, seguindo a Jurisprudência majoritária do STJ, esclareço que a isenção do pagamento das custas processuais poderá ser concedida apenas pelo juízo da Vara de Execuções Penais, pois é na fase de execução, onde se exigirá tal valor, o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – DECISÃO MONOCRÁTICA PROLATADA NOS TERMOS DO ART. 557 DO CPC – BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 804 DO CPP – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPRÓVIDO. 1. Não ofende o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator proferida nos termos do art. 557 do CPC. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o réu, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos exatos termos do art. 804 do Código de Processo Penal. 3.* ***Ademais, a suspensão do pagamento apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado.*** *4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 282.202/MG, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 26/03/2013)." (Destaquei).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSO PENAL – ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS – INVIABILIDADE – ART. 804 DO CPP – BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA – ART. 12 DA LEI 1.060/1950 – REVOGAÇÃO PELO ART – 175, I, DO CTN – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – EXAME QUE DEVE SER FEITO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES – ORIENTAÇÃO PACÍFICA DO STJ – DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem acerca da alegada revogação do art. 12 da Lei nº 1.060/50 pelo art. 175, I, do CTN, mostra-se incabível a apreciação do pedido por esta Corte, em virtude da ausência do requisito indispensável do prequestionamento. 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, o art. 804 do CPP determina a condenação do vencido em custas, devendo ficar suspensa a exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, após o qual ficará prescrita a obrigação, a teor do art. 12 da Lei nº 1.060/1950. 3.* ***A suspensão de que se trata apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado, diante da possibilidade de alteração após a condenação.*** *4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 254.330/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013)." (Destaquei).

Portanto, fica afastado o pedido defensivo respectivo.

Dispositivo.

Diante do exposto, com o parecer e divergindo do Relator, encaminho o voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto por A. P. de Q.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Vogal)

Acompanha o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do revisor. Vencido o 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, 5 de novembro de 2019.

***

2ª Seção Criminal
Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Petição Criminal nº 1600218-93.2016.8.12.0000

EMENTA – CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO – PROCEDIMENTO JUDICIALIFORME – DECISÃO QUE CONCLUI PELA INDIGNIDADE DA PERMANÊNCIA NO OFICIALATO ANTE PRÁTICA DE GRAVES FALTAS DISCIPLINARES – MANIFESTA OFENSA AO PUNDONOR MILITAR E À CREDIBILIDADE DA CORPORAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE EM REMANESCER COMO MEMBRO INTEGRANTE DA INSTITUIÇÃO – LEI ESTADUAL 105/1980 – DECRETO ESTADUAL 1260/81 – OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL; DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INTERREGNO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PELO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA – REPRESENTAÇÃO EM FACE DO OFICIAL PELO GOVERNADOR DO ESTADO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAMENTO DO FEITO A VISTA DA CONCORDÂNCIA COM O PARECER EXARADO PELO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO – PROVAS COLHIDAS DEMONSTRAM PRÁTICAS QUE VIOLAM GRAVEMENTE PRECEITOS ÉTICOS-DISCIPLINARES – PERDA DO POSTO E PATENTE – EXCLUSÃO DOS QUADROS DA CORPORAÇÃO – REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE – PROVENTOS DECORRENTES DA INATIVIDADE, PORÉM, MANTIDOS.

O Decreto n° 1.260 de 2 de outubro de 1981, dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

A Lei Complementar nº 053, de 30 de agosto de 1990, dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul, estabelecendo deveres e obrigações.

O procedimento instaurado pelo Conselho de Justificação para análise da permanência ou expulsão de oficial dos quadros da Corporação Militar tem natureza administrativa, observando as disposições veiculadas na Lei 105/1980, passando a adquirir, após o encaminhamento dos autos ao Tribunal de Justiça, natureza judicialiforme. É da competência do Conselho de Justificação elaborar relatório definindo se o oficial justificante é ou não culpado da acusação que lhe é feita, com remessa dos autos ao Governador do Estado que, aceitando a conclusão do relatório, procede encaminhamento dos autos ao Tribunal de Justiça, que tem competência para julgar, em instância única, os processos oriundos do Conselho de Justificação, remetidos pelo Governador do Estado, ao teor do artigo 14 da Lei nº 105/1980.

No procedimento instaurado pelo Conselho de Justificação devem ser observados os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Esse controle pode ser objeto de análise quando encaminhado o feito à seara jurisdicional.

Por força do disposto no artigo 600 do RITJMS c/c artigo 16 da Lei nº 105/1980, compete ao Tribunal de Justiça do Estado decidir, agora em nível jurisdicional, se o oficial justificante é indigno para permanecer na ativa ou na inatividade, ou ainda se deve ser determinada sua reforma, a partir dos supedâneos colhidos no procedimento desenvolvido pelo Conselho de Justificação e respectiva decisão, garantido o direito de defesa (artigo 597 do RITJMS c/c artigo 15 da Lei 105/1980).

Decidido pelo Tribunal de Justiça em consonância com a decisão elaborada pelo Conselho de Justificação que o oficial é moralmente incapaz de permanecer nas fileiras da Polícia Militar, seja na ativa ou na inatividade, declara-se a indignidade ao oficialato, com a perda do posto e patente, determinando sua demissão e exclusão dos quadros da Corporação, sem repercussão nos proventos da inatividade.

Quando declarada a indignidade do oficial ou sua incompatibilidade em permanecer na ativa ou na inatividade obrigatoriamente é determinada a perda do posto e patente (inciso I do artigo 16 da Lei nº 105/1980). Consectário lógico dessa determinação é a exclusão dos quadros da Polícia Militar, com a perda da qualidade de militar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria, rejeitaram a preliminar suscitada pela defesa e julgaram procedente a representação proposta pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul para decretar a perda de posto e patente de P. R. T. X., nos termos do voto do 1º vogal, vencidos parcialmente relator e revisor que estendiam os efeitos da representação para cassar os proventos decorrentes da inatividade do requerido.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2019.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Trata-se de procedimento administrativo levado a efeito pelo Conselho de Justificação inaugurado através de Decreto P nº 3380, de 19 de agosto de 2009 para o fim de apurar responsabilidade disciplinar em face do Capitão PM Paulo Roberto Texeira Xavier – Matrícula 204.948-1, bem assim proceder ao respectivo julgamento, de modo a decidir se apontado oficial está ou não moralmente capaz de permanecer nas fileiras da PMMS, por prática de atos insculpidos no artigo 2º, inciso I, letras a, b e c, do Decreto nº 1.261 de 02/10/81 c/c artigo 46, parágrafo segundo, da Lei Complementar nº 053/90.

Observados os trâmites necessários, após o regular processamento do feito, o Conselho de Justificação, em votação unânime, considerou o representado culpado das imputações formuladas e o consideraram moralmente incapaz de permanecer na PMMS.

O procedimento administrativo foi encaminhado à PGE/MS, que observou garantia do direito de ampla defesa e do contraditório, bem assim a presença de justa causa para apuração da conduta do referido oficial da PM e de suficientes elementos de convicção.

Os autos foram encaminhados ao Exmo. Sr. Governador do Estado, que, em decisão fundamentada, anotou que os fatos relatados pelo Conselho de Justificação embasam a convicção de que o representado deve ser declarado indigno para continuar nas fileiras da Corporação. Ainda, acolheu a manifestação de precitado Conselho.

Por decisão de f. 718-719, os autos foram recebidos e determinada a manifestação do representado sobre a decisão prolatada pelo Conselho de Justificação.

O representado manifestou-se a f. 721-733 e juntou documentos. Pugna a defesa do representado pela nulidade do julgamento por inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da publicidade dos atos da administração pública; que o representado seja considerado apto a permanecer nos quadros da PMMS, ou, alternativamente, seja o representado transferido para a reserva remunerada.

Manifestou-se o Estado de MS a f. 909-949, requerendo a exclusão do réu do oficialato.

Manifestou-se o Ministério Público, em resumo, pela declaração de procedência da representação ofertada pelo Exmo. Sr. Governador do Estado.

Ao depois, foram apresentadas mais duas defesas, totalizando três defesas, duas por advogados distintos, causando entrave processual. A vista dessa situação, foi prolatado o despacho de f. 871-872 para que o representado esclareça quem é ou quem são os seus advogados. Intimação pessoal. Nesse interregno comparece aos autos o advogado que subscreveu a primeira defesa e renúncia ao mandato (f. 875). Depois, vem aos autos a advogada do representado. Menciona desacertos nos protocolos e diz que é a única que tem procuração nos autos (f. 898). O representado foi intimado pessoalmente para esclarecer sobre essa sucessão de razões de defesa (f. 882-884) e deixou fluir o prazo sem manifestar qualquer interesse (certidão de f. 886).

No intercurso dos autos, a defesa do representado sustenta existência de conexão entre os presentes Autos e os de nºs 1407034-41.2017.8.12.0000 e 1604253-62.2017.8.12.0000, em trâmite perante a 2ª Seção Criminal, sob relatoria do Des Luiz Gonzaga Mendes Marques. Consoante razões de f. 1048-1050, o pedido foi rejeitado.

Apresentou-se mais uma defesa (f. 1068-1089), aduzindo o Ministério Público ocorrência de preclusão consumativa, visto que apenas uma delas é tempestiva, aquela apresentada em 24/02/2016.

VOTO(11/12/2019)

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Relator)

Primeiramente, ante a multiplicidade de defesas apresentadas pelo requerido, anoto que conheço apenas e tão-somente da primeira (f. 721-733), posto que tempestiva. As demais, todas, estão imantadas pela extemporaneidade.

Veja-se que o advogado que subscreveu a peça defensiva neste eg. Tribunal de Justiça atuou na defesa do representado ao longo de toda a instrução do procedimento junto ao Conselho de Justificação, subscrevendo peças de defesa, requerendo diligências e estando presente em atos de interrogatórios (foram dois) e inquirição de testemunhas (por exemplo, f. 439 e ss; 451 e ss; 605; f. 607, onde obteve, como defensor do requerido, vista dos autos; veja também, por exemplo, termo de f. 604, onde o representado subscreve termo de assentada, onde está consignado o nome de seu advogado; assim também todos os demais termos, seja de interrogatório, seja de oitiva de testemunhas), tudo com anuência e reconhecimento do réu no sentido de que o causídico era o seu advogado, e assim agiu em prol da defesa daquele.

Ainda, o mesmo advogado, intimado para apresentar defesa (f. 720), agora neste Tribunal, ofertou-a e juntou documentos (f. 721 e ss).

As demais peças defensivas – como aquela de f. 784, sob a epígrafe ´razões de apelação´ (sic) – sequer podem ser conhecidas, ante a evidente intempestividade.

Feito este prolegômeno, passo à análise da *quaestio*.

Preliminar de Nulidade do Procedimento Administrativo por Sessão Secreta

Sustenta o requerido que a sessão do Conselho de Justificação que deliberou sobre o relatório foi secreta. Por assim ser, contraria o princípio constitucional da publicidade. Ainda, que ao realizar a sessão secreta – com ausência do advogado do requerido – violou-se garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e o da publicidade.

Realmente consta na Ata – 7ª Sessão – do Conselho de Justificação que este deliberou em sessão secreta o relatório que resultou na manifestação desse conselho sobre os fatos dados à sua apreciação (f. 640).

É preciso anotar que o caso em baila se trata de um processo administrativo, que via de regra partilha-se em cinco fases distintas e estanques, a saber, instauração, instrução, defesa, relatório e decisão. Durante toda a extensão processual administrativa garantiu-se ao réu o direito a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Quando se trata da fase deliberativa de parte do Conselho de Justificação – que é o relatório e a consequente deliberação sobre o entendimento manifestado – não há falar em prévia notificação do réu ou de seu advogado. É que essa manifestação tem natureza essencialmente propositiva. Não vincula; não atinge a esfera jurídica do requerido e tampouco estabelece qualquer obrigatoriedade de sancionar ou obrigar a conduta, a quem quer que seja. Quem aplica a sanção é a autoridade hierárquica superior, que, atuando discricionariamente, pode, ou não, acatar a opinião manifestada, no caso pelo Conselho de Justificação (a propósito, veja-se o disposto no artigo 13, *caput*, da Lei nº 105/1980).

Sobre o tema, Odete Medauar, ao cuidar do processo disciplinar, ensina que: "*(...) a conclusão do relatório da comissão reveste-se de proposta, ou seja, de caráter opinativo, exigida a motivação quando a autoridade competente para julgar decidir em sentido diferente do proposto pela comissão*" (- 10 Direito administrativo moderno. São Paulo: RT, 2006. p. 310 – *apud* Ap. Cível nº 0800126-46.2018.9.26.0020 – TJMSP - Data do julgamento: 27 de agosto de 2019).

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*, "(...) a comissão apresenta seu relatório, no qual deve concluir com proposta de absolvição ou de aplicação de determinada penalidade, indicando as provas em que baseia a sua conclusão. O relatório é peça apenas opinativa, não obrigando a autoridade julgadora, que poderá, analisando os autos, apresentar conclusão diversa." (Direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 520/521 – *apud idem*).

Idêntica lição de Hely Lopes Meirelles: "*No julgamento a autoridade competente deverá sempre fundamentar sua decisão, com motivação própria ou adoção dos fundamentos do relatório, tanto para a condenação quanto para a absolvição. Permitido lhe é discordar do parecer da comissão para impor pena não pedida, minorar, agravar ou excluir a responsabilidade do acusado. O que não se admite é julgamento sem fundamentação, ainda que sucinta*." (Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 655 – *apud ibidem*).

Toda a produção probatória no transcurso do procedimento administrativo foi garantido ao requerido, possibilitando-lhe amplamente influenciar em seu desfecho para demonstrar, do contexto das provas produzidas, a razão de sua postulação. Além disso, também lhe foi assegurado o direito de apresentar defesa prévia; ser novamente interrogado e, ao depois, apresentar suas alegações derradeiras.

A mera deliberação por parte do Conselho de Justificação em nada altera os direitos assegurados ao representado, visto que se trata de mera proposta de uma medida, sem qualquer verniz de poder decisório ou disciplinar, mas sempre a partir do mirante das provas amealhadas nos autos e das quais o representado teve atuante participação. Apresentada a decisão final pela autoridade superior (no caso, o Governador), vindo os autos ao Tribunal, aí sim, cientifica-se o interessado, na pessoa de seu advogado, para a instrumentalização das medidas que forem necessárias, inclusive sua defesa. Exatamente o que ocorre nestes autos. O relatório tem finalidade apenas de subsidiar posterior manifestação da autoridade superior, sem qualquer vinculação.

Nos autos, o contraditório foi plenamente observado durante toda a instrução processual. Na fase do procedimento, onde o requerido busca demonstrar o que entende a bem de seu direito e a improcedência do libelo, foram rigorosamente observados os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

No entanto, quando se trata da fase conclusiva, atinente ao relatório com o parecer, inexiste prescrição normativa, muito menos constitucional, determinando que seja designada dia, hora e local para tal proceder, com prévia intimação do interessado e de seu advogado. Se trata de mero parecer; manifestação, encaminhada à autoridade superior, a qual não tem qualquer vínculo com a proposta realizada.

No caso em tela, não se trata de um processo penal, marcado com o rigor procedimental, mas de processo administrativo que encontra calço no informalismo. A professora Odete Medauar preleciona que o informalismo: "*(...) consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.*" (p. op cit 170 – *apud* julgamento citado).

Sem embargo, o fato de não ter havido uma sessão pública para apresentação do relatório, com a solução proposta, não constitui, de per si, violação às garantias constitucionais do requerido.

Por assim ser, rejeito a preliminar de nulidade aventada pelo requerido.

Mérito

A competência do Conselho de Justificação, que age em patamar administrativo, tem por finalidade julgar a capacidade moral do oficial de permanecer nas fileiras da Corporação, por procedimento incorreto no exercício do cargo, conduta irregular e praticado ato que atinge a honra pessoal, o pundonor policial militar e o decoro da classe.

Estabelece o artigo 2º, da Lei 105, de 01 de julho de 1980:

> *"É submetido ao Conselho de Justificação, a pedido ou ex-officio, o Oficial da Polícia Militar:*
>
> *I - acusado oficialmente, ou por qualquer meio lícito de comunicação social, de ter:*
>
> *a)procedido incorretamente no desempenho do cargo;*
>
> *b)tido conduta irregular; ou*
>
> *c)praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor policial militar ou o decoro da classe."*

Lei Complementar nº 053, de 30 de agosto de 1990, em seu artigo 45, prescreve a competência do Conselho de Justificação para julgamento administrativo de oficial para análise de indignidade do oficialato:

> *"Art. 45. O Oficial, presumivelmente, incapaz de permanecer como policial-militar da ativa será submetido ao Conselho de Justificação na forma da legislação específica e observado o artigo 41."*

No caso em testilha, verifica-se que o requerido foi levado ao Conselho de Justificação por condutas perniciosas, e mesmo sendo oficial da ativa, apurou-se ser ele partícipe responsável pela estrutura e pelo serviço de uma organização criminosa composta por policiais militares e civis, visando exploração ilegal de jogos, como caça-níqueis e cassinos clandestinos, seja no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, seja em território estrangeiro (Bolívia).

Como oficial da Polícia Militar, o requerido utilizava a força pública para seus interesses pessoais em prol da empresa Coutinho Xavier Ltda, ao par de cobrar ilegalmente apresentando-se com aparato militar inadimplentes da empresa Bem-Te-Vi (nome de fantasia da empresa acima mencionado).

Essas condutas do requerido seriam incompatíveis com aquela que se exige de um oficial integrante da Corporação Militar; fere basilares princípios éticos e morais determinados na legislação aos quais deve pautar-se o oficial militar.

Determina Lei Complementar nº 053, de 30 de agosto de 1990, que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências.

"Das Obrigações e dos Deveres Policiais-Militares

Capítulo I

Das Obrigações Policiais-Militares

Seção I

Do Valor Policial-Militar

Art. 25. São manifestações essenciais do valor policial-militar: I - o sentimento de servir à comunidade estadual, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever policial-militar e pelo devotamento à manutenção da ordem pública, mesmo com o risco da própria vida; II - a fé na elevada missão da Polícia Militar; III - o civismo e o culto das tradições históricas; IV - o espírito de corpo, orgulho do policial-militar pela Organização onde serve; V - o amor à profissão policial-militar e o entusiasmo com que é exercida; VI - o aprimoramento técnico profissional.

Da Ética Policial-Militar

Art. 26. O sentimento do dever, o pundonor policial-militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Polícia Militar conduta moral e profissional irrepreensível, com observância dos seguintes preceitos da ética policial-militar: I - amar a verdade e a responsabilidade com fundamento da dignidade pessoal; II - exercer com autoridade, eficiência e probidade as funções que lhe couberem em decorrência do cargo; III - respeitar a dignidade da pessoa humana; IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; V - ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação dos méritos dos subordinados; VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual, físico e também pelo dos subordinados tendo em vista o cumprimento da missão comum; VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço; VIII - praticar a camaradagem e desenvolver o espírito de cooperação permanente; IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada; X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa relativa à Segurança Nacional ou matéria interna da Corporação; XI - respeitar os representantes dos Poderes Constituídos, acatando suas orientações sempre que tal procedimento não acarrete prejuízo para o serviço da Corporação; XII - cumprir seus deveres de cidadão; XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e particular; XIV - observar as normas da boa educação; XV - garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar; XVI - conduzir-se mesmo fora do serviço ou na atividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro policial-militar; XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros; XVIII - zelar pelo bom nome da Polícia Militar e de cada um dos seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética policial-militar."

Por seu turno, o Decreto n° 1.260 de 2 de outubro de 1981, que dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências, assim determina:

"Titulo II

Das Transgressões Disciplinares

Capitulo IV

Da Especificação das Transgressões

Art. 13. Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais militares, na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em lei, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.

Art. 14. São transgressões disciplinares:

II - todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressões do Anexo citado, que afetem a honra pessoal, o pundonor policial militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviço estabelecidas por autoridade competente."

Ora, conforme visto pela legislação transcrita, compete ao policial-militar zelar pela harmonia social, prevenindo e reprimindo a delinquência e a marginalidade. Ao afastar-se dos princípios balizadores da nobre função, envereda o faltoso pelos lúgubres e escorregadios caminhos da desonra, transmudando-se de agente defensor da lei e da ordem em injusta e indefensável ameaça aos cidadãos que restam impotentes para enfrentar a terrível ameaça representada pelo agente que deveria proporcionar segurança e tranquilidade e, ao revés, se apresenta como a mais terrível das ameaças.

Ao enveredar pelos sombrios caminhos da criminalidade incorreu o requerido em grave à ofensa aos seus deveres funcionais, afetando irremediavelmente o decoro da classe e o pundonor militar, se revelando indigno de continuar integrando a centenária e honorável corporação policial-militar.

A situação do requerido é ainda mais grave, porquanto trata-se de um oficial inserido na Corporação Militar; espera-se de um oficial que seja exemplo para os demais integrantes da tropa. Mas, como se vê, não foi esse o comportamento eleito pelo requerido.

Esse tipo de agir não é admissível a um integrante da honrada Polícia Militar Estadual. Muitos, diuturnamente, arriscam a própria vida em prol da sociedade, no combate ao crime. Outros tantos integrantes dessa mesma respeitada corporação deram a vida em prol dos mesmos nobres ideais. Sem embargo, é indigno do oficialato para aquele que pratica a conduta da envergadura perpetrada pelo requerido.

Consoante se verifica do caderno procedimental administrativo, o Conselho de Justificação realizou inúmeras diligências para apuração das faltas disciplinares atribuídas ao requerido, sempre pautando-se pela observância da garantia de defesa; devido processo legal e contraditório.

O Conselho de Justificação limita-se a demarcar sua manifestação sobre um juízo de valor a respeito da conduta perpetrada, de modo a verificar se o oficial ainda mantém a dignidade para manter-se como integrante da Polícia Militar. Não se trata de manifestação de cunho jurisdicional, mas sim, como dito, administrativo.

Confira-se o aduzido pelo Conselho de Justificação sobre a conduta do oficial em questão (o requerido):

"(...) O teor das acusações dá conta de que o acusado participava de uma organização criminosa que explorava o jogo de azar (máquinas caça-níquel) no Estado de Mato Grosso do Sul e na Bolívia. Fato este comprovado por meio de procedimento de investigação que utilizou de escutas telefônicas autorizadas pela justiça, dentre outras estratégias para a coleta de provas de sua veracidade.

O presente CJ foi iniciado com base nas conclusões a que chegou o encarregado do Procedimento Investigatório Preliminar, instaurado por meio da Portaria nº 002/PIP/SSOP/PM-2/2009, da 2a Seção/EMG, tendo sido apensados aos autos, com todos os documentos oriundos das investigações feitas conjuntamente pela Polícia Federal, Gaeco e Polícia Militar, tais como escutas telefônicas e depoimentos dos principais envolvidos nas irregularidades e testemunhas referentes à exploração de jogos de azar (caça-níquel).

(...)

Ao final das investigações ficou evidente que o acusado, em concurso com o então Maj QOPM RR Sérgio Roberto de Carvalho (Major Carvalho), Cb QPPM Marco Massaranduba (Cabo Massaranduba) e Odilon Ferreira da Silva (Odilon), mediante modus operandi típico de organização criminosa, operavam a exploração de máquinas caça-níveis onde, com a

degravação das ligações telefônicas, dividiam as responsabilidades pelo bom andamento dos ´negócios´, com a participação efetiva do acusado no campo ´operacional´ de proteção à organização, dentre outras ações, que analisaremos adiante.

As degravações das conversas telefônicas, devidamente autorizadas pela Justiça, as quais constam nos autos de investigação preliminar apensos ao presente CJ, dão conta de que o Maj PM RR Carvalho utilizava veículos de propriedade do acusado para transportar gabinetes de máquinas caça-níqueis do Estado de São Paulo para Mato Grosso do Sul e depois para Porto Guijarro na Bolívia (áudio nº 2009022013093064 e 20903031809423068) (f. 1348 e 1349 – AIP/apensos). Além disso, na investigação consta a oitiva do Sr Gleyson Omicha Nunes relatando que tratava das viagens com o caminhão da empresa do acusado diretamente com ele e numa das viagens foi orientado a carregar 48 gabinetes de madeira, tratando-se de máquinas caça-níqueis de propriedade do Maj PM RR Carvalho, cujo trajeto foi monitorado pelo Gaego. Ainda no depoimento a testemunha faz a seguinte indagação: ao final da audiência, o declarante perguntou se Paulo Xavier iria saber desse depoimento, pois teme pela sua vida e de sua família, até porque ele é boca torta, ou seja, já avisou o declarante que não é para prejudicá-lo, pois o declarante ia se ver com ele (f. 359-AIP/apensos). Como se pode ver na transcrição do áudio 2009022315031664 (f. 1347 – AIP/apensos) e 200902231506365 (f. 1348 a 1349 – AIP/apensos), os diálogos gravados entre o Maj. PMRR Carvalho e o acusado, o primeiro cobra providências com relação a uma possível apreensão de máquinas caça-níqueis em um salão de cabeleireiro localizado na ´Pedra´. No Áudio nº P200902232330065 (f. 1425-AIP/apensos) e P2009022311193263 (f. 1427 e 1428) o acusado conversa com o Sd PMRR Odilon e comenta sobre possível apreensão de máquinas caça-níqueis e orienta o SD PMRR Odilon como fazer para ludibriar a fiscalização da polícia. No mesmo dia houve a apreensão de três máquinas caça-níqueis por uma guarnição da PM, no local comentado pelo acusado com seus comparsas (f. 453-AIP/Apensos)."

O Conselho de Justificação encarta aos autos, ao par dos diálogos gravados e que demonstram cristalinamente a participação do requerido como integrante da organização criminosa, demonstração de que o requerido exercia ilegalmente atividade comercial em sociedade com sua esposa, constando inclusive como sócio em contrato social da empresa; utilizava a força policial para beneficiar seus negócios e utilizava de violência para receber débito dos inadimplentes dessa sociedade comercial. Ainda, na mesma decisão, o Conselho anotou que:

"(...) nos registros feitos durante as escutas telefônicas o acusado determina ao Cab PM Massaranduba para apreender a mercadoria e intimidar os concorrentes (f. 1495 a 1496 – AIP/Apensos). Em outro episódio o acusado intimidou verbalmente um empresário de São José do Rio Preto- SP para conseguir menor preço em uma carga de telhas (f. 1354 a 1366 – AIP/apensos)."

Nos termos da manifestação lavrada pelo Conselho de Justificação, verifica-se que o representado utilizava-se de sua condição de militar para facilitar atuação de seus comparsas na exploração de máquinas caça-níqueis, trazendo o depoimento de Leandro Adames da Silva (f. 654), para quem o representado teria dito que ele ´estava trabalhando com o pessoal errado, afirmando que alguém do grupo dele procuraria o declarante para que o declarante trabalhasse do lado deles (...).

Ainda, assinala o parecer do Conselho de Justificação que:

"(...) o acusado controlava a apreensão de máquinas caça-níqueis em determinados pontos da cidade e dava cobertura ao seu pessoal determinando aos seus comandados que nenhuma apreensão fosse realizada pelo efetivo sob suas ordens, sem que ele autorizasse." (f. 654)

Depois de detida análise de todas as fases do procedimento administrativo, bem como das versões apresentadas pelos oficias PM ouvidos na instrução do processo, consignou o Conselho de Justificação:

"Após acurada análise das provas contidas nos autos e seus apensos, os membros do Conselho de Justificação por unanimidade dos votos entendem que as acusações que pesam

sobre o justificante são verdadeiras, tendo ele incorrido nas condutas descritas no libelo acusatório.

Pelo que, conclui-se que o acusado procedeu incorretamente no exercício do cargo, teve conduta irregular e praticou atos que afetam a honra, o pundonor policial militar e o decoro da classe, incurso no artigo 2o, do inciso I, letras a, b e c da Lei 105, de 1º de julho de 80 c/c art. 45 e o inciso III do artigo 109 da Lei Complementar nº 53 de 30 ago 90. Diante do exposto e das provas consideradas suficientes para o julgamento, os membros do Conselho de Justificação concluem, por unanimidade de votos considerar o Cap QOPM P. R. T. X., matr. 204.948-1, culpado das imputações formuladas pela administração estadual, por meio do Decreto P, nº 3380, de 19 de agosto de 2009 (Processo nº 31/351989/2009), considerando-o moralmente incapaz de permanecer na Polícia Militar de Mato Grosso do Sul."

Como se vê, o Conselho de Justificação manifestou-se na seara de sua competência legal, demarcando o objeto de sua investigação concernente apenas e somente ao tópico ético-disciplinar e nesse plexo concluiu pela indignidade do requerido em sua permanência como oficial integrante da Corporação Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por seu turno, a autoridade superior, o Exmo. Sr Governador do Estado, prolatou ato administrativo acolhendo a propositura elaborada pelo Conselho de Justificação (art. 13 da Lei 105/1980), consignando, aquela autoridade, que:

"(...) os fatos relatados pelo Conselho de Justificação, e em acordo com as provas constantes dos autos, apresentam-se suficientes a propiciar serena convicção de que o justificante deva ser declarado indigno para continuar nas fileiras da Corporação. Assim, por entender que o comportamento do oficial CAP QOPM P. R. T. X. não foi condizente com a função que ocupava, e muito menos com a Instituição da Polícia Militar, acolho o relatório do Conselho de Justificação (f. 629-648). E, nos termos da alínea b, do inciso V, do art. 13 da Lei nº 105, de 10 de julho de 1980, remeto os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista que o oficial foi submetido a esse procedimento, em razão do disposto no inciso IV do art. 2º da citada lei." (f. 711).

Dita representação foi encaminhada a este eg. TJMS.

O parecer elaborado pelo Conselho de Justificação estabeleceu que o requerido infringiu o artigo 2º, do inciso I, letras a, b e c da Lei 105, de 1º de Julho de 80 c/c art. 45 e o inciso III do artigo 109 da Lei Complementar nº 53 de 30 ago 90.[1]

Como se trata de um procedimento administrativo, diferente da ação constitucional para perda do posto e patente (artigo 125, parágrafo quarto da CF), que deriva de condenação criminal, aplica-se ao caso em lume o disposto no artigo 13, V, a - e não alínea b, como consta da Representação, denotando-se equívoco material -, da Lei nº 105/1980, visto que o oficial em questão foi julgado culpado por estar inserido nas cominações previstas no artigo 2º, I, letras a, b e c de referido diploma normativo.

Assim, considerando a ampla prova existente nos autos, consoante demonstrado pelo Conselho de Justificação, impõe-se declarar a procedência da representação ofertada pelo Exmo. Sr. Governador do Estado para o fim de, na esteira do entendimento proposto pelo Conselho de Justificação, declarar a indignidade do requerido para o oficialato da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, determinando a perda do posto e patente, nos termos do artigo 16, I, da Lei 105/80, bem assim cassando láureas e medalhas eventualmente recebidas e determinando sua demissão e exclusão dos quadros da Corporação, sem direito a passagem para a

1 LEI COMPLEMENTAR Nº 053, DE 30 DE AGOSTO DE 1990. Art. 109. Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o oficial que:III - incidir nos casos previstos em lei específica, que motivem o julgamento por Conselho de Justificação e neste for considerado culpado. Estabelece o artigo 2º, da Lei 105, de 01 de julho de 1980:´É submetido ao Conselho de Justificação, a pedido ou *ex-officio*, o Oficial da Polícia Militar: I – acusado oficialmente, ou por qualquer meio lícito de comunicação social, de ter: a) procedido incorretamente no desempenho do cargo; b)tido conduta irregular; ou c)praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor policial militar ou o decoro da classe.

reserva remunerada ou ao recebimento de remuneração, visto que a exclusão do oficial retira-lhe a qualidade de militar, seja ou não da reserva, com os consectários daí decorrentes.

Tanto que transitado em julgado, encaminhem-se os autos ao Exmo. Sr. Governador do Estado para providências atinentes ao disposto no artigo 16, parágrafo segundo, da Lei Estadual 105/80 e dê-se ciência ao Comando da PMMS.

Custas, em havendo, pelo requerido.

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Revisor)

Acompanha o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Acompanho o e. Relator no que se refere à exclusão do requerido dos quadros da Polícia Militar Estadual, assim como já havia feito, em âmbito jurisdicional puro, nos aAutos da Ação nº 1407034-41.2017.8.12.0000, de minha relatoria, julgado recentemente por este Colegiado.

Todavia, no meu entendimento, a procedência da representação não pode ter como consequência a cassação dos proventos da inatividade, considerando que o requerido já está reformado.

A inatividade do militar corresponde à aposentadoria do civil e, portanto, tem natureza previdenciária, decorrente do sistema contributivo e de tempo de efetivo exercício profissional, não guardando nenhuma vinculação com a penalidade decorrente da condenação criminal.

Devo aqui fazer alguns esclarecimentos, de acordo com a minha compreensão sobre o tema, acerca da solução jurídica a casos como o presente, estando o militar na ativa ou na inatividade. A primeira diz respeito ao militar que se encontra em efetivo exercício de seu posto. A segunda situação ocorre quando o militar já está fora do cargo, recebendo os proventos em reserva ou reforma (aposentado).

Decretada a perda do posto para o militar da ativa, isso acarretará a demissão do serviço público, ou seja, seu desligamento da corporação, sem direito a qualquer remuneração ou indenização, garantido-se, todavia, a certificação de sua situação funcional, demonstrando as contribuições ao instituto de previdência e o tempo de serviço prestado, que deverá ser completado para fins de aposentadoria.

Se a perda do posto ocorrer para o militar inativo, não há que se falar em demissão do cargo, pois com sua inatividade ele já havia sido desligado daquele. O que ocorre, isso sim, é a perda da condição, do *status* de militar (condecorações, títulos, vantagens, uso do uniforme, posse/porte de arma de fogo decorrente da atividade militar etc), mas não dos proventos correspondentes ao cargo que ocupou e no qual se inativou, observada a norma constitucional sobre o direito adquirido.

Sobre o tema já se manifestou a Corte Superior e este Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PENAL MILITAR – SÚMULAS 280 E 284/STF – AFASTAMENTO – PERDA DA GRADUAÇÃO – CASSAÇÃO DE PROVENTOS DA RESERVA REMUNERADA – LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA – INEXISTÊNCIA – ANALOGIA – UTILIZAÇÃO – ILEGALIDADE 1. Nas razões do recurso especial apontou-se expressamente a ofensa ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E, também, evidenciou-se a desnecessidade de interpretação de direito local, uma vez que esta já está delineada no acórdão recorrido, restando aferir se a conclusão adotada pelo Tribunal de origem afrontaria o dispositivo de lei federal indicado. Afastamento das Súmulas 284 e 280 do Supremo Tribunal Federal. 2. O Tribunal a quo entendeu que, apesar de não haver previsão de perda dos proventos da reserva remunerada, em razão de delito cometido durante a atividade, na legislação específica de regência dos militares do Estado de São Paulo, considerou ser possível, por analogia, a aplicação da medida, como consectário da decretação da perda*

da graduação, em razão de o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo prever a pena de cassação da aposentadoria se ficar provado que o inativo praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público. 3. Em se tratando de norma punitiva, a interpretação deve ser restritiva, não se admitindo a analogia in malam partem, como bem sustentou a defesa nas razões do recurso especial. Precedentes desta Corte Superior. 4. Embora pudesse a Corte estadual declarar a perda da graduação, não poderia ter determinado a perda dos proventos da reserva remunerada, em razão de ausência previsão legal específica quanto a esse último ponto. 5. Agravo regimental provido para dar parcial provimento ao recurso especial, decotando a parte do acórdão recorrido em que se determinou a cassação dos proventos da reserva remunerada." (STJ, AgRg no REsp 1.398.779/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/09/2016)"

"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – POLICIAL MILITAR DA RESERVA – CONDENAÇÃO CRIMINAL – EXCLUSÃO DO SERVIDOR PÚBLICO DO QUADRO EFETIVO DA POLÍCIA MILITAR – CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA – IMPOSSIBILIDADE – SERVIDOR JÁ FAZIA JUS AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA COMO DIREITO DECORRENTE DO FATO DE TER EXERCIDO A FUNÇÃO PÚBLICA PELO TEMPO NECESSÁRIO – DIREITO ADQUIRIDO – RELAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS (ESTATUTÁRIA E PREVIDENCIÁRIA) – AUSÊNCIA PREVISÃO LEGAL (...) – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA." (TJMS, Apelação/Remessa Necessária 0825348-86.2014.8.12.0001, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 4ª Câmara Cível, julgado em 07/05/2019)"

"MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR – CONDENAÇÃO PENAL – CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA – ART. 92 DO CÓDIGO PENAL – PRINCÍPIOS PREVIDENCIÁRIOS – ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SÚMULA 56/STF – SEGURANÇA CONCEDIDA. Com as reformas implementadas na previdência social, não há mais falar em cassação de aposentadoria de servidor público, quer militar, quer civil, na medida em que, hoje, a inatividade deixou de seu um direito inerente ao exercício da função pública, passando a ter natureza contributiva e atuarial, a teor do disposto no art. 40, da CF. Alcançada, pois, a inatividade, o policial militar tem direito adquirido de se manter como beneficiário da previdência estadual local, embora posse perder as honrarias inerentes ao oficialato – posto ou patente – da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Entendimento que também não destoa, em essência, do enunciado sumular contido no verbete nº 56/STF, segundo o qual 'Militar reformado não está sujeito à pena disciplinar'. (...)" (TJMS, Mandado de Segurança 2012.013335-1, Rel. Desig. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Órgão Especial, julgado em 01/08/2012)"

Em recente julgado de caso semelhante pelo Órgão Especial deste Tribunal, no qual participei como vogal, foi julgado, por unanimidade, procedente mandado de segurança de militar que teve seus proventos cassados diante de sua exclusão da Polícia Militar. Veja a ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA – CASSAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE POLICIAL MILITAR – IMPOSSIBILIDADE – SERVIDOR QUE JÁ FAZIA JUS AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – COM O PARECER, ORDEM CONCEDIDA. Configurada a aposentadoria (reserva remunerada) do militar que veio a ser condenado na esfera penal, não se admite a cassação dos proventos correspondentes, por ausência de previsão legal estadual nesse sentido. Ordem concedida." (MS 1410780-43.2019.8.12.0000, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 06/11/2019)"

Com efeito, os servidores militares estão submetidos ao regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul, regulado pela Lei Estadual nº 2.207/2000. Assim, em conformidade com o disposto no art. 102, § 1º, da Lei nº 8.213/90, de aplicação subsidiária por força do disposto no art. 65 da Lei Estadual nº 2.207/2000, *"A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão*

tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos".

Esse regramento não contraria, em absoluto, a norma contida no art. 115 da Lei Complementar nº 53/90, a qual prescreve que:

> *"(...) O policial-militar com estabilidade assegurada para ter perdida a sua graduação, será, obrigatoriamente, submetido a Conselho de Disciplina e, em instância judiciária, será submetido a julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado nos termos do § 1º do art. 119 da Constituição Estadual.*
>
> *Parágrafo único. Praça excluída, a bem da disciplina, não terá direito a qualquer remuneração ou indenização e sua situação militar será definida pela lei do serviço militar (LSM), preservando-se o tempo de contribuição à previdência."*

O benefício de aposentadoria, contudo, decorre de relação jurídica de natureza diversa daquela que trata da remuneração ou indenização do servidor, cujas regras são absolutamente distintas. Estas (remuneração e indenização) decorrem de vínculo estatutário e devem coincidir com o efetivo exercício da função, enquanto a aposentadoria decorre de vínculo previdenciário, por ocasião da inatividade. O direito previdenciário submete-se a princípio atuarial, que preconiza o equilíbrio entre as prestações e benefícios.

No caso, conforme informações prestadas pelo Comando-Geral da Polícia Militar, o representado está em situação de inativo, tendo sido reformado em 09/03/2017 (publicação no diário oficial 9365, página 36), por incapacidade definitiva (invalidez), com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

De outro lado, o Decreto que instaurou o Conselho de Justificação foi publicado em 01/07/2009 (f. 9); a decisão do Conselho foi proferida em 14/06/2013 (f. 641-660); a decisão do Governador encaminhando o feito para esta Corte foi proferida em 14/09/2015 (f. 710-711); e o procedimento foi efetivamente encaminhado a este Tribunal de Justiça em novembro de 2015 (f. 1).

Verifica-se que o procedimento administrativo foi instaurado há mais de dez anos, sendo que entre a decisão do Conselho de Justificação e a do Governador decorreu prazo superior a dois anos.

Portanto, verificado que o militar passou para a inatividade há mais de dois anos, preenchidos os requisitos legais para esse fim, naquele momento, deve ser mantida sua condição de "aposentado", em observância não apenas às normas previdenciárias acima destacadas, mas, também, em respeito ao direito adquirido, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Logo, demonstrado que a conduta perpetrada pelo representado afronta de maneira insuperável os ditames que regem a carreira militar, a declaração de que se encontra incapaz de permanecer nas fileiras da corporação é medida que se impõe, sem reflexos em seu benefício previdenciário.

Diante do exposto, divergindo parcial e respeitosamente do Relator, voto pela rejeição da preliminar de nulidade arguida pela defesa e julgo procedente a representação proposta pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, para declarar o Cap. Ref. PM P. R. T. X. indigno do oficialato e, por conseguinte, decretar a perda de seu posto e patente, sem repercussão em seus proventos decorrentes da passagem para a inatividade (aposentadoria).

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (2° vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

A Srª. Desª. Elizabete Anache. (3° vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, rejeitaram a preliminar suscitada pela defesa e julgaram procedente a representação proposta pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul para decretar a perda de posto e patente de P. R. T. X., nos termos do voto do 1º vogal, vencidos parcialmente relator e revisor que estendiam os efeitos da representação para cassar os proventos decorrentes da inatividade do requerido.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Jairo Roberto de Quadros e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0002470-29.2018.8.12.0045 - Sidrolândia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – INTENÇÃO DE FUGA – ATIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A desobediência à ordem de prisão, pelo réu, não tipifica o crime do artigo 330 do CP. É que a intenção natural de fuga, de quem se esquiva a uma ordem de prisão, não se confunde com a intenção de desprestigiar ou atentar contra a dignidade da Administração Pública.

Recurso 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 ministerial, por maioria, nos termos do voto do Relator. Vencido o revisor.

Campo Grande, 17 de setembro de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pelo juiz de direito da Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia, nos Autos nº 0002470-29.2018.8.12.0045, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Pedro Henrique Campos a 7 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 635 dias-multa em razão da prática dos crimes previstos no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06 e artigo 180 do Código Penal, absolvendo-o das acusações de ter praticado as infrações previstas no artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.688/41 e artigo 330 do Código Penal.

Em suas razões recursais, o MPE postula a reforma a fim de ver o réu condenado pela prática do crime previsto no artigo 330 do Código Penal (desobediência).

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual em face da sentença proferida pelo juiz de direito da Vara Criminal da Comarca de Sidrolândia, nos Autos nº 0002470-29.2018.8.12.0045, que

julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Pedro Henrique Campos a 7 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 635 dias-multa em razão da prática dos crimes previstos no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06 e artigo 180 do Código Penal, absolvendo-o das acusações de ter praticado as infrações previstas no artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.688/41 e artigo 330 do Código Penal.

Segundo consta, em primeira instância o recorrido foi denunciado com base nas seguintes asserções:

> *"Fato 01: Apurou-se nos autos que, no dia 09 de setembro de 2018 às 23h00min., na Rodovia MS 162, nas proximidades do Restaurante Pequi, Zona Rural, nesta Comarca de Sidrolândia/MS, o denunciado Pedro Henrique Campos transportava no interior veículo Renault/Oroch de cor branca e placas aparentes QOO 5170 o total de 923 (novecentos e vinte e três) tabletes de entorpecente, tipo maconha, pesando 1.172,850kg (uma tonelada cento e setenta e dois quilos e oitocentas e cinquenta gramas), do Estado de Mato Grosso do Sul para o Estado de Goiás, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme laudo de exame preliminar de constatação em substância entorpecente de f. 16-17.*
>
> *Fato 02: Conforme restou apurado, nas mesmas condições de tempo e lugar, o denunciado Pedro Henrique Campos dirigiu o veículo Renault/Oroch de cor branca e placas aparentes QOO 5170 em via pública, qual seja a Rodovia MS 162, pondo em perigo a segurança alheia mediante fuga em alta velocidade e transitar na contramão de direção.*
>
> *Fato 03: Ainda, nestas mesmas condições de tempo e lugar, o denunciado Pedro Henrique Campos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, desobedeceu a ordem legal de parada emanada dos Policiais Militares mediante emissão de sinais luminosos e sirenee da viatura policial.*
>
> *FAto 04: É dos autos ainda que, naquelas mesmas condições de tempo e lugar, o denunciado Pedro Henrique Campos conduzia, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime anterior, qual seja o veículo automotor Renault/Oroch de cor branca e placas aparentes QOO 5170 possuindo adulteração de seus sinais identificadores de veículo automotor, em especial o Chassi, conforme laudo de vistoria e inspeção veicular de f. 33-39v.*
>
> *Infere-se dos autos que, a Polícia Militar de Maracaju recebeu informação de que um veículo Renault/Oroch de cor branca e placas aparentes QOO-5170 com ocorrência de roubo/furto havia passado a cidade e estava em deslocamento na BR 162 sentido Sidrolândia/MS, razão pela qual empreenderam diligências e obtiveram êxito em avistar o veículo, momento em que deram ordem de parada ao mesmo se utilizando de sinais sonoros e luminosos para realizarem a abordagem do automóvel, sendo certo que o denunciado deu início a uma perseguição que durou por aproximadamente 08 (oito) quilômetros.*
>
> *Consta dos autos que, durante a perseguição originada pelo desrespeito a ordem de parada policial, o denunciado transitou pela Rodovia MS 162 em alta velocidade, na contramão de direção e colocando em risco a vida dos demais usuários da via pública, motivo pelo qual foram efetuados dois disparos com munição IA2, calibre 5,56, na direção dos pneus do veículo conduzido pelo denunciado, o qual veio a perder o controle da direção e a colidir com um barranco, vindo a capotar.*
>
> *Conforme restou apurado, os policiais militares se aproximaram do veículo e, ao seu redor e no interior, foram localizados inúmeros tabletes de entorpecente, tipo maconha, os quais contabilizados totalizaram 923 (novecentos e vinte e três) tabletes e pesaram 1.172,850kg (uma tonelada cento e setenta e dois quilos e oitocentas e cinquenta gramas) laudo pericial preliminar de f. 16-17 e auto de apreensão de f. 25v-26, tendo o denunciado informado aos milicianos em entrevista pessoal que receberia o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para transportar tais entorpecentes da cidade de Ponta Porã/MS até o Estado de Goiás/GO.*
>
> *É dos autos ainda que, em decorrência do acidente envolvendo o veículo, foram acionadas as viaturas do Corpo de Bombeiros Militar de Sidrolândia/MS que comparecem*

> *ao local dos fatos e encaminharam o denunciado para o Hospital de Sidrolândia/MS, o qual posteriormente o encaminhou para a Santa Casa em Campo Grande/MS, onde está atualmente.*
>
> *Ainda, os investigadores de polícia judiciária da Delegacia de Sidrolândia realizaram vistoria e inspeção veicular (f. 37-39v) no automóvel Renault/Oroch de cor branca e placas QOO 5170, tendo constatado, em simples exame de vistoria e diante das parcas condições que o veículo possuía, que a placa estava afixada de forma anormal e os números do Chassi se demonstravam, aparentemente, "com marcação adulterada não sendo a original de fábrica" mediante aplicação de "um tipo de "massa plástica" para esconder a numeração antiga e foi gravado um número de chassi sobre esta "massa plástica", observando o lacre da placa percebe-se que sua afixação não está adequada, não sendo a usualmente aplicada pelos Detran's, e aparente não estar, em conformidade com o que regulamenta Denatran."*

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de parcial procedência, nos termos alhures referidos.

Em suas razões recursais, o MPE postula a reforma a fim de ver o réu condenado pela prática do crime previsto no artigo 330 do Código Penal (desobediência).

Razão não lhe assiste.

A conduta incriminada no artigo 330 do Código Penal consiste em "*desobedecer a ordem legal de funcionário público"*, que significa descumprir, desobedecer, desatender dita ordem. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de desobedecer a ordem legal de funcionário público competente para emiti-la.

A doutrina ensina que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade da função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários. Objetiva-se, especificamente, garantir o prestígio e a dignidade da "máquina pública" relativamente ao cumprimento de determinações legais, expedidas por seus agentes (cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *In* Tratado de direito penal. 5 - 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. XXII).

In casu, as circunstâncias apontadas na denúncia e na sentença não indicam a intenção do réu de desprestigiar ou atentar contra a dignidade da Administração Pública, mas somente o intuito de ver-se livre de uma possível prisão, não se fazendo presente o dolo indispensável à caracterização do delito.

Os depoimentos dos policiais, mencionados nas razões recursais, confirmam tal cognição. O fato narrado, portanto, é atípico.

Em caso análogo já se exarou que:

> *"(...) o não-acatamento de uma ordem de prisão, pelo delinquente, não constitui o crime do art. 330 do CP. É que o impulso natural de fuga, de quem se esquiva a uma ordem de prisão, não se confunde com a intenção de desrespeitar a autoridade. Não tipifica, pois, o dolo específico do delito, o movimento instintivo de alguém que, diante de uma voz de prisão, foge para preservar o status libertatis"* (TACRIM-SP - AC - Rel. Ricardo Couto - RT 423-416).

Ademais, a doutrina e a jurisprudência já proclamaram que, "*se a lei cominar penalidade administrativa ou civil à desobediência da ordem, 'não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330'*" (HUNGRIA. Comentários ao código penal, 1959. p. 420. v. IX. *In* DELMANTO, Celso et al. Código penal anotado. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 821. No mesmo sentido: STF - HC 88572, Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 08/08/2006; STJ - HC 92.655/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/12/2007).

Referida exegese decorre da aplicação do princípio da fragmentariedade, o qual:

> *"(...) parte da ideia do direito ter condições de oferecer às variadas espécies de bens jurídicos, proteção diferenciada, tal qual ocorre com o direito civil, ambiental, comercial, penal e outros...a tutela penal deve ser excepcionada para as situações mais extremas de perturbação do convívio social..."* (Estudos contemporâneos de direito público em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha. Coordenação: Carlos Eduardo Contar e outros, SP: Pillares. p. 428).

Cumpre lembrar que a desobediência de ordem de parada no trânsito encontra-se tipificada como infração administrativa no art. 195 da Lei 9.503/97, que comina pena de multa à conduta.

Assim, o recurso não merece provimento.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

Pedro Henrique Campos, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 07 (sete) anos e 03 (três) meses de reclusão e 635 dias-multa, em regime prisional semiaberto, pelas práticas delitivas previstas no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei de nº 11.343/2006 (tráfico de drogas interestadual) e art. 180, *caput*, do Código Penal (receptação).

Nas razões recursais, o *Parquet* pugna pela condenação do apelado pelo delito previsto no art. 330 do Código Penal (desobediência).

O Relator, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, votou no sentido de negar provimento ao recurso ministerial.

Com a devida vênia, divirjo do Relator, a fim de condenar o apelado pelo crime de desobediência.

Do pedido de condenação pelo delito de desobediência.

O pedido comporta provimento. Isto porque, segundo entendimento do já consolidado pelo STJ em casos semelhantes, o descumprimento de ordem de parada emanada por policial militar, no exercício de sua função de segurança ostensiva, ante a suspeita de ilicitude da postura do suspeito, é considerado crime, enquadrando-se na definição típica do art. 330 do Código Penal.

Diferentemente, porém, seria a hipótese de ordem de parada pronunciada por autoridades de trânsito, no controle cotidiano do tráfego local, o que, a depender das circunstâncias concretas, poderia afastar a incidência do direito penal, enquadrando-se como mera infração administrativa (art. 195, CTB).

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – DESOBEDIÊNCIA – ART. 330 DO CÓDIGO PENAL – ORDEM DE PARADA EMANADA DE POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE OSTENSIVA – ORDEM NÃO DIRIGIDA POR AUTORIDADE DE TRÂNSITO E NEM DE SEUS AGENTES – INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO DE TRÂNSITO PREVISTA NO ART – 195 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – TIPICIDADE DA CONDUTA – DESOBEDIÊNCIA E FUGA – SUPOSTO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUTODEFESA E DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – DIREITOS NÃO ABSOLUTOS – IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO PARA A PRÁTICA DE DELITOS – AUSÊNCIA DE DOLO – REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO NO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso,*

firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - ***Segundo jurisprudência deste Tribunal Superior, a desobediência de ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou mesmo por policiais ou outros agentes públicos no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime de desobediência, pois há previsão de sanção administrativa específica no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de sanção penal. Assim, em razão dos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima, inviável a responsabilização da conduta na esfera criminal.*** *III -* ***No presente caso, contudo, a ordem de parada não foi dada pela autoridade de trânsito e nem por seus agentes, mas por policiais militares no exercício de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes, que foram acionados para fazer a abordagem do paciente, em razão de atividade suspeita por ela apresentada****, conforme restou expressamente consignado no v. acórdão impugnado.* ***Desta forma, não restou configurada a hipótese de incidência da regra contida no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, do entendimento segundo o qual não seria possível a responsabilização criminal do paciente pelo delito de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal****. IV - Os direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo não são absolutos, razão pela qual não podem ser invocados para a prática de outros delitos. Embora por fatos diversos, aplica-se ao presente caso a mesma solução jurídica decidida pela Terceira Seção desta Corte Superior quando do julgamento do REsp nº 1.362.524/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual foi fixada a tese de que "típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa". V -* ***Inviável o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de dolo uma vez que restou expressamente consignado no v. acórdão combatido que o paciente, de forma consciente e deliberada, desobedeceu a ordem de parada dada pelos policiais militares****. (...) Tribunal de origem, ficando impedida esta Corte de proceder a análise da matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Habeas corpus não conhecido."* (HC 369.082/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)."(g.n.)

Assim, considerando que, no presente caso, a desobediência está relacionada à ordem legal emanada por policiais militares, ante a suspeita da atividade do apelante, a conduta descrita na denúncia é típica, enquadrando-se perfeitamente no art. 330 do CP.

Desta forma, dou provimento ao recurso ministerial para condenar o apelado Pedro Henrique Campos também por infração ao art. 330 do CP.

Passo à fixação da pena.

Na primeira fase, analiso que as circunstâncias judiciais: culpabilidade, motivos, conduta social e circunstâncias são comuns à espécie; os antecedentes não o prejudicam, haja vista que não possui condenações transitadas em julgado; inexistem dados concretos para verificar a conduta e a personalidade do agente; não há comportamento da vítima a ser analisado.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 15 (quinze) dias de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão espontânea, porém deixo de aplicá-la, face ao disposto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, não há causas de aumento e de diminuição da pena.

Dessa forma, torno a pena definitiva em 15 (quinze) dias de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Diante da pena imposta, das circunstâncias judiciais favoráveis e da primariedade do apelante, o regime prisional deve ser o aberto, conforme o disposto no art. 33, § 2°, alínea "c", CP.

Nos termos do art. 69 do CP, as penas somadas totalizam 07 (sete) anos e 03 (três) meses de reclusão, no regime prisional semiaberto; 15 (quinze) dias de detenção, no regime prisional aberto e ao pagamento de 645 (seiscentos e quarenta e cinco) dias-multa.

É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, face a inobservância dos requisitos do art. 44, do Código Penal.

Do dispositivo

Diante do exposto, com o parecer, e divergindo do Relator, voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, a fim de condenar o acusado Pedro Henrique Campos, pelo delito de desobediência.

Em atenção ao concurso material entre os crimes de tráfico, receptação e desobediência, fixo a pena total em 07 (sete) anos e 03 (três) meses de reclusão, no regime prisional semiaberto; 15 (quinze) dias de detenção, no regime prisional aberto e ao pagamento de 645 (seiscentos e quarenta e cinco) dias-multa.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso ministerial, por maioria, nos termos do voto do relator. Vencido o revisor.

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.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0000558-24.2014.8.12.0049 – Agua Clara

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – NÃO ACOLHIMENTO – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA TIPOS PENAIS MAIS BRANDOS – NÃO CABIMENTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS – CONCEDIDA RECURSO PROVIDO EM PARTE – DE OFÍCIO, AFASTARAM A HEDIONDEZ DO DELITO.

Havendo lastro probatório suficiente a apontar que o apelante levava consigo substância entorpecente com o objetivo de comercializá-la, mantém-se o decreto condenatório por tráfico de drogas.

As circunstâncias preponderantes relativas à natureza e quantidade da droga atrelam-se intrinsecamente uma a outra, devendo ser valoradas conjuntamente. Desse modo, ainda que o caso envolva substância cuja qualidade se mostre mais nociva, a pena não comportará maior acréscimo se a quantidade apreendida se revelar ínfima, praticamente irrisória, e assim insuscetível de causar maior lesão à saúde pública, assim entendida como bem jurídico tutelado pela norma penal.

Se o réu é primário, possui bons antecedentes e não há provas seguras indicando que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, deve-se reconhecer a causa de diminuição prevista o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, aplicando-a em 2/3, se não há motivos idôneos para limitar a redução.

Recurso provido em parte. De ofício, afastaram a hediondez do delito.

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 parcial provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator que, de ofício, afastou a hediondez do delito de tráfico de drogas. Vencido o revisor, que dava parcial provimento em menor extensão.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação interposta por Luciano Aparecido Queiroz da Silva em face da sentença proferida pela juíza de direito da Vara Única da Comarca de Água Clara, nos Autos nº 0000558-24.2014.8.12.0049, que o condenou a 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343.2006.

Em suas razões recursais, o réu postula em resumo, a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação da imputação para o tipo do artigo 28 da Lei de Drogas ou ainda

para o delito previsto no artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Ainda, pede a redução da pena-base, a concessão da causa da eventualidade e o abrandamento do regime prisional.

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

VOTO (EM 29/10/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Luciano Aparecido Queiroz da Silva em face da sentença proferida pela juíza de direito da Vara Única da Comarca de Água Clara, nos Autos nº 0000558-24.2014.8.12.0049, que o condenou a 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343.2006.

Consta da denúncia:

> *"(...) em 12 de maio de 2014, por volta das 22hS, na Rua Idalina Guarini, esquina com a Rua Manoel Silvério do Nascimento, defronte ao 'Bar do Goiano', neste município e Comarca de Água Clara/MS, o denunciado Luciano Aparecido Queiroz da Silva foi flagrado por policiais trazendo consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros drogas, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistente em 17 (dezessete) trouxinhas de maconha e 01 (uma) trouxinha de cocaína, conforme auto de exibição e apreensão de f. 17 e laudo de exame de constatação preliminar de f. 23. Na ocasião dos fatos, policiais civis, após receberem denúncia anônima de que o denunciado estava comercializando entorpecentes na via pública mencionada, deslocaram-se até o local e flagraram dois indivíduos nas proximidades do 'Bar do Goiano', que ao avistarem a viatura da polícia, empreenderam fuga. No entanto, os milicianos conseguiram capturar o denunciado Luciano Aparecido Queiroz da Silva, e com ele foram encontradas 17 (dezessete) porções de substância ilícita conhecida vulgarmente como maconha e 01 (uma) porção de cocaína, embaladas e prontas ao comércio. Interessante ressaltar que a quantidade e a forma pela qual estava embalada, em porções prontas para a venda, são circunstâncias que convergem para o fato de que não se destinavam tão somente ao consumo próprio do denunciado, mas sim ao tráfico ilícito de entorpecentes (comércio). Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado Luciano Aparecido Queiroz da Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, vendeu para terceiro, drogas, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistentes em 02 (duas) trouxinhas de entorpecentes, sendo uma de maconha e a outra de cocaína, conforme auto de exibição e apreensão de f. 17 e laudo de exame de constatação preliminar de f. 23. Após os milicianos efetuarem a prisão em flagrante do denunciado, realizaram a abordagem do usuário de drogas Evandro Ribeiro de Souza, que se encontrava na companhia do denunciado, logrando êxito em localizar com este 01 (uma) trouxinha de substância semelhante a cocaína e outra trouxinha de substância de maconha. Ao ser questionado sobre a origem da substância estupefaciente, Evandro afirmou que comprou do denunciado pela quantia de R$ 10,00 (dez reais). Ressalta-se, ainda, que o usuário Evandro Ribeiro de Souza, em suas declarações, informou que já adquiriu do denunciado Luciano Aparecido Queiroz da Silva em outras ocasiões três tipos de drogas, como cocaína, pasta-base e maconha, sempre no mesmo local de encontro, qual seja o 'Bar do Goiano'."*

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de procedência da pretensão punitiva estatal.

Em suas razões recursais, o réu postula em resumo, a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação da imputação para o tipo do artigo 28 da Lei de Drogas ou ainda para o delito previsto no artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Ainda, requer a redução da pena-base, a concessão da causa da eventualidade e o abrandamento do regime prisional.

Descabe o pedido absolutório, pois, ao ser interrogado em juízo, sob crivo do contraditório, o réu admitiu que portava, sem autorização e em desacordo com norma regulamentar, parte da substância entorpecente, que,

segundo alega, seria destinada ao consumo pessoal. Assim, cuidando-se de substância proscrita, conforme prova pericial inclusa, não há ensejo para absolvição.

O pedido de desclassificação também não comporta acolhimento. Com efeito, embora o réu alegue que portava apenas duas pedras de "crack" e uma porção de "maconha", os depoimentos dos policiais, coesos e harmônicos entre si, convencem de que aquele levava consigo 17 porções de "maconha", que pesaram 62 gramas, e outro invólucro contendo em seu interior substância análoga à "cocaína", que pesou 2 gramas.

Embora se trate de pequena quantidade, os depoimentos dos policiais são no sentido de que havia informações de que o réu exercia a traficância no local da prisão, que já o conheciam e já o abordaram outras vezes, sem, no entanto, encontrar quantidade significativa com ele, e que se fosse mero usuário não ficaria no local portando drogas que, no caso, estavam preparadas para revenda.

Além disso, durante a fase de inquérito foi colhido o depoimento de um usuário que disse ter comprado drogas junto ao réu.

Assim, descabe a tese de que a droga seria destinada ao consumo pessoal.

Vale lembrar que, conforme 2º do artigo 28 da Lei 11.343/06 *"para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente"*, circunstâncias essas que não favorecem ao apelante.

Ressalte-se, ainda, que é dispensável a verificação de qualquer ato de comércio, sendo suficiente que o agente pratique um dos verbos constantes no tipo legal pelo qual fora denunciado, bastando, para sua caracterização, evidências de que a substância entorpecente possuía outra destinação que não o uso próprio, circunstância esta inconteste nos autos.

Do mesmo modo, não há ensejo para a desclassificação para o tipo do artigo 33, § 3º, da Lei 11.343/2006, pois referido delito versa a respeito das hipóteses de oferecimento de droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, o que não é o caso dos autos, conforme acima exposto.

Destarte, malgrado os argumentos defensivos, a condenação deve ser mantida.

Passando ao exame da dosimetria penal, denota-se que, na primeira fase, a pena-base foi fixada em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa em razão da natureza da substância apreendida (cocaína).

Porém, a despeito da natureza do referido narcótico, a quantidade em exame, é ínfima, praticamente irrisória, e, por isso, insuscetível de causar maior lesão à saúde pública, assim entendida como bem jurídico tutelado pela norma penal. Aliás, na minha compreensão, as circunstâncias preponderantes relativas à natureza e quantidade da droga atrelam-se intrinsecamente uma a outra, devendo ser valoradas conjuntamente.

Assim, não sobejando circunstâncias negativas, na primeira fase a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias legais.

Na terceira etapa, não foi concedida a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, sem qualquer justificativa, entretanto.

No caso, reputo presentes os requisitos referida minorante, pois o réu é tecnicamente primário e foi preso quando em via pública portando diminuta quantidade de drogas. Ademais, embora haja elementos indicando que o mesmo vendia drogas de forma rotineira, não há como saber com maior segurança por quanto tempo perdurou tal atividade ilícita. Assim, entendo que as provas não demonstram, com a necessária certeza, que o réu integrava organização criminosa ou se dedicava às atividades criminosas.

Logo, presentes os requisitos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, deve-se reconhecer referida minorante, aplicando-a em 2/3, pois não há motivos idôneos para limitar a redução.

Consequentemente, a pena do embargante deve ser redimensionada em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa.

Considerando a primariedade do recorrente, a pena aplicada e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime prisional deve ser abrandado para o aberto (CP, artigo 33, § 2º, c, e § 3º). Ademais, é possível substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução (CP, artigo 44, I).

Por fim, deve-se afastar a hediondez do delito, por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS (23/06/2016), cujo teor coincide com o entendimento que sempre defendi e que momentaneamente e com ressalvas deixei de aplicar por conta da malfadada Súmula 512 do STJ, que, inclusive, foi cancelada pela Terceira Seção do STJ.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto por Luciano Aparecido Queiroz da Silva a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal e conceder a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em 2/3, fixando a pena do recorrente em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 166 dias-multa. De ofício, afasto a hediondez do tráfico de drogas.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (revisor)

Trata-se de apelação interposta por Luciano Aparecido Queiroz da Silva, qualificado nos autos, em face da sentença de f. 357-367, que o condenou a 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343.2006.

Nas razões recursais, a defesa postula a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da imputação para o tipo do artigo 28 da Lei de Drogas ou ainda para o delito previsto no artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Requereu, ainda a redução da pena-base, a concessão da causa de diminuição do tráfico privilegiado e o abrandamento do regime prisional.

O relator, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base ao mínimo legal, afastando a valoração negativa da circunstância judicial "natureza da droga" e conceder a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em 2/3, fixando a pena do recorrente em 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 166 dias-multa. De ofício, afasto a hediondez do tráfico de drogas.

Peço vênia para divergir e manter desfavorável a circunstância relativa "natureza da droga".

Analisando a sentença condenatória, verifica-se que a Magistrada considerou desfavorável ao apelante a circunstância judicial consistente nas circunstâncias do crime, em razão da natureza do entorpecente apreendido (cocaína).

Portanto, constato que a circunstância judicial do 42 da Lei de Drogas foi analisada corretamente e justificadas de forma idônea, agindo a Magistrada, neste particular, em total consonância com os postulados constitucionais da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI da CF/88) e da necessidade de motivação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da CF/88).

Não é outro o escólio jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal:

"EMENTA – HABEAS CORPUS – CORRUPÇÃO PASSIVA – DOSIMETRIA DA PENA – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – ORDEM INDEFERIDA.

1. A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Trata-se de garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. O Supremo Tribunal Federal condiciona a validade da pena ao motivado exame judicial das circunstâncias em que se perpetrou o delito. 3. A reprimenda aplicada, no caso, está assentada no exame das circunstâncias que moldam o quadro fático-probatório da causa e em nada afronta as garantias da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais *(inciso XLVI do art. 5º e inciso IX do art. 93 da Carta Magna). 4. Ordem denegada."* (STF - HC: 109994 CE , Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 04/10/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-115 Divulg 13-06-2012 Public 14-06-2012). (destaquei)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – FURTO QUALIFICADO – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR – OBEDIÊNCIA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – RECURSO DESPROVIDO. 1. ***A fixação da pena-base com a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível um exercício de discricionariedade do órgão julgador, com fundamentação idônea, vinculada aos elementos concretos dos autos****. 2.* ***O entendimento desta Corte é no sentido de inexistir ilegalidade ou desproporcionalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando houver devida fundamentaçã****o, como no caso dos autos, já que a exasperação da pena-base foi justificada pela presença de cinco circunstâncias judiciais negativas, além da existência de mais de uma qualificadora no crime de furto. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (STJ - AgRg no HC: 257947 MG 2012/0226549-0, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 10/06/2014, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 17/06/2014). (destaquei)

"*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – NÃO CABIMENTO – TRÁFICO DE DROGAS – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – QUALIDADE E QUANTIDADE DA DROGA – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – ILEGALIDADE INEXISTENTE. 1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado. Precedentes. 2. Não existe constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do habeas corpus quando a pena-base é fixada de forma fundamentada em elementos idôneos, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a se preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador. 3.* ***Na espécie, as instâncias ordinárias elevaram as penas-base em 1 ano e 8 meses de reclusão, levando em consideração a qualidade e a quantidade da droga apreendida, a saber, 67 porções de crack, bem como as circunstâncias do crime, tendo em vista que os pacientes mantinham vários celulares para controlar as vendas dos entorpecentes e até anotações relativas aos compradores da droga. Ilegalidade inexistente.*** *4. Habeas corpus não conhecido."* (STJ - HC: 241498 SP 2012/0091315-1, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 04/06/2013, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 14/06/2013). (destaquei)

Mantenho incólume, portanto, a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias legais.

Na terceira etapa, acompanho o Relator para reconhecer a causa de diminuição do § 4.º do artigo 33 da Lei de Drogas e aplicá-la em 2/3, redimensionando a pena para 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

Acompanho o relator para, de ofício, afastar a hediondez do tráfico de drogas.

Considerando a primariedade do apelante e o patamar de pena aplicada, em que pese a manutenção da circunstância judicial desfavorável, cabível o abrandamento do regime de cumprimento de pena para o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, c, e § 3º do CP.

Acompanho o Relator para, de ofício, afastar a hediondez do tráfico de drogas.

Respeitosamente, divirjo do relator, quanto à substituição da pena privativa de liberdade.

Pois bem.

No que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de diretos, é possível concluir que o pedido não comporta acolhimento.

Embora a quantidade da pena aplicada seja inferior a quatro anos de reclusão e apelante seja primária, não se pode olvidar que, no presente caso, estamos diante de conduta relacionada ao tráfico de entorpecentes, crime de elevada reprovabilidade e causador de imensuráveis prejuízos sociais.

De outro giro, deve ser salientado que as consequências dos crimes que envolvem substâncias entorpecentes sempre são nefastas à manutenção das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente pelo fato de que o Estado se vê obrigado a deixar de aplicar recursos financeiros em outros setores públicos de imprescindível valia à nação, para aplicá-los no combate, de forma mais intensa e rígida, ao narcotráfico, e, ainda, na recuperação de dependentes de drogas.

Nessa perspectiva, é indiscutível a gravidade das condutas típicas que envolvem substâncias do tipo entorpecentes, cujos efeitos, além de infligirem prejuízos à comunidade social, afetam diretamente a saúde e a segurança pública. Logo, é possível formar conclusão sobre a elevada potencialidade lesiva dessas condutas que, portanto, pela magnitude dos efeitos negativos, merecem firme repreensão pelo Estado, tudo com a finalidade de punir o agente e prevenir a prática de novas condutas dessa natureza. Essas finalidades não serão alcançadas senão pela imposição de uma sanção penal de caráter mais severo, o que não é o caso das penas alternativas.

Dessa forma, tenho que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, no presente caso, não serão suficiente para alcance das finalidades punitiva e preventiva da pena, razão pela qual afasto tal pretensão, mantendo intacta a sentença nesse ponto.

Ante o exposto, em parte com o parecer, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Luciano Aparecido Queiroz da Silva, para aplicar-lhe a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, na fração de 2/3, fixando a pena do apelante Luciano Aparecido Queiroz da Silva, em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 200 (duzentos) dias multa.

De ofício, afasto a hediondez do tráfico de drogas.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Deram parcial provimento ao recurso, por maioria, nos termos do voto do relator que, de ofício, afastou a hediondez do delito de tráfico de drogas. Vencido o revisor, que dava parcial provimento em menor extensão.

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, 29 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Habeas Corpus Criminal nº 1411057-59.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA PGJ – AFASTADA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – MÉRITO – PRETENDIDA A APRECIAÇÃO DO PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME SEM A APRECIAÇÃO DO EXAME DO CRIMINOLÓGICO – POSSIBILIDADE – SÚMULA VINCULANTE 26 E SÚMULA 439 DO STJ – ORDEM CONCEDIDA.

A exigência de realização de exame criminológico para análise do requisito subjetivo da progressão de regime sem motivação, pela sua excepcionalidade e potencialidade de lesão ao constitucional direito de locomoção do paciente, pode ser conhecida em sede de remédio heroico, mesmo porque, tal assertiva, caso real, implicaria em ilegalidade que autorizaria a concessão do *habeas corpus* de ofício.

As cortes superiores firmaram entendimento de permitir que o magistrado exija realização de exame criminológico para análise do requisito subjetivo da progressão de regime, desde que haja motivos suficientes para tanto. Assim, a gravidade abstrata do delito e o longo tempo de pena a cumprir, quando dissociados de elementos concretos ocorridos no decorrer da execução criminal, são por si sós, argumentos inidôneos para condicionar a progressão de regime a realização de exame criminológico.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, conceder a ordem, por maioria, nos termos do voto do Relator, com ressalvas do 2º vogal. Vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 29 de outubro de 2019.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Diego de Oliveira Barreto, apontando como autoridade coatora o juiz de direito da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande.

Aduz, em síntese, que: a) a decisão que determinou a realização de exame criminológico para a análise do requisito subjetivo da progressão de regime carece de fundamentação, restando configurado constrangimento legal; b) o art. 112 da Lei de Execução Penal não exige a realização de exame criminológico para a progressão de regime, sendo suficiente o preenchimento do requisito objetivo (lapso temporal) e do requisito subjetivo (comportamento carcerário); c) o paciente sempre tece excelente comportamento carcerário, tendo sua conduta

classificada como "ótima"; d) o paciente trabalhou durante o cumprimento da pena (02 meses e 03 dias de remição).

Assim, requer o deferimento da liminar para tornar sem efeito a decisão que determinou a realização de exame criminológico, diante da ausência de fundamentação concreta e idônea, determinando que a autoridade coatora aprecie o pedido de progressão de regime, de acordo com as balizas do art. 112 da Lei de Execução Penal, sem a exigência de exame criminológico.

Por fim, pleiteia a concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida (f. 301 – 302).

As informações foram prestadas (f. 309 – 310).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (f. 314 – 316).

VOTO (EM 17/09/2019)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Diego de Oliveira Barreto, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1.ª Vara de Execução Penal de Campo Grande.

Aduz, em síntese, que: a) a decisão que determinou a realização de exame criminológico para a análise do requisito subjetivo da progressão de regime carece de fundamentação, restando configurado constrangimento legal; b) o art. 112 da Lei de Execução Penal não exige a realização de exame criminológico para a progressão de regime, sendo suficiente o preenchimento do requisito objetivo (lapso temporal) e do requisito subjetivo (comportamento carcerário); c) o paciente sempre teve excelente comportamento carcerário, tendo sua conduta classificada como "ótima"; d) o paciente trabalhou durante o cumprimento da pena (02 meses e 03 dias de remição).

Assim, requer o deferimento da liminar para tornar sem efeito a decisão que determinou a realização de exame criminológico, diante da ausência de fundamentação concreta e idônea, determinando que a autoridade coatora aprecie o pedido de progressão de regime, de acordo com as balizas do art. 112 da Lei de Execução Penal, sem a exigência de exame criminológico.

Por fim, pleiteia a concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida (f. 301 – 302).

As informações foram prestadas (f. 309 – 310).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (f. 314 – 316).

A ordem deve ser concedida.

Ressalto, primeiramente, que embora a decisão atacada tenha sido proferida em sede de execução da pena, cabendo também o recurso de agravo (art. 197 da LEP), certo é que a situação concreta narrada na exordial da impetração, pela sua excepcionalidade e potencialidade de lesão ao constitucional direito de locomoção do paciente, pode ser conhecida em sede de remédio heroico, mesmo porque, tal assertiva, caso real, implicaria em ilegalidade que autorizaria a concessão do *habeas corpus* de ofício.

No mérito, cumpre ressaltar que 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 o exame criminológico, 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 tenha havido o exame criminológico inicial. Sem esse ponto de partida, avalia-se não os efeitos da execução penal em relação ao 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 do 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 permitir 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".

A esse respeito, confira-se:

> *"HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – ROUBOS MAJORADOS – PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS – CASSAÇÃO DO DECISUM PELA CORTE DE ORIGEM, COM DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – GRAVIDADE ABSTRATA DOS CRIMES E LONGO PERÍODO DE PENA A CUMPRIR – FUNDAMENTOS INIDÔNEOS – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS RECENTES A JUSTIFICAR A PERÍCIA – ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA – 1.* ***Ambas as turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior pacificaram o entendimento de que imposição do exame criminológico demanda fundamentação concreta, sendo insuficiente a menção genérica à gravidade do delito praticado pelo apenado ou ao longo tempo de pena a cumprir****. (...) 4. Ordem de habeas*

corpus concedida para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais, concessiva da progressão ao regime semiaberto." (HC 472.614/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 06/12/2018) – destaquei.

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – SÚMULA VINCULANTE 26 DO STF – VIOLAÇÃO – SUPERVENIENTE PROGRESSÃO PARA O SEMIABERTO DE PARTE DOS AGRAVANTES – PERDA DE OBJETO – PREJUÍZO PARCIAL DA RECLAMAÇÃO E DO RESPECTIVO AGRAVO REGIMENTAL – PARA OS DEMAIS, PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. (...) 2. A súmula vinculante 26 do STF preconiza que, "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". 3. A decisão judicial que determina, diante de pleito de progressão de regime, a realização de exame criminológico de forma desfundamentada, como decorrência de construção argumentativa despida de elementos concretos relacionados à execução da pena do reclamante, viola o verbete sumular vinculante 26 desta Suprema Corte. (...)" (Rcl 30010 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 11/09/2018, Processo Eletrônico DJe-221 Divulg 16-10-2018 Public 17-10-2018)

No caso em apreço, a autoridade coatora determinou a realização de exame criminológico nos seguintes argumentos:

"(...) Observa-se que o sentenciado cumpre pena total de 17 (dezessete) anos e 01 (um) mês pela prática dos crimes de homicídio qualificado e de direção de veículo automotor sem a devida permissão.

Assim, considerando que o sentenciado possui condenação pela prática de crime grave, com violência, entendo imprescindível a realização de exame criminológico para adequada análise de sua personalidade."

Ocorre que, a gravidade abstrata do delito e o longo tempo de pena a cumprir, quando dissociados de elementos concretos ocorridos no decorrer da execução criminal, são por si sós, argumentos inidôneos para condicionar a progressão de regime a realização de exame criminológico.

Desta forma, considerando a ausência de fundamentação idônea na decisão impugnada, a análise dos requisitos para progressão de regime deverá ser realizada independentemente do resultado do exame criminológico, já juntado aos autos de execução, pois o art. 112 da LEP prevê apenas 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.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de conceder a ordem de *habeas corpus* para determinar que a autoridade coatora aprecie o pedido de progressão de regime, abstendo-se da análise do exame criminológico.

Conclusão do julgamento adiada para a sessão do dia 15.10.2019 em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. José Ale Ahmad Netto), após o relator, em sede de liminar, determinar a análise do pedido, pelo juízo de origem, abstendo-se da leitura do laudo criminológico apresentado. Houve sustentação oral feita pela defensora pública Christiane Maria Pereira Jucá Interlando.

VOTO (EM 29/10/2019)

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º vogal)

Acompanho o relator, ressalvando que na hipótese a determinação de realização do exame criminológico pelo juízo da execução, foi fundamentada exclusivamente na pena em abstrato e na gravidade do delito, sem que houvesse qualquer menção à vida pregressa do reeducando durante o cumprimento da pena.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º vogal)

Inicialmente ressalto que acompanho o relator para conhecer do presente *habeas corpus.* Em que pese se trate de matéria de execução de pena, que possui recurso próprio, infere-se que foi interposto o recurso de agravo de execução contra a decisão ora impugnada no dia 27.08.19, contudo, até o presente momento não foi dado o andamento processual, devendo, portanto, ser pode ser conhecida a matéria em sede de remédio heroico, com o intuito de análise de eventual lesão ao direito de locomoção do paciente.

No mérito, divirjo do relator, para denegar a ordem ao paciente Diego de Oliveira, a fim de manter a determinação de realização de exame criminológico do juízo da vara de execução penal como pressuposto para análise da concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

Inicialmente, esclareço que o exame criminológico é prova técnica cuja finalidade é constatar, à luz de aspectos comportamentais, psicológicos e psiquiátricos, a capacidade de evolução do reeducando no curso do processo de reinserção social.

Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt, o exame em questão:

> *"(...) é a pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos, psicológicos do condenado, para obtenção de dados que possam revelar a sua personalidade". O referido autor ainda complementa seu raciocínio dizendo que a referida prova "é uma perícia, embora a LEP não o diga, que busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico".* (Tratado de direito penal: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 459-461. v. 1.)

No mesmo sentido, leciona o professor Luiz Régis Prado, para quem:

> *"(...) o exame criminológico exsurge na Lei de Execução Penal como instrumento indispensável para a elaboração do programa individualizador da execução de modo a oportunizar a cada sentenciado os elementos necessários para sua reinserção social".* (Comentários ao código penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 173. Nota 3)

A Lei de Execuções Penais previa que, para a concessão do benefício da progressão de regime, sobretudo para análise do requisito subjetivo, que leva em consideração o comportamento do reeducando no cárcere, era necessária a realização do exame criminológico.

Entretanto, a Lei nº 10.792/2003, alterando as disposições da LEP a respeito, acabou por dispensar a realização do exame criminológico, o que, repita-se, antes da referida alteração legislativa, era indispensável.

Nada obstante, ainda é possível que, por decisão fundamentada, o juiz determine a realização desse exame para aferir se o reeducando está subjetivamente apto a viver em regime prisional mais brando.

Sobre o tema, aliás, não há divergência. Nesse sentido, é a Súmula 439 do STJ e a Súmula Vinculante 26 do STF que, basicamente, admitem a realização do exame criminológico, desde que a sua elaboração decorra de ordem judicial fundamentada.

Assim, conclui-se que o exame criminológico, admitido excepcionalmente, é elemento técnico capaz de influenciar na formação do convencimento judicial, sendo possível, a partir dele, extrair, com a devida

segurança, o estado de aptidão psicológica e adequação temperamental do reeducando, além do seu senso de responsabilidade, aspectos indispensáveis à comprovação de sua aptidão subjetiva para gozar dos benefícios previstos na LEP, notadamente a progressão.

No presente caso, há razões suficientes para determinar a realização do exame criminológico, como pressuposto para análise da progressão, bem como a decisão do juízo de primeiro encontra-se devidamente fundamentada.

Ora, pela simples análise dos autos, constata-se que o reeducando cumpre pena pela prática de crime extremamente grave, qual seja, homicídio duplamente qualificado, com condenação de 16 anos e 06 meses de reclusão, cuja gravidade, no caso concreto, é refletida a partir do modo de execução, contexto no qual o sentenciado, acompanhado de dois agentes, por meio de diversos golpes com um facão praticamente decapitou a vítima.

Ademais, cumpre pena também de sete meses de detenção no regime aberto também por crime de trânsito.

Logo, pelas próprias peculiaridades do caso concreto, a natureza e a forma com que o delito de homicídio foi praticado, são elementos bastantes o suficiente para ensejar a necessidade de realização do exame criminológico, pois, como bem se sabe, a progressão resultará na colocação do mesmo em situação prisional de menor rigorosidade, onde o senso de disciplina e responsabilidade é essencial, dada a considerável redução da vigilância estatal nessas condições.

A respeito do tema trago o julgado do STJ:

> *"(...) O tribunal a quo assim entendeu após examinar a forma de execução e a gravidade concreta da conduta do apenado, condenado pelo homicídio qualificado (motivo fútil e asfixia) e ocultação do cadáver da própria esposa, o que evidenciava sua personalidade violenta e dissimulada e justificava a realização prévia da perícia psicológica. Nesse contexto, está devidamente fundamentada a exigência de exame criminológico para a concessão de progressão de regime, não cabendo reparo na decisão da corte estadual. Habeas corpus não conhecido."* (STJ; HC 310.053; Proc. 2014/0310981-5; SP; Sexta Turma; Rel. Des. Conv. Ericson Maranho; DJE 11/06/2015)

Noutro falar, o exame criminológico é imprescindível para que se evidencie, com a necessária clareza, se o reeducando tem ou não capacidade de viver em sociedade com menor vigilância estatal, ante a constatação da possibilidade ou não de voltar a delinquir.

Por isso, há motivos concretos capazes de ensejar a realização do exame criminológico, que poderá elucidar adequadamente a aptidão ou não do reeducando para evolução nas respectivas etapas de cumprimento da pena, notadamente no campo da progressão.

Por fim, insta salientar que em consulta ao sistema SAJ verifiquei que o exame criminológico do paciente já foi realizado e juntado nos Autos de Execução Penal nº 0000878-73.2014.8.12.0017 às f. 285-314, restando pendente a análise pelo juízo da execução penal a respeito do preenchimento dos requisitos para a progressão de regime prisional.

Diante do exposto, divergindo respeitosamente do relator denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam a ordem, por maioria, nos termos do voto do relator, com ressalvas do 2º vogal. Vencido o 1º vogal.

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, 29 de outubro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0001144-18.2018.8.12.0018 – Paranaíba

EMENTA – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CONDUÇÃO DE VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO CAUSANDO RISCO CONCRETO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – TESE DE AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO – RECHAÇADA – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INAPLICABILIDADE – CONDUTAS AUTÔNOMAS – DESCLASSIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO ARTIGO 309 DO CTB – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 383 E 617 DO CPP – PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE – RELATO UTILIZADO NO ÉDITO CONDENATÓRIO – READEQUAÇÃO DA PENA SUBSTITUTIVA – PRINCÍPIO DA SIMETRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Incabível falar em ausência de perigo de dano, pois, neste particular, o apelante quase atropelou uma motociclista e causou abalroamento em diversas motocicletas estacionadas regularmente na via pública, razão pela qual a tese absolutória por ausência de perigo concreto de dano não merece acolhida.

Embora as condutas tipificadas nos artigos 309 e 311, ambos do CTB, tenham sido praticadas no mesmo contexto fático e tutelem o mesmo bem jurídico (incolumidade pública), não pairam dúvidas de que estas traduzem comportamentos autônomos e independentes, pois o delito de direção sem habilitação não é meio necessário para a consumação do delito de direção em velocidade incompatível e em lugares com grande concentração de pessoas.

O fato descrito na denúncia como crime previsto no artigo 309 do CTB deve ser considerado como agravante genérica prevista no artigo 298, inciso III, do mesmo diploma legal, por força do princípio da subsidiariedade. Inteligência dos artigos 383 e 617, ambos do CPP (*emendatio libelli*).

Impositiva o reconhecimento da confissão espontânea, porquanto o apelante, sob o crivo judicial, confessou ter ingerido bebida alcoólica, fato que foi utilizado para subsidiar o édito condenatório, razão pela qual o recorrente faz jus a benesse pleiteada, nos termos da Súmula 545 do STJ.

Deve-se reduzir o valor da prestação pecuniária em razão da simetria que deve ser guardada entre a pena substitutiva e a privativa de liberdade.

Em parte contra o parecer, recurso parcialmente provido, desclassificando-se, de ofício, o delito previsto no artigo 309 do CTB, aplicando ao caso a agravante genérica prevista no artigo 298, inciso III, do mesmo diploma legal.

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 e, de ofício, afastar a condenação pelo delito tipificado no art. 309 do CTB, mantendo-se a condenação apenas pelo crime do art. 306 do CTB, aplicando-se a agravante do inciso III do art. 298 do mesmo diploma legal, reconhecer atenuante de confissão espontânea e reduzira a prestação pecuniária por força da simetria.

Campo Grande, 3 de outubro de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Juvegilson dos Santos contra a sentença de f. 108-111, proferida pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba, que julgou procedente a pretensão contida na denúncia para o fim de condenar o ora apelante à pena total de 01 (um) ano de detenção, 10 (dez) dias multa e 02 (dois) meses de suspensão ou proibição, a depender do caso, de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, em razão da prática dos crimes de embriaguez ao volante e direção sem habilitação gerando perigo de dano.

Em suas razões recursais (f. 124-148), o recorrente sustenta a atipicidade em relação ao crime do artigo 309 do CTB, sob a justificativa de que não restou demonstrado o risco de perigo concreto, de modo que sua conduta deve ser sancionada no campo administrativo.

Alternativamente, postula pelo reconhecimento da consunção, pois, no seu entender, o crime de dirigir embriagado absorve o de dirigir sem documento de habilitação.

Pugna, ainda, pela aplicação da confissão espontânea, a fim de reduzir a pena intermediária aquém do mínimo legal.

Por fim, requer a redução do valor arbitrado a título de prestação pecuniária.

Nas contrarrazões de f. 152-168, o representante do *Parquet* em primeira instância propugna pelo desprovimento do recurso.

Em seu parecer (f. 178-196), o Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo parcial provimento do apelo tão somente para reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Juvegilson dos Santos contra a sentença de f. 108-111, proferida pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba, que julgou procedente a pretensão contida na denúncia para o fim de condenar o ora apelante à pena total de 01 (um) ano de detenção, 10 (dez) dias-multa e 02 (dois) meses de suspensão ou proibição, a depender do caso, de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, em razão da prática dos crimes de embriaguez ao volante e direção sem habilitação gerando perigo de dano.

Em suas razões recursais (f. 124-148), o recorrente sustenta a atipicidade em relação ao crime do artigo 309 do CTB, sob a justificativa de que não restou demonstrado o risco de perigo concreto, de modo que sua conduta deve ser sancionada no campo administrativo.

Alternativamente, postula pelo reconhecimento da consunção, pois, no seu entender, o crime de dirigir embriagado absorve o de dirigir sem documento de habilitação.

Pugna, ainda, pela aplicação da confissão espontânea, a fim de reduzir a pena intermediária aquém do mínimo legal.

Por fim, postula pela redução do valor arbitrado a título de prestação pecuniária.

Nas contrarrazões de f. 152-168, o representante do *Parquet* em primeira instância propugna pelo desprovimento do recurso.

Em seu parecer (f. 178-196), o Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo parcial provimento do apelo tão somente para reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

É a síntese do caso. Passa-se ao exame das pretensões defensivas.

Do pleito absolutório em relação ao crime de dirigir sem habilitação gerando perigo de dano.

A defesa alega, em síntese, que a conduta praticada pelo recorrente é atípica, pois a

Pois bem.

Preconiza o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97): "*Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa*".

Sobre o tipo penal em análise, eis os percucientes ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima[1]:

> *"De acordo com o Código de Trânsito Brasileiro, constitui infração administrativa gravíssima dirigir veículo sem possuir carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir (art. 162, I, primeira parte), ou com carteira nacional de habilitação ou permissão para dirigir cassa ou com suspensão do direito de dirigir (art. 162, II).* ***As referidas infrações administrativas assemelham-se, pois, ao crime de trânsito do art. 309 do CTB, com a diferença de que esta demanda, para além da direção sem habilitação, uma situação de perigo concreto, como ocorre, por exemplo, quando o motorista dirige em alta velocidade, avançado sinal vermelho, fazendo zigue-zague, etc.****"* (Destacou-se).

Como visto acima, o delito em questão constitui crime de perigo concreto, mostrando-se necessária a presença de perigo concreto ao bem jurídico quando há condução do veículo por parte do condutor inabilitado, circunstância esta que restou suficientemente comprovada nos autos, consoante a seguir exposto.

Senão vejamos.

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (arquivo audiovisual de f. 108-111), o policial militar James Roberto da Silva Germano relatou que a guarnição policial foi acionada para atender uma ocorrência de colisão entre um veículo fusca, o qual era conduzido pelo apelante, e algumas motocicletas estacionadas no local da ocorrência.

Salienta que o condutor do fusca se evadiu do local, mencionando que localizou este no momento em que estacionava o veículo. Argumenta que o condutor tentou se evadir, salientando que o recorrente estava ingerindo uma latinha de cerveja quando desceu do veículo.

No mesmo caminhar, o policial militar Eliezer Machado de Lima narrou, durante a fase judicial (arquivo audiovisual de f. 108-111), ter avistado o recorrente com uma lata de cerveja na mão, salientando que a vítima foi quem indicou o condutor do veículo. Argumenta que o recorrente apresentava visíveis sinais de embriaguez.

Outrossim, Joellen Arazini de Freitas afirmou, durante a fase judicial, que estava conduzindo sua motocicleta, ao passo que seu filho estava na garupa, instante em que o recorrente quase a atropelou com o veículo fusca, tanto que foi necessário subir no passeio público para desviar da rota do apelante, o qual estava visivelmente embriagado.

Asseverou que, por essa razão, realizou o acompanhamento do recorrente, tendo avistado ele conduzindo o veículo de forma imprudente durante todo o percurso, tendo, inclusive, derrubado diversas motocicletas quando estacionou o seu veículo para comprar mais bebidas, razão pela qual acionou a polícia militar.

1 LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 7 ed. rev. e atual. 2019. p. 1.454.

Por certo, o apelante causou risco concreto para a segurança viária, porquanto quase atropelou a motociclista Joellen ouvida sob o crivo judicial, além de ter causado acidente de trânsito (abalroamento) envolvendo motocicletas devidamente estacionadas, razão pela qual não há falar em atipicidade da conduta.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 309 DO CTB – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DE CONDUTA – REJEITADA – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA – IMPOSSIBILIDADE – CADERNO PROCESSUAL QUE DEMONSTRA A MATERIALIDADE E AUTORIA DA CONDUTA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *O tipo penal do art. 309 do CTB descreve um delito de perigo concreto, ou seja, é necessário que o agente, na condução do veículo automotor, gere perigo de dano ao objeto jurídico tutelado, que no caso é a segurança viária. Vale dizer,* ***não se perquire se houve efetivamente dano, bastando simplesmente que a incolumidade pública, daí porque, afasta-se a pretensão absolutória de atipicidade de conduta.*** *Comete o crime de trânsito previsto no artigo 309 do CTB, o agente que dirige veículo automotor realizando manobras de "zerinho" em via pública sem a devida permissão ou habilitação."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0000375-28.2014.8.12.0025, Bandeirantes, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jonas Hass Silva Júnior, j: 02/05/2019, p: 03/05/2019) (Destacou-se).

Portanto, não restam dúvidas de que, neste particular, o perigo concreto está devidamente consubstanciado pelos depoimentos colhidos sob o crivo judicial, mostrando-se impossível acolher a pretensão defensiva.

Da pretensa aplicação do princípio da consunção e da declassificação, de ofício, do crime previsto no artigo 309 do CTB para a agravante do inciso III do mesmo diploma legal (*emendatio libelli*).

Pugna a defesa, ainda, pela absorção do delito previsto no artigo 309 do CTB pelo delito previsto no artigo 306 do mesmo Código, com a devida aplicação do princípio da consunção.

Ora, consoante mencionado em linhas alhures, ocorreu o "perigo de dano" elementar do tipo penal previsto no artigo 309 do CTB, pois restou demonstrado que o acusado, condutor inabilitado, colocou em risco, de forma concreta, a segurança própria e alheia, causando risco à incolumidade pública, tanto que causou acidente de trânsito.

Conquanto as condutas tipificadas nos artigos 309 e 311, ambos do CTB, tenham sido praticadas no mesmo contexto fático e tutelem o mesmo bem jurídico, qual seja, a incolumidade pública, traduzem comportamentos autônomos e independentes, pois o delito de direção sem habilitação não é meio necessário para a consumação do delito de direção em velocidade incompatível e em lugares com grande concentração de pessoas.

Destarte, em que pese o não reconhecimento do princípio da consunção, conforme o disposto no artigo 298, inciso III, do CTB, quando o delito de dirigir sem habilitação for cometido em conjunto com outro crime de trânsito, deverá ser avaliado como circunstância agravante da outra infração[2].

Em abono dessa conclusão, eis o posicionamento adotado por esta Colenda Terceira Câmara Criminal em caso análogo ao presente:

> *"EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO (ARTIGOS 306 E 309 DO CTB) – APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE – POSSIBILIDADE – SEGUNDA CONDUTA PREVISTA COMO AGRAVANTE GENÉRICA DO PRIMEIRO*

2 Art. 298. São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração:
(...)
III - sem possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação.

CRIME (ARTIGO 298, III, DO CTB) – REDUÇÃO DA PENA-BASE – INCABÍVEL – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O agente que, por meio de uma só conduta, conduz veículo automotor sob a influência de álcool e sem habilitação, não comete dois crimes autônomos, e sim apenas o de embriaguez ao volante. Nesse contexto, ***sendo a segunda conduta prevista como agravante genérica do primeiro delito (inciso III do artigo 298 do CTB), impositiva a aplicação do princípio da subsidiariedade, para afastar a condenação pelo crime de direção inabilitada, mantendo-se a condenação apenas pela embriaguez ao volante, com a aplicação da respectiva agravante.***

II - Incabível a redução da pena-base ao mínimo legal, haja vista que a valoração negativa das circunstâncias do crime encontra-se devidamente justificada na censurabilidade acentuada da conduta, consubstanciada no fato de o apelante, além de conduzir o veículo embriagado, ter empreendido fuga em alta velocidade, inclusive empinando a motocicleta, de modo a oferecer perigo concreto aos transeuntes e outros veículos que circulavam pela região.

III – Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido, apenas para aplicar o princípio da subsidiariedade, de modo a afastar a condenação relativa ao delito do artigo 309 do CTB, ficando o apelante condenado como incurso no artigo 306, com a incidência da agravante prevista no artigo 293, inciso III, do CTB." (TJMS. Apelação Criminal nº 0001042-58.2016.8.12.0020, Rio Brilhante, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 20/09/2019, p: 24/09/2019) (Destacou-se).

Esclareça-se que a adoção do referido entendimento encontra espeque nos artigos 383 e 617 do CPP, cabendo rememorar que os Tribunais Superiores admitem a realização de *emendatio libelli* em segunda instância mediante recurso exclusivo da defesa, contanto que não gere *reformatio in pejus*, tal como ocorre neste feito.

Diante de tais fundamentos, com espeque no princípio da subsidiariedade e na forma prevista pelo artigo 383 do CPP, o fato descrito na denúncia como crime previsto no artigo 309 do CTB deve ser considerado como agravante genérica prevista no artigo 298, inciso III, do mesmo diploma legal, impondo-se, por conseguinte, o afastamento da condenação pelo crime de direção sem habilitação.

Do almejado reconhecimento da confissão espontânea.

Cotejando-se o relato do recorrente (arquivo audiovisual de f. 108-11) e a fundamentação do édito condenatório (f. 110), constata-se que, de fato, o apelante faz jus a atenuante da confissão espontânea, na medida em que assumiu ter consumido bebida alcoólica.

Aliado a isso, insta gizar que o magistrado sentenciante se valeu da referida confissão para subsidiar o édito condenatório.

De tal modo, deve-se reconhecer a atenuante da confissão espontânea nos termos da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça.

Da nova dosimetria e da consequente redução da prestação pecuniária.

Na primeira fase, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantém-se a pena no mínimo legal, isto é, 06 (seis) meses de detenção, 10 (dez) dias-multa e 02 (dois) meses de suspensão ou proibição.

Na segunda fase, presente a agravante prevista no inciso III do artigo 298 do CTB, bem como a atenuante da confissão espontânea, deve-se compensá-las resultando a pena de 06 meses de detenção, 10 (dez) dias-multa e 02 (dois) meses de suspensão ou proibição.

Por fim, diante da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, fixa-se a reprimenda definitivamente em 06 (seis) meses de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, bem como a 02 (dois) meses de suspensão ou proibição, a depender do caso, de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor para o delito do artigo 306 do CTB.

Mantém-se a sentença quanto ao regime prisional inicial aberto, bem como em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contudo, em atenção ao princípio da simetria, a prestação pecuniária deve ser conduzida ao patamar de 01 (um) salário mínimo.

Diante do exposto, em parte com o parecer, deve-se dar parcial provimento ao recurso interposto por Juvegilson dos Santos para: a) afastar, de ofício, a condenação pelo delito tipificado no artigo 309 do CTB, mantendo-se a condenação apenas pelo crime do artigo 306 do CTB, aplicando-se a agravante do inciso III do artigo 298 do mesmo diploma legal; b) reconhecer a atenuante da confissão espontânea e c) reduzir a prestação pecuniária por força da simetria.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento e, de ofício, afastaram a condenação pelo delito tipificado no art. 309 do CTB, mantendo-se a condenação apenas pelo crime do art. 306 do CTB, aplicando-se a agravante do inciso III do art. 298 do mesmo diploma legal, reconheceram atenuante de confissão espontânea e reduziram a prestação pecuniária por força da simetria.

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, 3 de outubro de 2019.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0000325-50.2019.8.12.0017 - Nova Andradina

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS – INGRESSO NO IMÓVEL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ESCRITA – INDÍCIOS DE CRIME – DELITO DE CARÁTER PERMANENTE – VALIDADE DA PROVA – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONFISSÃO E TESTEMUNHOS POLICIAIS – RECURSO PROVIDO.

Incabível falar em nulidade das buscas realizadas no domicílio do apelado, porquanto este, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga para o interior de seu imóvel, ocasião na qual os policiais lograram êxito na prisão do recorrido, o qual confessou que mantinha em depósito as drogas localizadas após buscas na residência. Destarte, diante do caráter permanente do tráfico de drogas e da existência de indícios de crime, mostra-se válida a prova obtida pelos policiais militares.

Deve-se condenar o apelado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, tendo em vista a apreensão de considerável quantidade de droga no imóvel pertencente ao recorrido, além de apetrechos (balança de precisão, papel filme etc), sendo estas circunstâncias corroboradas pelo relato judicial do policial que atuou na prisão do apelado e pela confissão deste sob o crivo judicial.

Com o parecer, recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de novembro de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de p. 151-154, que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na peça acusatória para o fim de absolver Maicon José Santos Mendonça, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (p. 177-221), o recorrente sustenta a licitude da prova, asseverando que o caso se amolda à exceção constitucional da garantia de inviolabilidade de domicílio, tendo em vista a situação de flagrância.

Salienta que a autoria e a materialidade delitiva restaram cabalmente comprovadas, razão pela qual postula pela reforma da sentença para que o apelado seja condenado nos termos da peça acusatória.

Nas contrarrazões de p. 224-231, o recorrido propugna pelo desprovimento do apelo ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (p. 258-262), manifestou-se pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de p. 151-154, que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na peça acusatória para o fim de absolver Maicon José Santos Mendonça, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (p. 177-221), o recorrente sustenta a licitude da prova, asseverando que o caso se amolda à exceção constitucional da garantia de inviolabilidade de domicílio, tendo em vista a situação de flagrância.

Salienta que a autoria e a materialidade delitiva restaram cabalmente comprovadas, razão pela qual postula pela reforma da sentença para que o apelado seja condenado nos termos da peça acusatória.

Nas contrarrazões de p. 224-231, o recorrido propugna pelo desprovimento do apelo ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (p. 258-262), manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório. Passa-se ao exame do caso.

Narra a exordial ministerial que:

> *"(...) no dia 15 de janeiro de 2019, por volta das 17h35, na residência localizada na Rua Waldemar do Carmo Martins, nº 2053, Bairro Campo Verde, em Nova Andradina/MS, o denunciado Maicon José Santos Mendonça, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, foi surpreendido e preso em flagrante delito, eis que preparava e tinha em depósito, para tráfico, 71 (setenta e um) tabletes da substância entorpecente comumente conhecida como "Maconha", totalizando 69,020 kg (sessenta e nove quilos e vinte gramas), bem como, 22 (vinte e duas) porções da mesma substância, totalizando 749 g (setecentos e quarenta e nove gramas), conforme boletins de ocorrência de f.19, 20 e 21, auto de apreensão de f. 23/24 e laudo de constatação prévia de f. 18.*
>
> *Consoante se infere nos autos, no dia dos fatos, policiais militares realizavam rondas nas proximidades do local supracitado, eis que visualizaram dois indivíduos conversando, sendo que, um deles estava em uma motocicleta Honda CG Titan, de cor preta, e que, ao avistar a viatura policial, empreendeu fuga, tomando rumo ignorado. Desta forma, o segundo indivíduo também tentou fugir, adentrando na residência, onde, nos fundos, tomou o telhado da casa através de uma escada, pulando para um terreno baldio que fica nos fundos, entretanto, não logrou êxito.*
>
> *Ante a suspeita, os policiais adentraram no aludido imóvel, encontrando sobre um balcão 06 (seis) tabletes de substância entorpecente comumente conhecida como "Maconha", totalizando 6,05 kg (seis quilos e cinco gramas), em seguida, foram localizados sob uma toalha de mesa, num canto da cozinha, três sacos contendo em seu interior 62 (sessenta e dois) tabletes da mesma substância, totalizando 58,55 kg (cinquenta e oito quilos e cinquenta e cinco gramas). Não obstante, fora encontrado no interior da geladeira 04 (quatro) tabletes, pensando 4,600 kg (quatro quilos e seiscentos gramas), e um pote de vidro, contendo 24 (vinte e quatro) porções, totalizando 700 g (setecentos gramas). Fora localizado ainda, dentro do armário da cozinha, 03 (três) porções da mesma substância supracitada, totalizando 49 g (quarenta e nove gramas), prontas para ser comercializadas.*

Vale destacar ainda que, fora localizado também, balança de precisão, faca ainda suja com a substância entorpecente, rolos de plástico filme, utilizado para embalar a substância, e ainda uma tesoura para cortar o Plástico.

Ouvido perante autoridade policial, à f. 12, Maicon, confessou a traficância, informando ainda que, estava mantendo em depósito para um indivíduo identificado como Henrique, não sabendo dar qualquer informação sobre ele, entretanto afirmou que era quem empreendeu fuga na motocicleta Honda CG Titan. O denunciado relatou que, em troca do armazenamento, receberia um veículo Gol G3." (p. 02-03).

Após a regular instrução processual, sobreveio a sentença de p. 151-154, na qual a Juíza da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na peça acusatória para o fim de absolver Maicon José Santos Mendonça, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Malgrado entendimento diverso, observa-se que a apreensão dos entorpecentes realizada pelas autoridades policiais se mostra plenamente válida diante da dinâmica dos fatos.

Pois bem.

Na espécie, constata-se que a materialidade delitiva está cabalmente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (p. 04-09), laudo pericial (p. 95-98) e auto de apreensão (p. 17-18), cabendo frisar que este revela a apreensão de diversos apetrechos (balança de precisão, papel filme etc).

Lado outro, considerando-se que a validade da prova, neste particular, está intrinsecamente relacionada à análise da dinâmica dos fatos, adentro ao exame dos depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Durante a fase judicial (arquivo audiovisual de p. 93), o Policial Militar André Luiz Pereira disse que a guarnição fazia rondas na região, ocasião na qual avistaram duas pessoas conversando na frente de um imóvel, os quais, ao perceberem a aproximação dos policiais, empreenderam fuga do local, sendo que um saiu de motocicleta, enquanto o outro correu para os fundos do imóvel e pulou para um terreno baldio.

Salientou que, por essa razão, empreenderam diligências no interior do imóvel, ocasião na qual localizaram diversos tabletes de droga. Mencionou que, por ocasião da abordagem, o apelante confessou ter comercializado um veículo para adquirir os referidos entorpecentes.

Em juízo (arquivo audiovisual de p. 93), o apelante Maicon confessou que mantinha em depósito a referida droga em seu imóvel, tendo mencionado que os entorpecentes pertenciam à pessoa cognominada de Henrique, o qual fugiu de motocicleta por ocasião da abordagem policial.

Disse que receberia um carro como forma de pagamento para guardar a mencionada droga por alguns dias. Mencionou que Henrique pegava os entorpecentes somente na quantidade necessária para o comércio imediato.

Diante do cenário acima delineado, não restam dúvidas de que a situação de flagrância restou devidamente evidenciada, porquanto o apelante e o outro agente empreenderam fuga logo após avistarem a guarnição policial, sendo nítida a existência de justa causa para as buscas no domicílio diante da existência de indícios de ilícito.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. ***ALEGADA ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA.*** *CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS UTILIZADAS*

PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS. MODO SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

3. No caso, a justa causa para a medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, ao checaram denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas no domicílio do paciente, encontraram vários usuários ao redor da casa, assim ***com um adolescente, que ao perceber a aproximação deles, tentou empreender fuga pulando o muro da residência.***

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

(...)

9. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 503.766/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019) (Destacou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA. ACUSADO QUE AUTORIZOU O INGRESSO DOS AGENTES EM SUA RESIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

3. No caso dos autos, havendo indícios de que o paciente e a corré franquearam a entrada dos policiais na residência, informação confirmada inclusive na inicial do mandamus, afasta-se a mácula suscitada na impetração. Precedentes.

(...)

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 531.504/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/09/2019, DJe 01/10/2019) (Destacou-se).

Em casos análogos ao presente, eis o posicionamento adotado por esta Colenda Terceira Câmara Criminal:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS - PRELIMINAR – INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO – INEXISTÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL – ALEGADA

LESÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS INDICANDO PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE – JUSTA CAUSA CONFIGURADA – REJEIÇÃO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CPP) - CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO - DEPOIMENTO DE POLICIAIS – ART. 202 DO CPP - VALIDADE - CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO - RELEVANTE VALOR PROBANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICANDO DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – COMÉRCIO DE DROGA EM "BOCA DE FUMO" - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Rejeita-se a preliminar de violação ao inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal quando demonstrado que os agentes estatais ingressaram no domicílio após constatação, mediante presença de elementos mínimos, de que lá praticava-se delito de natureza permanente, situação que configura a justa causa e afasta a alegação de nulidade das provas daí decorrentes.

(...)

IV – Recurso a que, contra o parecer, nega-se provimento." (TJMS. Apelação Criminal n. 0002788-12.2018.8.12.0045, Sidrolândia, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 09/08/2019, p:12/08/2019)

"APELAÇÃO CRIMINAL DO RÉU – TRÁFICO – NULIDADE DA SENTENÇA - SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA – INGRESSO NO DOMICÍLIO – CRIME PERMANENTE – DISPENSA DE ORDEM JUDICIAL – INÉPCIA DA INICIAL – REQUISITOS DO ARTIGO 41 DA LEI PENAL – ATENDIDOS - OITIVA DE TESTEMUNHA DE DEFESA – PEDIDO DE ARROLAMENTO A DESTEMPO – PRECLUSÃO TEMPORAL – PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - PLEITO ABSOLUTÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – PRISÃO EM FLAGRANTE E DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES - CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E COESO – ISENÇÃO DE CUSTAS JUDICIAIS – ADVOGADO PARTICULAR – AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO DEVOLUÇÃO DE VALORES APREENDIDOS – AUSÊNCIA DE PROVA DA ORIGEM LÍCITA DO DINHEIRO – AUSÊNCIA DE PEDIDO DO SUPOSTO TERCEIRO DE BOA-FÉ – DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO MANTIDA - PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER.

Constatada hipótese flagrancial, referente a crime permanente, ex vi do art. 303 do CPP, justifica-se a prisão na residência do agente, sem que isso represente violação do art. 5º, XI, da Carta Magna, situação a afastar a alegada nulidade das provas colhidas. *Inexiste nulidade por inépcia da denúncia se de sua simples leitura é possível extrair com clareza, que prescinde de maiores esforços exegéticos, a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do agente e a classificação do delito, o que, indene de dúvidas, cumpre os requisitos do art. 41 da Lei Adjetiva Penal, possibilitando, ademais, o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos acusados.*

(...)

Com o parecer, recurso conhecido e improvido." (TJMS. Apelação Criminal n. 0035777-14.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 16/08/2019, p: 19/08/2019) (Destacou-se).

Em conclusão, inexistem dúvidas sobre a licitude da prova obtida pelos policiais, sendo de rigor a reforma da sentença absolutória, porquanto a autoria e a materialidade delitiva estão cabalmente demonstradas no caso, razão pela qual o apelante deve ser condenado nos termos da peça acusatória.

Passa-se, então, a dosimetria.

Na primeira fase, constata-se que deve ser valorada a circunstância judicial referente aos antecedentes, pois o apelado ostenta condenação anterior definitiva pela prática do delito tipificado no artigo 309 da Lei n.º 9.503/97 (p. 72-74). Outrossim, a quantidade de droga também é desfavorável ao apelante, na medida em que este mantinha em depósito mais de 69,5 Kg (sessenta e nove quilogramas e quinhentos gramas) de maconha. Inexistem elementos para aferir as demais circunstâncias judiciais.

Destarte, fixa-se a pena basilar em 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Quanto à fase intermediária, diante da presença da atenuante da confissão e da agravante da reincidência (p. 72-74), compenso-as, de tal modo que a reprimenda intermediária deve ser mantida em 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

Por fim, impende frisar que inexistem causas de aumento ou de diminuição, mostrando-se salutar esclarecer que a causa de diminuição referente ao privilégio (artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) não deve ser aplicada ao caso, tendo em vista ter sido demonstrado que o apelante efetivamente se dedica às atividades criminosas, tratando-se, inclusive, de reincidente específico (p. 72-74)[1].

Deve-se estabelecer o regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, porquanto pesa em desfavor do apelante a existência de duas circunstâncias judicias desfavoráveis (antecedentes e quantidade), além da reincidência específica.

Por igual razão, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade ou do *sursis*, cabendo salientar, ainda, que a pena final ultrapassa os parâmetros objetivos estabelecidos, respectivamente, nos artigos 44, inciso I, e 77, *caput*, ambos do Código Penal.

Por fim, vale frisar que esta Câmara Criminal tem observado o entendimento reafirmado no ARE n. 964.246, julgado sob a sistemática da repercussão geral, para determinar a execução da pena com o escopo de garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

No que tange ao prequestionamento levantado pelas partes, insta ressaltar que a matéria controvertida foi analisada, integralmente, de maneira clara e objetiva, sendo despicienda a expressa referência no acórdão de todas as normas indicadas pela parte.

Diante do exposto, com o parecer, deve-se dar provimento ao recurso ministerial para o fim de condenar Maicon José Santos Mendonça à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Caso prevaleça este voto, logo após ultrapassado o prazo para eventuais recursos perante este Tribunal de Justiça, adote-se, com urgência, as providências necessárias para a imediata execução da pena, quais sejam, a expedição de mandado de prisão e de guia de recolhimento provisória.

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. Zaloar Murat Martins de Souza

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 Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Campo Grande, 7 de novembro de 2019.

***

1 Autos n. 0000687-28.2014.8.12.0017

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0003667-18.2018.8.12.0013 - Jardim

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – INSURGÊNCIAS DEFENSIVAS – TRÁFICO DE DROGAS, RECEPTAÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – INVIÁVEL – QUANTIDADE DE DROGA – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO RELATIVA AO TRÁFICO OCASIONAL – INCABÍVEL – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Deve-se manter a condenação do apelante Marcos pela prática do crime de receptação, na medida em que a posse da *res furtiva* transfere ao acusado o ônus de demonstrar a licitude de sua conduta. Do mesmo modo, não há falar em absolvição quanto ao crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, sobretudo diante da existência de "placas frias" de forma ostensiva no interior do veículo conduzido pelo recorrente.

Mantém-se a valoração das circunstâncias do crime, porquanto os apelantes atuaram no transporte de uma tonelada de maconha, sendo evidente que a referida situação legitima o incremento realizado na reprimenda basilar dos apelantes.

O reconhecimento do tráfico ocasional ou privilegiado (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06) demanda a existência cumulativa de prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa. No caso, mostra-se incabível a concessão da benesse pleiteada, pois os apelantes se dedicavam a atividade criminosa na medida em que atuaram no transporte de uma tonelada de maconha em veículo produto de ilícito e com sinais de identificação alterados, cabendo frisar que a viagem foi meticulosamente planejada e com divisão de tarefas, já que o apelante Marcos transportava os entorpecentes, enquanto Edson atuava na condição de batedor, inclusive com uso de rádio comunicador.

O *quantum* da reprimenda final aplicada ao apelante Edson somada a circunstância judicial relativa à quantidade da droga, torna inviável o abrandamento do regime prisional, nos termos dos artigos 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, do Código Penal.

Recursos desprovidos, 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, negaram provimento aos recursos.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2019.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Edson Benitez e Marcos Leite Santuches contra a sentença de p. 234-243, proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jardim, que condenou os recorrentes, respectivamente, às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, e 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 570 (quinhentos e setenta) dias-multa.

Em suas razões (p. 249-259), o recorrente Marcos postula pela redução da pena-base, aplicando-a em patamar mínimo, a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, a absolvição em relação aos crimes de receptação dolosa e adulteração de sinal. Alternativamente, postula pela desclassificação da conduta de receptação dolosa para culposa e, por fim, a redução da pena de multa.

No apelo de p. 260-267, o recorrente Edson postula pela redução da pena-base para o mínimo legal, pela aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, pela aplicação de regime prisional mais benéfico e pela redução da pena de multa.

Nas contrarrazões recursais (p. 280-296), o representante ministerial propugna pelo desprovimento dos apelos.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial (p. 312-325).

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Edson Benitez e Marcos Leite Santuches contra a sentença de p. 234-243, proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jardim, que condenou os recorrentes, respectivamente, às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, e 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 570 (quinhentos e setenta) dias-multa.

Em suas razões (p. 249-259), o recorrente Marcos postula pela redução da pena-base, aplicando-a em patamar mínimo, a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, a absolvição em relação aos crimes de receptação dolosa e adulteração de sinal. Alternativamente, postula pela desclassificação da conduta de receptação dolosa para culposa e, por fim, a redução da pena de multa.

No apelo de p. 260-267, o recorrente Edson postula pela redução da pena-base para o mínimo legal, pela aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, pela aplicação de regime prisional mais benéfico e pela redução da pena de multa.

Nas contrarrazões recursais (p. 280-296), o representante ministerial propugna pelo desprovimento dos apelos.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (p. 312-325).

Do pleito absolutório em relação aos crimes de adulteração de sinal identificador e de receptação.

Consoante acima mencionado, o apelante Marcos postula por sua absolvição em relação ao crime de receptação e adulteração de sinal identificador, sob a justificativa de que o acervo probatório acostado aos autos não se mostra suficiente para subsidiar o édito condenatório.

Contudo, não lhe assiste razão.

Na espécie, a materialidade delitiva está cabalmente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (p. 05-06), boletim de ocorrência (p. 23-26), Laudo Pericial no veículo S10 (p. 79-83), comprovante de consulta Renavam (p. 84-85), bem como pela prova testemunhal colhida no curso da fase inquisitorial e sob o crivo judicial.

Do mesmo modo, a autoria é certa e recai indubitavelmente sobre o apelante, consoante doravante exposto.

O apelante Marcos Leite Santuches negou a autoria dos crimes em questão ao ser ouvido sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de p. 158-159).

Porém, a referida negativa, por si só, não desconstitui todo o arcabouço acostado aos autos.

Isso porque, sob o crivo judicial (arquivo audiovisual de p. 158-159), o Inspetor da Polícia Rodoviário Federal Getúlio Jorge Mello da Silva narrou que ter realizado, inicialmente, a abordagem do veículo fiat argo, o qual era conduzido por Edson, porém, na sequência, o apelante Marcos avistou a referida abordagem e se evadiu com a caminhonete que transportava a droga, mas acabou sendo alcançado pelos referidos agentes públicos.

Salientou que as drogas e um jogo de placas falsas estavam embaixo da capota marítima da caminhonete conduzida por Marcos e no interior do referido veículo haviam outras placas, sendo informado pelo condutor, ora recorrente, que estas seriam afixadas após o veículo ultrapassar a divisa entre Mato Grosso do Sul e o Estado do Goiás, salientando que além do veículo ser objeto de furto também estava com as placas adulteradas.

Por certo, a existência de "placas frias" de forma ostensiva no interior do veículo conduzido pelo recorrente, de rádio comunicador e informação de que o segundo jogo de placas no interior do veículo seria afixado após o ingresso no território do Estado de Goiás, não deixa remanescer dúvida de que o referido agente não apenas estava cônscio sobre o caráter ilícito do objeto como, também, realizou a adulteração do sinal identificador ou, no mínimo, aderiu a tal prática.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – ARTIGO 311, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL –* ***ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUTORIA E MATERIALIDADE – SUBSTITUIÇÃO DAS PLACAS*** *– FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM O PARECER.*
>
> *As provas produzidas durante a instrução harmonizam-se com os fatos constatados quando do flagrante e depoimentos colhidos no curso do inquérito, restando suficientemente comprovada a autoria delitiva quanto ao crime previsto no artigo 311, caput, do Código Penal.* ***A conduta de colocar uma placa na motocicleta que sabia não correspondente ao referido bem, traz a lume a intenção de dificultar a sua identificação, de sua plena ciência da ilicitude perpetrada, enfim, o dolo, ainda que genérico.*** *Referido comportamento, por óbvio, tem por fito impedir ou ao menos dificultar a real identificação do bem, ainda que para fins administrativos, para evitar multas, ou seja para evitar a identificação de veículo de origem ilícita, burlando a fé-pública e/ou a vigilância estatal. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001639-71.2010.8.12.0041, Ribas do Rio Pardo, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 23/08/2019, p: 27/08/2019) (Destacou-se).

Do mesmo modo, não restam dúvidas sobre a prática do crime de receptação, pois a apreensão do veículo na propriedade do apelante transfere a este o ônus de demonstrar a boa-fé da posse em relação ao referido veículo, consoante a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPROPRIEDADE NA VIA DO WRIT. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO EVIDENCIADO. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. A conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. Precedentes.

5. O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta, sem que possa inferir bis in idem ou arbitrariedade em tal conclusão.

6. Writ não conhecido." (HC 542.197/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 25/11/2019) (Destacou-se).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPTAÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CP). DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM A DEVIDA PERMISSÃO GERANDO PERIGO DE DANO (ART. 309 DO CTB). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. AGENTE SURPREENDIDO NA POSSE DE AUTOMÓVEL ORIUNDO DE FURTO. ART. 156 DO CPP. CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME A INDICAR O CONHECIMENTO DA ORIGEM ESPÚRIA DO BEM. PLEITO DE ANULAÇÃO COM VISTAS À DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. ***A conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. Precedentes.***

3. O pleito defensivo concernente à absolvição do crime de receptação, previsto no art. 180, caput, do CP, bem como sua desclassificação para a modalidade culposa, não comporta análise na presente via, de cognição sumária, na qual não se permite dilação fático-probatória.

4. Habeas corpus não conhecido." (HC 483.023/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019) (Destacou-se).

Portanto, mostra-se incabível falar em insuficiência de provas.

Do pleito de redução da pena-base e da pena de multa proporcionalmente.

Neste ponto, vale frisar que ambos os recorrentes postulara pela redução da pena-base, cabendo frisar que tais pleitos serão analisados conjuntamente diante da identidade entre os referidos pedidos.

Em análise ao édito condenatório, constata-se que o Magistrado singular exasperou a reprimenda dos recorrentes em 01 (um) ano quanto ao crime de tráfico de drogas, porquanto os sentenciados atuaram no transporte de uma tonelada de maconha (p. 240-241).

A despeito do esforço argumentativo desenvolvido pela defesa, insta frisar que a referida quantidade de droga legítima o acréscimo levado a efeito na reprimenda basilar dos apelantes, o qual, diga-se de passagem, mostrou-se demasiadamente benéfico aos recorrentes.

Por certo, a expressiva quantidade de droga justifica o incremento na pena-base, tendo em vista a maior afetação ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, qual seja, a saúde pública, notadamente porque da elevada capacidade de disseminação do carregamento de entorpecentes que estava em posse dos recorrentes.

Dentro dessa linha de compreensão, insta rememorar que a proporcionalidade deve ser analisada não apenas sob a ótica da proibição do excesso, mas, também, aos olhos da proibição da proteção deficiente do bem jurídico.

Em abono dessa conclusão, trago à baila o seguinte precedente desta Terceira Câmara Criminal:

> *"(...) APELAÇÃO CRIMINAL – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO – ELEMENTOS SEGUROS DA PARTICIPAÇÃO NA CONDUTA CRIMINOSA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (1.007 KG DE MACONHA) – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE DEVIDAMENTE VALORADA – RECRUDESCIMENTO NECESSÁRIO. TRÁFICO OCASIONAL – REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICANDO INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *I – A teor do disposto pelo artigo 155 do CPP, a convicção do juiz deve formar-se pela livre apreciação das provas produzidas sob o égide do contraditório judicial. Mantém-se a condenação pela prática do crime de tráfico quando os elementos colhidos durante a instrução processual foram suficientes a demonstrar participação no crime.*
>
> ***II – O transporte de mais de uma tonelada de maconha justifica o recrudescimento da pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, pois a quantidade da droga é uma das circunstâncias preponderantes previstas pelo art. 42 da Lei 11.343/06, não se configurando lesão ao princípio da proporcionalidade porque o Código Penal não estabelece contornos matemáticos para tanto, preponderando a discricionariedade do magistrado.***
>
> *IV – Não faz jus ao reconhecimento do tráfico ocasional (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06) quem se dedica a atividades criminosas e integra organização criminosa para o transporte de grande quantidade de maconha.*
>
> *V – Com o parecer. Recurso desprovido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0002813-29.2015.8.12.0013, Jardim, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 01/02/2018, p: 07/02/2018) (Destacou-se).

Portanto, falece razão ao pedido de redução da pena-base e, por consectário, ao pleito de redução da pena de multa (p. 258).

Da pretensão de aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico privilegiado).

Em que pese os argumentos despendidos pela defesa dos apelantes, mostra-se incabível a aplicação da causa de diminuição relativa ao tráfico ocasional.

Como é curial, o reconhecimento do tráfico ocasional ou privilegiado (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06) demanda a existência cumulativa de prova da primariedade do agente, dos bons antecedentes, da não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa.

No caso dos autos, muito embora os recorrentes sejam primários e não possuam antecedentes (p. 196-170 e 173), a dinâmica dos fatos demonstra que os sentenciados efetivamente se dedicavam a atividade criminosa.

Isso porque, consoante apurado no curso da instrução processual, o apelante Marcos se valeu de caminhonete produto de crime e com sinais de identificação adulterados para levar os entorpecentes até outro Estado, enquanto Edson atuava como batedor, inclusive com uso de rádio comunicador, sendo impossível desconsiderar, diante deste contexto, que ambos os agentes trabalharam com organização estruturada, haja vista a complexidade e importância da operação para o transporte de uma tonelada de maconha.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/06) –* ***CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO APLICÁVEL – ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM INSERÇÃO NA SEARA DO TRÁFICO E DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS*** *– ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – INCABÍVEL – REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***Incabível o reconhecimento da redutora do tráfico privilegiado, pois as circunstâncias aferidas no caso concreto, em especial a quantidade considerável (aproximadamente 1.247.045g – uma tonelada, duzentos e quarenta e sete quilos e quarenta e cinco gramas),*** *aliada aos demais elementos de convicção, demonstram, indubitavelmente, a dedicação do apelado ao tráfico de entorpecentes.*
>
> *(...)*
>
> *Com o parecer, recurso improvido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001186-80.2017.8.12.0025, Bandeirantes, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 26/07/2019, p: 30/07/2019) (Destacou-se).

Portanto, não há falar em aplicação da causa de diminuição relativa ao tráfico ocasional.

Da pretensão de abrandamento do regime prisional.

Por fim, quanto ao pedido de alteração de regime prisional formulado pela defesa de Edson Benitez, insta frisar que o *quantum* da reprimenda final aplicada ao apelante somada a circunstância judicial relativa à quantidade da droga, torna inviável o abrandamento do regime prisional, nos termos dos artigos 33, § 2º, alínea "a", e § 3º, do Código Penal.

Diante do exposto, com o parecer, deve-se negar provimento aos recursos defensivos, mantendo-se a sentença condenatória incólume.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza

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 dezembro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal nº 0900008-27.2015.8.12.0030 - Brasilândia

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – CRIMES DE PECULATO E FALSIDADE IDEOLÓGICA – ART. 312 E 299 DO CP – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE E FALTA DE PROVAS – DESCABIMENTO – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – FALSIDADE NÃO FIGUROU COMO MEIO PARA O PECULATO – REDUÇÃO DA PENA-BASE NÃO OPERADA – CULPABILIDADE DEVIDAMENTE NEGATIVADA – RECURSO IMPROVIDO.

As provas dos autos são robustas quanto à materialidade e autoria dos crimes de peculato e falsidade ideológica, demonstradas no inquérito civil, no TAC firmado pelo réu no qual comprometeu-se à devolução de valores, confessando o recebimento indevido de salários, sem a devida contraprestação de serviços, bem assim, o preenchimento posterior e indevido da folha de frequência. Ademais, as testemunhas ouvidas em juízo confirmaram que o réu não exercia a função no departamento lotado.

Para a aplicação do princípio da consunção, é necessário que a infração menor constitua simples fase/meio para realização do segundo crime maior, o que não se vislumbra no caso. Até porque, o crime de falsidade ideológica (menor) foi praticado dois anos após o de peculato (maior), consumando-se em momentos distintos e de forma independente.

Não há falar em redução da pena-base, eis que a fundamentação exposta é idônea e a exasperação adequada ao alcance das finalidades 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, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de setembro de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Antônio José da Silva (f. 376 e 381-404) insurgindo-se contra a sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Brasilândia/MS (f. 360-6), que o condenou como incurso nos artigos 312 e 299, ambos do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 51 (cinquenta e um) dias-multa, em regime semiaberto.

Em razões recursais (f. 381-404), a defesa pugna por sua absolvição dos crimes e subsidiariamente, a aplicação do princípio da consunção, a fim de que o delito de falsidade ideológica seja absorvido pelo de peculato, bem como pugnou pela redução da pena-base.

O *Parquet* requer o não provimento do recurso, consoante contrarrazões de f. 408-428.

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do apelo, bem como suscita prequestionamento (f. 438-451).

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Antônio José da Silva (f. 376 e 381-404) insurgindo-se contra a sentença proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Brasilândia/MS, que o condenou como incurso nos artigos 312 e 299, ambos do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 51 (cinquenta e um) dias-multa, em regime semiaberto.

Tal condenação se deu em decorrência seguintes fatos narrados na denúncia:

> *"Consta do incluso Inquérito Civil que, entre os meses de janeiro e junho de 2013, na Rua Elviro Mancini, nº 530, Centro, Brasilândia-MS, sede da Prefeitura Municipal de Brasilândia, o denunciado Antonio José da Silva, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta e valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público, no exercício do cargo de Técnico em Recursos Humanos, apropriou-se de valores referentes à sua remuneração, de forma reiterada ao longo de cerca de seis meses, a quantia de R$ 7.841,05 (sete mil, oitocentos e quatorze reais e cinco centavos), conforme folha de frequência de f. 71-77 e planilha de valores de f. 226-248.*
>
> *Apurou-se nos autos do Inquérito Civil nº 001/2015, que o denunciado, durante o período de janeiro a junho de 2013, enquanto exercia o cargo de Técnico em Recursos Humanos na Prefeitura Municipal de Brasilândia, se apropriou indevidamente dos valores recebidos da administração municipal, a título de remuneração, visto que não exerceu qualquer contraprestação neste período.*
>
> *(...)*
>
> *Verificou-se que o denunciado preencheu as folhas de frequência no intuito de ludibriar as investigações, dando a entender que laborou em todos os dias úteis entre 02.01.2013 e 28.06.2013 (com exceção dos dias 29.04.2013, de 22.05 a 24.05.2013 e de 26.06 a 28.06.2013)."*

A defesa entretanto, pugna por sua absolvição dos crimes, alegando atipicidade na conduta de peculato, por ausência de dolo, tanto que procedeu o ressarcimento dos valores, devidamente corrigidos e com relação ao crime de falsidade ideológica, alega insuficiência de provas. Subsidiariamente, a aplicação do princípio da consunção, a fim de que o delito de falsidade ideológica seja absorvido pelo crime de peculato, bem como pela redução da pena-base.

Sem razão entretanto.

A autoria e materialidade delitivas restaram comprovadas através do Inquérito Civil nº 001/2015-Brasilândia, no qual constam os recibos de pagamentos de proventos ao acusado dos meses de janeiro a junho de 2013 (f. 19-21), as folhas de frequências assinadas por ele desse período (f. 22-8), termo de ajustamento de conduta (f. 115-7), bem como os depoimentos colhidos nos autos.

O próprio apelante, na fase do Inquérito Civil nº 01/2015 (f. 112-4) disse que é Técnico em Recursos Humanos da Prefeitura de Brasilândia/MS desde o ano de 2000, mas em 2004 elegeu-se vereador, licenciando-se do cargo, mas em janeiro de 2013 reassumiu o exercício da função até junho do mesmo ano. Entretanto, confessou que:

> *"(...) Durante esse tempo, a lotação do declarante era o Núcleo de Recursos Humanos. Não havia nenhuma tarefa ou rotina para o declarante exercer porque o núcleo já estava*

completo. Acredita que no período de janeiro a junho de 2013 cumpriu o expediente completo (horário das 07h00min às 11h00min e 13h00min às 16h30min) por umas 60 (sessenta) vezes (dois meses). Não chegou a exercer nenhuma atribuição porque não havia tarefas. Às vezes se dirigia até o seu gabinete na Câmara e também a Secretarias Municipais para tratar de assuntos relacionados à Administração. Trabalhou no departamento de pessoal por uns 30 (trinta) dias, após, foi colocado à disposição da Secretaria de Administração. .... Sobre as folhas de frequência de f. 71-77, o declarante informa que havia preenchido normalmente cerca de duas páginas. As demais páginas foram preenchidas após a requisição de tais documentos pelo Ministério Público, por meio do ofício de nº 055/2015."

Diante da confirmação da ilicitude, assinou termo de ajustamento de conduta, comprometendo-se a devolver todas as quantias recebidas indevidamente entre janeiro de 2013 e junho de 2013, a título de remuneração pelo exercício do cargo de Técnico em Recursos Humanos (f. 115-117).

Já em seu interrogatório judicial, o apelante disse que ganhou as eleições para vereador, sendo que pediu para voltar os trabalho em janeiro de 2013 porque as sessões na Câmara eram noturnas e por isso, não havia incompatibilidade de horário. Ocorre que não tinha mais vaga em sua área de técnico de recursos humanos, razão porque comparecia esporadicamente na recepção, até que pediu afastamento no mês de junho. Esclareceu que não havia controle de ponto e que toda semana prestou serviços levando documentos.

Com relação à falsidade ideológica, disse que quando o Ministério Público oficiou a Prefeitura para apresentar sua folha de frequência em 2015, assinou o restante da frequência do período de janeiro a junho de 2013, pois uma parte estava preenchida e outras não. No entanto, esclareceu que todo início de mês o setor responsável elabora a folha de frequência, mas o servidor assina se quiser.

A testemunha Roberto Magno Pereira afirmou em juízo (f. 310) que por ocupar cargo comissionado, não assinava folha de frequência, pois não tem horário certo para trabalhar. Esclareceu que com relação ao réu (funcionário de carreira), via ele no setor de recursos humanos, mas não sabe precisar quais dias ele trabalhava, sendo que sua frequência era controlada por outro setor da Secretaria da Administração. Esclareceu que no setor do depoente, ele quem controlava a frequência dos servidores e que eles assinavam todos os dias. No mais, disse que todas as Secretarias possuem folhas de frequência, que encontram-se arquivadas desde sempre.

Waldemar Firmino de Campos, Secretário de Administração, disse em audiência (f. 310) que era supervisor do acusado e que ele achava que estaria prestando serviço, mas conforme próprio TAC firmado junto ao MP, o réu teria confessado que recebeu salário, sem a devida prestação de serviço. Afirmou que o correto é assinar a folha de frequência diariamente, na entrada e na saída.

A funcionária pública Heloisa Tamires Rodrigues Cannos Vasconcellos (f. 310) asseverou que na época dos fatos trabalhava no setor de recursos humanos, mas não se recorda de ter visto o réu laborar no local.

Nesse passo, não há dúvidas que o réu recebeu salários indevidos no período de janeiro a junho de 2013, pois não prestou qualquer contraprestação de serviços como técnico em recursos humanos junto à Prefeitura de Brasilândia, assim como preencheu indevidamente a folha de frequência quase dois anos após os fatos, com o fim de justificar a conduta ao Ministério Público.

Assim, não há que se falar em absolvição, pois as provas são robustas a demonstrar que sua conduta amolda-se perfeitamente ao descrito nos arts. 312 e 299 ambos do Código Penal, senão vejamos:

"Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. 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, aumenta-se a pena de sexta parte."

Cumpre ressaltar que não há que se falar em atipicidade da conduta, com relação ao crime de peculato, pois essa modalidade delitiva não permite a extinção da punibilidade pela reparação do dano, conforme a orientação dominante do STJ:

"(...) A reparação do dano antes do recebimento da denúncia não exclui o crime de peculato doloso, diante da ausência de previsão legal. Poderá influir, no entanto, quando da fixação da pena, nos termos do art. 16 do Código Penal." (HC 88.959/RS, DJe 06/10/2008).

No mais, requer o apelante a aplicação do princípio da consunção, a fim de que a conduta descrita no artigo 299 do Código Penal seja absorvido pelo do artigo 312, do mesmo diploma.

Contudo, o pedido não comporta acolhimento.

"(...) Pelo princípio da consunção ou da absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime, ou seja, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Nesse sentido, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano." (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.)

Portanto, o crime menor (falsidade ideológica) deve constituir meio/fase para execução de outro crime maior, o que não acontece no caso em exame.

Isso porque, o delito de peculato foi praticado no ano de 2013 e a falsidade ideológica somente dois anos após (2015), conforme própria confissão parcial do acusado (f. 310):

"Juiz: Aí o senhor foi lá na Prefeitura atendendo a esse chamamento e assinou...

Réu: E assinei as folhas.

Juiz: Assinar a frequência dois anos após, porque os fatos, aqui consta, janeiro a junho de 2013. O senhor assinou frequência, isso em 2015?

Réu: Isso foi em 2015."

Ou seja, os delitos consumaram-se em momentos muito distintos e em contextos fáticos independentes um do outro.

Dessa forma, não é possível a absorção do crime do art. 299 do Código Penal, pela aplicação do princípio da consunção, pois tratam-se de delitos autônomos.

Por fim, o recorrente pugna pela redução da pena-base para o mínimo legal, pelo afastamento da valoração negativa da moduladora judicial da culpabilidade.

Para tanto, transcrevo os fundamentos da sentença (f. 364-5):

"(...) Pertinente à culpabilidade, por se tratar de réu que, além do cargo público de técnico de recursos humanos, exercia também mandato eletivo de vereador municipal, acentua-se significativamente o grau de reprovabilidade concreta da conduta, na medida em que, no trato da coisa pública, deve-se exigir maior lisura do representante eleito pelo voto de confiança da população brasilandense. As demais circunstâncias judiciais não são desfavoráveis."

Tenho que a sentença não merece reforma, pois o magistrado fundamentou devidamente a circunstância negativada, com base em elementos concretos dos autos, que merecem maior reprovação, qual seja, exercício de mandato eletivo de vereador e cargo público na prefeitura, acentuando-se a culpabilidade, diante do voto de confiança recebido de grande parte da população local para prestação de serviços públicos.

Sobre o tema, a culpabilidade refere-se ao juízo de reprovação da conduta, diante dos elementos disponíveis no caso concreto.

Nesse sentido, leciona Ricardo Augusto Schmitt (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, pág. 130/1):

> *"(...) O exame da culpabilidade servirá para aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em decorrência da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível pelo agente, na situação em que o fato ocorreu.*
>
> *A culpabilidade deverá ser entendida como sendo a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, pois se trata de um plus de reprovação da conduta do agente, que deverá contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, os termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal (...)"*

Assim, mantenho a culpabilidade negativada, pois devidamente fundamentada pelo magistrado.

Do prequestionamento

No que tange ao prequestionamento, despicienda qualquer abordagem específica ou pormenorizada dos dispositivos legais aventados, tendo em vista que todas os argumentos deduzidos pelas partes foram enfrentados para o deslinde da questão.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposta por Antônio José da Silva, mantendo-se inalterada a sentença atacada.

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. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 26 de setembro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Recurso em Sentido Estrito nº 0000467-71.2018.8.12.0055 - Sonora

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO – SENTENÇA DE PRONUNCIA – PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS – DESCABIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INDICA INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E AUSÊNCIA DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS – EVENTUAIS DÚVIDAS QUE DEVEM SER DIRIMIDAS PELO TRIBUNAL DO JURI – PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME CONEXO – RECURSO DESPROVIDO.

Somente há que se aplicar a impronúncia, ou mesmo absolvição sumária, quando ocorrer certeza que o acusado não praticou o crime, sob pena de subtrair a competência absoluta dos jurados para apreciar o crime doloso contra a vida, de modo que havendo dúvida quanto à autoria, a questão deve ser submetida ao Conselho de Sentença.

Tratando-se de pronúncia, as qualificadoras somente poderão ser afastadas se manifestamente improcedentes, de modo que, em caso contrário, deverão ser submetidas à apreciação do conselho de sentença, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De acordo com a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, o princípio do *in dubio pro societate*, aplicado ao procedimento do Júri, foi amplamente recepcionado pela Constituição Federal, não havendo, pois, que se falar em inconstitucionalidade.

A competência do Tribunal do Júri estende-se às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida pelo caráter absoluto de que se reveste e por força da *vis attractiva* que exerce.

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, 24 de outubro de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jackson Cassiano Santos contra a decisão que o pronunciou como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal.

Em razões recursais (f. 411-429), requer a reforma da sentença para o fim de *"impronunciar o acusado/recorrente Jackson Cassiano Santos, por ausência de provas; subsidiariamente, a exclusão das qualificadoras previstas no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do CP (motivo fútil), por serem manifestamente improcedentes"*. Prequestiona, ao final.

O Ministério Público em contrarrazões (f. 436-459), "*pugna pelo conhecimento e improvimento do presente recurso, mantendo-se integralmente a r. sentença de pronúncia, por ser medida da mais inteira justiça!!!*" também lança prequestionamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça

> *"(...) com base no princípio in dubio pro societate, opina pelo conhecimento e improvimento do presente recurso em sentido estrito, mantendo essa Colenda Câmara, na íntegra, a sentença de pronúncia que conduz o réu Jackson Cassiano Santos a julgamento perante o Tribunal do Júri."* (f. 470-4).

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Jackson Cassiano Santos contra a decisão que o pronunciou como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal.

Pois bem. Narra a denúncia os seguintes fatos:

> *"(...) 1ª Imputação: Homicídio Qualificado - art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal.*
>
> *Consta dos presentes autos de inquérito policial que, no dia 25 de maio de 2018, por volta das 20h20min, na Praça Central, situada na Avenida do Povo, Centro, município de Sonora/MS, o denunciado Jackson Cassiano Santos, agindo consciente e voluntariamente, compelido de animus necandi e motivação fútil e dificultando a defesa do ofendido, em unidade de desígnios com o adolescente C.D.F.M., concorreu para a morte de Walison Monteiro de Oliveira, ao desferir chutes na vítima e instigar o adolescente a efetuar diversas golpes de faca contra Walison, ocasionando-lhe ferimentos que resultaram em seu óbito.*
>
> *Apurou-se que, na data dos fatos, o adolescente C.D., por volta das 16h00min, pegou o celular de sua namorada Bruna e retornou a última ligação recebida, sendo que as pessoas de Adriano, vulgo Gordinho, e Walison Monteiro de Oliveira, vulgo Coruja, atenderam, mas desligaram quando perceberam a voz do representado.*
>
> *Posteriormente, durante a noite, o adolescente C.D. foi até sua casa, onde buscou uma faca, saindo, em seguida, do local.*
>
> *Ato contínuo, o adolescente encontrou o denunciado Jackson Cassiano dos Santos na Rua do Bar do Neco para praticarem um homicídio, dizendo "vamos matar um cara ali!" (sic), e explicou que a vítima seria Adriano de Tal, vulgo Gordinho, o qual estava "talaricando" (sic), o que significa estar interessado em sua namorada. Jackson aceitou dizendo "demorou! Vamos matar esse cara!" (sic).*
>
> *Assim, o adolescente e Jackson foram até a residência de Adriano, vulgo Gordinho, onde uma senhora disse "não mata meu filho não!" (sic), e não encontraram a vítima no local.*
>
> *Em seguida, o adolescente e o denunciado foram até a praça e avistaram Adriano, vulgo Gordinho, e Walison, vulgo Coruja. Após, acompanhado de Jackson, o qual o instigava a ceifar a vida da vítima, C.D. passou a desferir, de inopino, golpes de faca contra a vítima Walison Monteiro de Oliveira, o que dificultou a defesa do ofendido.*
>
> *Surpreendida pelo adolescente, a vítima tentou correr mas foi atingida com mais 2 (dois) golpes de faca em suas costas, e caiu no chão.*

Neste momento, o denunciado Jackson Cassiano Santos passou a desferir chutes contra a cabeça da vítima, enquanto ela estava no chão, com vida, agonizando, dizendo "morre desgraçado, morre desgraçado!", "final de Talarico é isso! A gente mata mesmo!" (sic).

Jackson e o adolescente C.D. deixaram a praça e, posteriormente, foram, respectivamente, preso e apreendido em flagrante pela Polícia, que foi chamada ao local por populares que presenciaram o homicídio e indicaram os autores.

Interrogado pela autoridade policial, o denunciado confessou a participação no homicídio e afirmou que não estava arrependido, pois "Talarico tem que morrer mesmo" (sic).

A vítima veio a óbito em razão das condutas do adolescente e do denunciado.

2ª Imputação: Corrupção de Menores - art. 244-B da Lei 8.069/90.

Consta, ainda, do incluso inquérito policial que, no dia, horário e local acima descritos, o denunciado Jackson Cassiano Santos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, corrompeu o menor C.D.F.M., para que, juntos, cometessem o homicídio.

Apurou-se que o denunciado Jackson Cassiano Santos ajustou com o menor a prática do homicídio qualificado, instigando-o e praticando, com ele, tal delito.

A materialidade e autoria dos delitos está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 02/30), boletins de ocorrência n. 323/2018 e 599/2018 (f. 31/34), termo de exibição e apreensão (f. 35); relatório fotográfico (f. 36/42); declaração de óbito da vítima (f. 45); bem como demais declarações constantes nos autos.

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual oferece denúncia em desfavor de Jackson Cassiano Santos como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal, c.c. art. 244-B, § 2º da Lei nº 8.069/90 e 29 do CP, requerendo, após a autuação e recebimento desta, seja o denunciado citado, processado, e levado a julgamento pelo seu juiz natural, o Tribunal do Júri, sendo ao final, condenado, intimando-se as testemunhas do rol anexo para deporem em Juízo, em dia e hora a serem designados, sob as cominações legais."

Após apresentação de defesa pelos acusados, realização de audiência de instrução e julgamento, além de apresentação de alegações finais, sobreveio sentença de pronúncia.

Contra essa decisão insurge-se requerendo a reforma da sentença para o fim de *"impronunciar o acusado/recorrente Jackson Cassiano Santos, por ausência de provas; subsidiariamente, a exclusão das qualificadoras previstas no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do CP (motivo fútil), por serem manifestamente improcedentes."*

Entretanto, tenho que não assiste nenhuma razão ao recorrente.

Para tanto, importante transcrever, nessa oportunidade, o disposto nos arts. 414 e 415, ambos do CPP:

"Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I - provada a inexistência do fato;

II - provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III - o fato não constituir infração penal;

IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime."

Percebe-se que para pronúncia não é necessário certeza da autoria delitiva imputada, mas meros indícios suficiente de sua prática pelo(s) acusado(s), pois nesta fase ocorre um juízo de mera admissibilidade da imputação, cujo mérito será analisado pelo Conselho de Sentença.

Somente há que se aplicar a impronúncia, ou mesmo absolvição sumária, quando ocorrer certeza que o acusado não praticou o crime, sob pena de subtrair a competência absoluta dos jurados para apreciar o crime doloso contra a vida, de modo que havendo dúvida quanto à autoria, a questão deve ser submetida ao Conselho de Sentença.

Como ensina Aramis Nassif, para pronúncia,

> *"(...) não se consagra a dúvida em favor do indivíduo. Mas proclama-se a certeza de sua inocência, da licitude de seu comportamento a ponto de dispensar a convocação do povo para seu julgamento"* (O júri objetivo. 2 ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 53).

No mesmo sentido, a doutrina de Renato Brasileiro de Lima (Manual de Processo Penal: volume único – 4 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pág. 1336/7):

> *"(...) Na medida em que o próprio caput do art. 413 se refere ao convencimento da materialidade, percebe-se que, no tocante à existência do delito, exige-se um juízo de certeza quando da pronúncia. No tocante à autoria, todavia, exige o Código de Processo Penal apenas a presença de indícios suficientes de autoria. Em outras palavras, em relação à autoria ou participação, não se exige que o juiz tenha certeza, bastando que conste dos autos elementos informativos ou de prova que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de indício suficiente, isto é, a probabilidade de autoria."*

No mesmo tom é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) Na fase prelibatória da acusação, submetida ao rito do Júri, somente não será pronunciado o acusado, com mitigação ao postulado do in dubio pro societate, e até autorizada - de forma excepcional - a desclassificação delitiva, pelo Juízo da pronúncia, quando clara e inconteste a inexistência do animus necandi na conduta do agente."* (AgRg no AREsp 1499923/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019)

No caso, entendo *há certeza quanto à materialidade delitiva*, a qual restou consubstanciada pelos autos de prisão em flagrante delito de f. 6-8; boletim de ocorrência nº 323/2018 (f. 35-6), boletim de ocorrência nº 599/2018, fotografias (f. 40-46) laudo de exame de corpo de delito (f. 125-133), laudo pericial (f. 148-152), e testemunhas.

Igualmente, há, nos autos, indícios suficientes de autoria. Senão vejamos:

O recorrente, em juízo, nega ter participado do homicídio. Outrossim, afirma que C.D. lhe convidou para praticar o crime, tendo ido até a praça, mas C.D. não tinha chegado ao local; que C.D. chegou ao local já desferindo os golpes na vítima; que assumiu a culpa pelo crime por ser amigo de C.D., mas que na delegacia, ao depor estava embriagado e sob efeito de entorpecentes.

Outrossim, as provas constantes dos autos fornecem versão diferente:

O policial civil Valdir Moreira da Silva Junior, declarou que no dia dos fatos estava de plantão, quando, por meio de escuta telefônica, verificou que C.D., vulgo, 'Clone' matara a vítima. Pela escuta foi possível constatar: a) a participação de Jackson; b) Na praça, todos comentavam que ambos haviam matado a vítima. c) os indivíduos estavam tentando esconder a vítima, eis que mataram sem autorização do PCC. d) que escutou Jackson dizendo 'pode me prender Valdir, eu que matei aquele talarico'. Afirmou, ainda, que: a) Jackson saiu à procura da vítima bem como desferiu um chute em sua cabeça. b) que a ideia de matar a vítima foi de C.D.,

o qual contou a Jackson, que apoiou e acompanhou a empreitada, correndo atrás da vítima, a qual tentou se desvencilhar e c) que após Carlos desferir golpes de faca, o acusado Jackson desferiu um chute.

Apesar de negar sua participação em juízo, como retro mencionado, o apelante na fase inquisitiva (f. 19), confessa a autoria do delito, dando detalhes pormenorizados da empreitada.

A testemunha Soledade Bispo da Silva confirma que os dois indivíduos foram a sua casa e que os mesmos ameaçaram matar seu filho Adriano.

Veja-se, portanto, que há indícios suficientes de autoria delitiva, aptos a embasar a sentença de pronúncia.

Nesse passo, como a decisão de pronúncia comporta juízo de admissibilidade da acusação, para o qual devem concorrer a prova da existência do fato (materialidade) e os indícios de probabilidade acerca da autoria ou participação do agente, não há que se falar em sua reforma, como pretende o recorrente.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO – PRONÚNCIA – TESES DE LEGÍTIMA DEFESA E AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI – COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DO TRIBUNAL DO JÚRI – NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. A decisão de pronúncia não revela juízo de mérito mas apenas de admissibilidade da acusação, direcionando o julgamento da causa para o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Para tanto, basta a demonstração da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme disciplina o art. 413 do Código de Processo Penal. 2. Uma vez consignada pelas instâncias ordinárias a impossibilidade de verificação das teses de legítima defesa e de ausência de animus necandi, a providência mais acertada é a manutenção do acórdão impugnado, de forma que seja tal questão avaliada pelo Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de sua competência. 3. A análise das teses defensivas não prescinde de acurado revolvimento do acervo fático-probatório, vedado em sede de recurso especial, nos moldes da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 1126998/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017)

Diante desse panorama, as dúvidas quanto às linhas de argumentação traçadas entre acusação e defesa, devem, por ordem constitucional, ser dirimidas pelo Tribunal do Júri, órgão competente para julgar o mérito das ações que versam sobre crimes dolosos contra a vida.

Na mesma toada, segue o pleito de afastamento das qualificadoras.

Acerca do tema (afastamento das qualificadoras e causas de aumento), Nucci leciona[1]:

> *"(...) as circunstâncias legais, vinculadas ao tipo penal incriminador, denominadas qualificadoras e causas de aumento são* ***componentes da tipicidade derivada.*** *Logo, constituem a materialidade do delito, envolvendo o fato básico e todas as suas circunstâncias.* ***Quando presentes, devem ser mantidas na pronúncia*** *para a devida apreciação pelo Tribunal do Júri. Entretanto, se as provas não as sustentarem, devem ser afastadas pelo magistrado.* ***Na dúvida, o juiz mantém as referidas circunstâncias legais para a apreciação dos jurados****; possuindo certeza de que não há amparo algum para sustentá-las, torna-se fundamental o seu afastamento. (...)"* Destaquei

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 874-875.

Assim, as qualificadoras somente podem ser excluídas pelo juízo togado em casos excepcionalíssimos, quando não for possível correlaciona-las com as provas dos autos, sendo-lhe vedado excluí-las com base em sua análise subjetiva, sob pena de usurpar a competência do Tribunal do Júri.

Friso, ademais que a pronúncia não significa condenação automática, ela só diz respeito a admissibilidade da acusação, e para tanto, no caso em tela, os elementos dos autos são suficientes.

Aliás, nesse sentido é o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – JÚRI – PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – OBSERVÂNCIA – QUALIFICADORA – AFASTAMENTO – IMPOSSIBILIDADE. 1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no Código de Processo Penal, não possui caráter absoluto. Assim, se o magistrado que concluiu a instrução foi promovido, não há nulidade em ter sido a sentença prolatada por juiz diverso.* ***2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, somente devem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes ou sem nenhum amparo nos elementos dos autos, sob pena de usurpação da competência constitucional do tribunal do júri, situação que não ocorreu na espécie. Precedentes.*** *3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 1055463/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 27/08/2019)

> *"PENAL E PROCESSO* PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – QUALIFICADORA DA SURPRESA (IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA DA VÍTIMA) – PLEITO DE AFASTAMENTO – COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. *1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes). 2. A exclusão da qualificadora constante na denúncia - surpresa (impossibilidade de defesa da vítima) - somente pode ocorrer quando manifestamente improcedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri, juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida. Precedentes. 3. Na espécie, como bem esclareceu o Relator na origem, ainda que, de fato, o laudo pericial tenha atestado lesões na região frontal da vítima, presentes indícios suficientes na prova testemunhal acerca do ataque de inopino, cumpre ao Corpo de Sentença deliberar sobre a quaestio. 4. Habeas corpus não conhecido."* (HC 495.630/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 10/05/2019)

Destarte, no caso concreto não se mostra possível, na sentença de pronuncia, afastar as qualificadoras de motivo torpe ou de meio que dificultou a defesa da vítima, posto que, há indícios de que a vítima foi agredida de inopino, bem como há indícios de que o crime tenha sido motivado por motivo fútil, em razão da vítima estar "talaricando", ou seja estava interessado na namorada do outro suposto autor do delito.

Portanto, compete ao Tribunal do Júri dirimir a dúvida quanto a incidência ou não incidência das citadas qualificadoras.

Em continuidade defende o apelante que ao caso deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo,* em detrimento ao princípio do *in dubio pro societate,* por ser o mesmo inconstitucional.

Quanto ao tema, bem anoto que de acordo com a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, o princípio do *in dubio pro societate*, aplicado ao procedimento do Júri, foi amplamente recepcionado pela Constituição Federal, não havendo, pois, que se falar em inconstitucionalidade. Anote-se:

> *"Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processo Penal. Sentença de pronúncia. In dubio pro societate. Princípio constitucional. 3. Uso de parecer ministerial como razões de decidir. Ausência de*

inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Indeferimento de perícia em decisão fundamentada. Imprestabilidade do objeto a ser periciado. Possibilidade. 5. Agravo regimental a que se nega provimento". (ARE 1082664 ED-AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/10/2018, Processo Eletrônico DJe-235 Divulg 05-11-2018 Public 06-11-2018)

Por fim, defende o recorrente que não se encontra configurado o delito previsto no art. 244-B, do ECA, porquanto percebe-se que não há qualquer elementos nos autos que comprove ter o acusado Jackson Cassiano Santos corrompido o adolescente C.D.F.M., uma vez que, C.D. possui a vida voltada ao cometimento de atos infracionais relacionados ao patrimônio.

Melhor sorte não lhe assiste.

É que, tratando-se de crime conexo aos delitos de competência especial, não caberá ao magistrado analisar sobre o mérito de infração conexa, já que nos exatos termos do art. 78, I, do CPP, no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri.

Portanto, a competência do Tribunal do Júri estende-se às infrações penais conexas aos crimes dolosos contra a vida pelo caráter absoluto de que se reveste e por força da *vis attractiva* que exerce.

Pelas razões expendidas, com o parecer, conheço e nego provimento ao recurso em sentido estrito manejado por Jackson Cassiano dos Santos, mantendo a decisão invectivada em todos os seus termos.

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. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli. (Em substituição legal)

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Emerson Cafure e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 24 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Agravo de Execução Penal nº 0032315-10.2019.8.12.0001 - Campo Grande

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – REQUISITO TEMPORAL PREENCHIDO – LAUDO CRIMINOLÓGICO COM CONCLUSÃO TÉCNICA DESFAVORÁVEL – INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO – REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE SUPLO BINÁRIO – ALEGADA SUBJETIVIDADE DO LAUDO PERICIAL – PROGNÓSTICO DE REINCIDÊNCIA – TESES RECHAÇADAS – RECURSO DESPROVIDO.

Embora não seja obrigatória a submissão do apenado ao exame criminológico para a concessão da progressão de regime prisional, o juiz da execução, de forma fundamentada, pode determinar, diante das peculiaridades do caso, a realização do aludido exame para a formação do seu convencimento, nos termos do Enunciado nº 439, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, assim como da Súmula Vinculante 26 do STF.

A análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo juízo da execução, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração a conclusão desfavorável do exame criminológico, justificam o indeferimento da progressão de regime prisional.

A determinação para que o sentenciado realize tratamento psicológico, não representa a imposição de uma sanção/medida de segurança, mas sim uma forma de auxiliar o reeducando a se recuperar dos sintomas de psicopatologia que o acomete, ou seja, nada mais é que um tratamento não vinculado a periculosidade do reeducando, não evidenciando a aplicação do duplo binário, que consistia na aplicação de duas penalidades, pena + medida de segurança.

No caso concreto na elaboração do laudo pericial o perito utilizou-se de métodos científicos, recomendáveis para essa finalidade, com exposição detalhada da metodologia utilizada nos trabalhos, o que, numa análise final, atribui credibilidade às suas conclusões não podendo, portanto, prosperar a tese de que o laudo seja extremamente subjetivo.

A determinação da realização do exame criminológico não se restringe aos apenados condenados pela prática de crimes hediondos, podendo ser ordenada sua realização sempre que a situação concreta dos autos assim exigir, desde que em decisão motivada, a teor da Súmula nº 439 do Superior Tribunal de Justiça.

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, 31 de outubro de 2019.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de agravo em execução penal interposta por C. A. A., contra a decisão proferida pelo juízo da Vara 1ª Vara da execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS (f. 74-76), que indeferiu o pedido de progressão de regime e determinou a realização de novo exame criminológico, no prazo de 01 (um) ano.

Assinala que o agravante não foi submetido ao procedimento de classificação inicial, pela comissão técnica de classificação, a fim de que o princípio constitucional da individualização da pena atinja também a fase de execução penal.

Aduz que o laudo criminológico é excessivamente subjetivo, sem apresentar dados concretos sobre a personalidade do sentenciado, que indiquem sua incapacidade de cumprir a pena em regime mais brando.

Afirma os requisitos exigidos pelo art. 112 da LEP foram preenchidos pelo agravante, que apresenta bom comportamento carcerário, relacionando-se de forma ordeira com os demais integrantes da massa carcerária e funcionários administrativos do estabelecimento penal.

Adverte que impedir a progressão de regime com base em exame criminológico, impondo ao condenado tratamento psicológico, é o mesmo que impor-lhe uma medida de segurança, em repristinação do antigo sistema duplo binário, que deixou de existir em nosso ordenamento jurídico há mais de 20 anos.

Alega que a realização do exame criminológico para fins de progressão de regime está restrita aos condenados por crime hediondo ou equiparados.

Salienta que o atual sistema ao exigir o atestado de bom comportamento carcerário, apenas verifica se o condenado adaptou-se ao regime prisional fechado, hipótese verificada no caso concreto, posto que o agravante possui ótima conduta carcerária.

Assevera que a Resolução 012/2011 do Conselho Regional de Psicologia veda a realização de prognóstico criminológico de reincidência e avaliação de periculosidade.

Ressalta que no direito penal hodierno destaca-se que a culpabilidade é um juízo de reprovação do fato e não do autor, contudo, o prognóstico criminológico de reincidência e aferição de periculosidade nada mais representa que um direito penal do autor, o que é inconcebível.

Assim, por tais razões, requer a reforma da decisão agravada, para que lhe seja concedida a progressão de regime prisional.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 82-96, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 107-114, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de agravo em execução penal interposta por C. A. A., contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS (f. 74-76), que indeferiu o pedido de progressão de regime e determinou a realização de novo exame criminológico, no prazo de 01 (um) ano.

Vejamos a sentença objurgada:

"Vistos,

Trata-se da Execução da Pena imposta a C.A.A., na qual, para análise de benefícios, se determinou a realização de exame criminológico (f. 578-580), cujo laudo foi juntado às f. 598-613. Também foi certificada a conduta carcerária do sentenciado.

O Ministério Público se manifestou pelo indeferimento da progressão do regime (f. 632-633). Por outro lado, a defesa pugnou pela concessão do benefício, alegando que o sentenciado apresenta bom comportamento carcerário, requerendo acompanhamento psicológico em regime mais brando (f. 635-636).

Decido.

Com efeito, o sentenciado cumpre pena de 73 (setenta e três) anos, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, por diversas condenações relacionadas aos crimes de roubo qualificado e lesão corporal, tendo cumprido 1/6 (um sexto) da pena imposta, preenchendo o requisito objetivo para a progressão do regime.

De se ressaltar, que desde o início do cumprimento da pena, o sentenciado já empreendeu fuga por 04 (quatro) vezes, o que revela sua recalcitrância no cumprimento das normas que lhe são impostas.

Nesse contexto, de acordo com o laudo do exame criminológico realizado, o sentenciado "revelou recursos mentais e de adaptação inadequados" além de "sinais que demonstram não ser conveniente a sua adaptação ao meio social", tendo o perito judicial concluído que não está apto a cumprir pena em regime mais brando.

Assim, em que pese a conduta carcerária do sentenciado estar classificada como "ótima" (f. 614-616), considerando o histórico prisional do custodiado e as conclusões do laudo criminológico, reputo não preenchido o requisito subjetivo para progressão de regime.

Deve ser registrado que, a exemplo do entendimento jurisprudencial abaixo citado, o cumprimento dos requisitos objetivos para a progressão de regime não garante, por si só, o direito do custodiado à concessão do benefício, vejamos:

AGRAVO CRIMINAL – PROGRESSÃO DE REGIME – CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS QUE NÃO GARANTEM A PROGRESSÃO AO REEDUCANDO – LAUDO CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – PEDIDO DE JUNTADA DE PRONTUÁRIOS DO TRATAMENTO INTRAMUROS DO REEDUCANDO – DESNECESSIDADE – PERITO QUE NA ELABORAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO CONSIDEROU O TRATAMENTO FEITO INTRAMUROS – AGRAVO IMPROVIDO.

O fato do reeducando ter cumprido os requisitos objetivos para progressão de regime não garante, per se, o direito à progressão, se no caso o exame criminológico conclui que o reeducando não está apto à evolução prisional e reinserção social.

Não há necessidade da juntada dos prontuários do tratamento intramuros do reeducando se o perito, ao avaliar o periciado, levou em consideração o tratamento medicamentoso intramuros fornecido ao agravante.

Não se conhece de pedido não formulado em 1º grau sob pena de supressão de instância.

Agravo improvido. Relator(a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 25/08/2015; Data de registro: 16/09/2015)

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. 5968-613), para ciência e, ainda para a disponibilização de tratamento psicoterapêutico intramuros como recomendado pelo perito judicial.

Determino, desde já, a realização de novo exame criminológico no prazo de 1 (um) ano para análise do requisito subjetivo para a concessão de benefícios.

Oportunamente, aguarde-se o cumprimento da pena, adotando a serventia as providencias de impulso processual pertinentes.

Intimem-se. Cumpra-se. Ciência ao Ministério Público."

Passo à análise do recurso.

Pois bem. O sistema de execução penal permite a progressão de regime prisional, cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo, nos termos do art. 112 da LEP, o qual assim estabelece:

"art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão."

Embora o art. 112 da Lei de Execução Penal, após a alteração trazida pela Lei nº 10.792/2003, não mais exija a submissão do apenado ao exame criminológico para a concessão de benefícios, o juiz da execução, ou mesmo o Tribunal de Justiça, de forma fundamentada, pode determinar, diante das peculiaridades do caso, a realização do aludido exame para a formação do seu convencimento, nos termos do Enunciado nº 439, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, assim como da Súmula Vinculante 26 do STF, que prescrevem:

"Súm. 439/STJ "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada."

Súm. 26/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."*

Nesse sentir, a análise dos requisitos necessários para a progressão de regime não se restringe ao referido art. 112 da LEP, tendo em vista que outros elementos podem, e devem ser considerados pelo julgador na delicada tarefa de individualização da resposta punitiva do Estado, especialmente na fase executória.

A propósito, a jurisprudência consolidada no âmbito da Corte Superior é no sentido de que o exame criminológico não foi abolido pela nova redação do art. 112 da LEP e que pode servir ao convencimento do magistrado acerca do implemento do requisito subjetivo da progressão de regime:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INADMISSIBILIDADE – COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR RHC: CF, ART. 102, II, A – ROL TAXATIVO – NÃO CABIMENTO DE NOVO RECURSO ORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO EXARADO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – LATROCÍNIO – PROGRESSÃO DE REGIME – EXAME CRIMINOLÓGICO – NECESSIDADE DEMONSTRADA EM DECISÃO FUNDAMENTADA – RECURSO ORDINÁRIO DENEGADO. 1. A Lei 10.792/03 deu nova redação ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), excluindo a previsão de exame criminológico para a obtenção da progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de penas. 2. O silêncio da Lei a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, contudo, não inibe o juízo da execução do poder de determiná-lo, desde que fundamentadamente. Isso porque

a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao "bom comportamento carcerário", como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador, como assentado na ementa do Tribunal a quo. Precedentes: HC 105.234, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 21.3.11; HC 106.477, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 19.4.11; e HC 102.859, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 1º.02.10. 3. In casu, o paciente foi condenado a 20 (vinte) anos de reclusão pela prática do crime de latrocínio. O juiz da execução indeferiu o pedido de progressão para o regime semiaberto, sob o fundamento de que o paciente, embora preencha o requisito objetivo para a obtenção do benefício, não preenche o requisito subjetivo. Isso porque, conforme apontado em relatório psicossocial, o paciente "possui crítica simplória e superficial acerca do delito praticado, dificuldade de lidar com frustrações, falta de virtude ou valor moral e suscetibilidade a influência externa". O magistrado destacou, ainda, as "reiteradas tentativas de evasão" do paciente. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar recurso ordinário em habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição da República. Desse modo, não é cabível novo recurso ordinário em habeas corpus em substituição ao recurso extraordinário para impugnar acórdão exarado em sede de RHC. Precedentes. 5. Recurso ordinário em habeas corpus denegado." (RHC 121851, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, Processo Eletrônico DJe-116 Divulg 16-06-2014 Public 17-06-2014)

No caso concreto, o agravante foi condenado a uma pena total de 73 (setenta e três) anos, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 157, *caput*, do CP (uma vez); art. 157, § 2º, I, II, do CP (cinco vezes), art. 157, § 2º, I, II, c/c 65, do CP (uma vez); art. 157, § 2º, I, II, V, c/c art. 70, *caput*, do CP (uma vez); art. 129, § 1º, I, II, do CP (duas vezes); art. 129, § 1º, I, II, c/c art. 61, I e art. 65, *caput*, III, "d", todos do CP (uma vez) e art. 129, § 1º, I, II, c/c art. 65, *caput*, I, todos do CP (uma vez), conforme se observa do cálculo de pena juntado às f. 59-38.

Após cumprir o requisito objetivo, o recorrente foi submetido a exame criminológico, para análise mais acurada do requisito subjetivo da progressão de regime, conforme requerido pelo Ministério Público Estadual, dada a gravidade dos fatos delituosos e a quantidade de faltas graves cometidas durante o cumprimento da pena (quatro fugas).

No exame criminológico (f. 40-55), o perito ressaltou que:

> *"(...) segundo a impressão pessoal deste perito, na entrevista, o examinado mostrou-se seguro, não hesitou ao falar de suas práticas, demonstrando sinais de charme superficial e boa inteligência; falta de remorso ou pudor; comportamento anti-social inadequadamente motivado; julgamento fraco e incapacidade de aprender com a experiencia; egocentrismo; compreensão ou discernimento prejudicada e dificuldade de seguir algum plano de vida."*

Salientou, ainda:

> *"(...) em síntese pode-se dizer que C.A. é uma pessoa dotada de inteligência em nível médio, com grave comprometimento de adaptação e relacionamento interpessoal; baixo controle de reações impulsivas e emocionais; egocentrismo; imaturidade; dificuldade de suportar conflitos e tensões, além de carência de autodomínio. Reforço que o mesmo, inclusive conforme análise obtida do PCL-R, revelou características propotípicas de psicopatia, com probabilidade elevada de reincidir em atividade criminosa.*
>
> *Diante do exposto, entende-se pertinente que o examinado continue inserido em programas educacionais; ocupacional e/ou profissionalizante, e que seja submetido a um contínuo acompanhamento psicológico durante a execução da pena, na perspectiva de diminuir o grau de periculosidade e reincidência."*

Como se vislumbra, o exame criminológico apontou que o agravante revelou características propotípicas de psicopatia, demonstrando, assim, periculosidade acentuada, não atendendo ao requisito subjetivo do art. 112 da LEP.

Saliente-se que a progressão de regime prisional não constitui direito absoluto do condenado e, face ao princípio da persuasão racional ou livro convencimento motivado, é permitido ao julgador formar o seu convencimento pelas provas constantes dos autos.

Assim, correta a decisão do juiz da execução penal que indeferiu, de forma fundamentada, o pedido de progressão de regime prisional, por entender que não estava preenchido o requisito subjetivo para obtenção do benefício, com base no exame criminológico, cuja conclusão foi contrária ao seu deferimento, estando em plena sintonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Trilhando essa linha intelectiva, tenho que o agravante não satisfez o requisito de ordem subjetiva, determinado pelo art. 112 da LEP, conforme conclusão pericial.

A propósito, saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que o parecer desfavorável do exame criminológico, bem como os fatos ocorridos durante a execução penal, justificam o indeferimento da progressão de regime. Veja-se:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL INDEFERIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE – WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo das Execuções, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional pelo inadimplemento do requisito subjetivo. 2. No caso, a benesse foi indeferida com fundamento nos pareceres oficiais constantes do exame criminológico e na ocorrência de falta grave durante a execução a demonstrar ser prematuro o cumprimento da pena em regime menos rigoroso pelo apenado.3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AgRg no HC 332.393/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016)

> *"HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL INDEFERIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO – FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE – WRIT DENEGADO. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo da execução, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional pelo inadimplemento do requisito subjetivo. 2. No caso, a benesse foi indeferida com fundamento no exame criminológico, que ressaltou que "o indivíduo citado, segundo CID-10, apresentou um transtorno de personalidade tipo impulsivo, ou seja, tendência marcante a agir impulsivamente, sem considerações pelas consequências, instabilidade afetiva intensa, acessos de raiva intensos e explosões comportamentais", a demonstrar ser prematuro o cumprimento da pena em regime menos rigoroso pelo apenado. 3. Ressalte-se, ainda, que o afastamento dos fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias quanto ao mérito subjetivo do paciente demandaria o reexame de matéria fático-probatória, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus. 4. Ordem denegada."* (HC 385.080/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017)

Importa esclarecer que não merece acolhimento a tese defensiva, o sentido de que a determinação para que o sentenciado, ora agravante, realize tratamento psicológico, representaria a imposição de uma medida de segurança, repristinando o sistema duplo binário.

O referido sistema duplo binário consistia na aplicação de duas penalidades, quais sejam, a pena, mais a medida de segurança. Ocorre que o tratamento psicológico ora indicado não se trata de sanção a ser aplicada ao agravante, mas sim uma forma de auxilia-lo a se recuperar dos sintomas de psicopatologia que o acomete, ou seja, nada mais é que um tratamento não vinculado a periculosidade do reeducando.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME COM BASE NO EXAME CRIMINOLÓGICO – EXAME DESFAVORÁVEL E PECULIARIDADES DO CASO QUE NÃO INDICAM, NESTE MOMENTO, O REGIME MENOS GRAVOSO – ALEGADA SUBJETIVIDADE DO LAUDO PERICIAL – PROGNÓSTICO DE REINCIDÊNCIA – OMISSÃO – TESES RECHAÇADAS – POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO LAUDO POR PSICOLOGO – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE SUPLO BINÁRIO AFASTADA – REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO – RECURSO IMPROVIDO. Conforme dispõem as Súmulas 26 e 439, respectivamente do STF e STJ, é cabível a realização do exame criminológico dependendo das peculiaridades do caso, sendo que tal laudo não vincula o magistrado, servindo como parâmetro para a aferição do requisito subjetivo, o que in casu, mostrou-se ausente. Constatando-se que o agravante não está apto a cumprir a reprimenda em regime mais brando, sendo as observações lançadas no laudo criminológico conclusivas e desfavoráveis ao pleito, o indeferimento da progressão deve ser mantido. É plenamente possível que psicólogo nomeado pelo Juízo ateste a ausência do requisito subjetivo, visto que, o exame criminológico elaborado pelo perito torna-se mais um elemento constante no caderno de provas, não tornando constrita sua análise, a qual inclusive pode ser dispensada pelo juiz no momento de decidir. Além disso, o Provimento nº 5, de 03 de março de 2006, da Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado, estabelece que as perícias sejam elaboradas, preferencialmente, por médico com formação em psiquiatria, e não exclusivamente por estes; A determinação de disponibilização de tratamento psicológico não é uma sanção, pelo contrário, é uma forma de auxiliar o reeducando a se recuperar dos sintomas de psicopatologia que o acomete, ou seja, nada mais é que um tratamento não vinculado a periculosidade do reeducando, não evidenciando a aplicação do duplo binário, que consistia na aplicação de duas penalidades, pena + medida de segurança."* (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0006145-98.2019.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 22/04/2019, p: 23/04/2019)

> *"EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DEFENSIVO – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – INDEFERIMENTO POR AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO – POSSIBILIDADE – REALIZAÇÃO DO LAUDO POR PSICÓLOGO – POSSIBILIDADE ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DUPLO BINÁRIO – AFASTADO – RECURSO DESPROVIDO. 1-Para análise do pedido de progressão de regime, o exame criminológico não se faz obrigatório, devendo sua realização ser determinada por decisão devidamente fundamentada sob as particularidades do caso concreto, a teor do que prevê o art. 112 da Lei de Execução Penal, a Súmula Vinculante 26 do STF e a Súmula 439 do STJ; 2-Uma vez realizado o exame criminológico, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sobre o contraditório, não ficando adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, a teor dos artigos 155 e 182, ambos do Código de Processo Penal; 3-É plenamente possível que psicólogo nomeado pelo Juízo ateste a ausência do requisito subjetivo, visto que, o exame criminológico elaborado pelo perito torna-se mais um elemento constante no caderno de provas, não tornando constrita sua análise, a qual inclusive pode ser dispensada pelo juiz no momento de decidir. Além disso, o Provimento nº 5, de 03 de março de 2006, da Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado, estabelece que as perícias sejam elaboradas, preferencialmente, por médico com formação em psiquiatria, e não exclusivamente por estes; 4-A existência de parecer disciplinar emitido pelo diretor do estabelecimento penal e os exames criminológicos solicitados de maneira fundamentada pelo juiz não constituem o "sistema duplo binário", pois servem apenas à verificação da presença de requisito subjetivo para a progressão, não caracterizando forma de punição ao reeducando. 5-Justificada a*

necessidade e realizado o exame criminológico, com resultado desfavorável ao sentenciado, revela-se correta a decisão do juiz da execução penal que indefere o pedido de progressão de regime prisional por ausência de requisito subjetivo. 6-Recurso a que, com o parecer, nego provimento." (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0046364-27.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 05/03/2018, p: 07/03/2018)

"EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME – EXAME CRIMINOLÓGICO – DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ – NECESSIDADE NO CASO CONCRETO – EXAME QUE INDICA A INAPTIDÃO À PROGRESSÃO AO REGIME MAIS BRANDO – SISTEMA DUPLO BINÁRIO – NÃO CARACTERIZADO – MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO. A exigência do exame criminológico fica a critério do juiz, o qual ao avaliar a necessidade de sua realização no caso concreto deverá fazê-lo de forma fundamentada, cuja necessidade deve ser constatada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, para avaliação dos requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Súmula 26 do STF. No laudo pericial realizado por profissional da área de psicologia, constatou-se que o apenado apresenta transtorno de personalidade antissocial, psicopatologia, definida, entre outras características, pela insensibilidade emocional, ausência de empatia e imaturidade psíquica, não sendo recomendada, por enquanto, a concessão do benefício pleiteado. A existência de parecer disciplinar emitido pelo diretor do estabelecimento penal e os exames criminológicos solicitados de maneira fundamentada pelo juiz não constituem o "sistema duplo binário", pois servem apenas à verificação da presença de requisito subjetivo para a progressão, não caracterizando forma de punição ao reeducando. Mantida a decisão agravada em face da ausência do requisito subjetivo, com vistas a preservar o interesse público e a segurança pública, a fim de que o agravante permaneça em regime fechado até que esteja apto a retornar ao convívio social, proporcionando-lhe tratamento psicológico. Com o parecer, nego provimento ao recurso." (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0050580-02.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 04/08/2016, p: 08/08/2016)

"EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL INTERPOSTO PELA DEFESA PROGRESSÃO DE REGIME ALEGAÇÕES DE OCORRÊNCIA DE DUPLO BINÁRIO E DE INADEQUAÇÃO DO LAUDO PERICIAL AFASTADAS REQUISITO SUBJETIVO NÃO COMPROVADO RECURSO DESPROVIDO. I - Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o reeducando preencher os requisitos de natureza objetiva e subjetiva, nos termos do art. 112 da Lei de Execuções Penais. II - A existência de parecer disciplinar emitido pelo diretor do estabelecimento penal e os exames criminológicos solicitados de maneira fundamentada pelo juiz não constituem o "sistema duplo binário", pois servem apenas à verificação da presença de requisito subjetivo para a progressão, não caracterizando forma de punição ao reeducando. III - In casu, diante da ausência de comprovação do requisito subjetivo, consubstanciado na avaliação constante no exame criminológico que não recomenda a progressão de regime, a manutenção da decisão que negou o benefício é de rigor. IV - Em que pese o profissional de psicologia ter a sua atuação delimitada pela resolução nº 012/2011 do Conselho Federal de Psicologia, a qual em seu art. 4°, § 1°, veda a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexo causal a partir do binômio delito-delinquente, nas perícias, o exame criminológico não possui fundamentação vinculativa ao Magistrado que determinou a sua realização, considerar também a natureza do crime e "modus operandi" perpetrados pelo agravante, na apreciação do pedido de progressão de regime." (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0026256-74.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 14/08/2017, p: 15/08/2017)

Demais disso, ao contrário do alegado pelo agravante, de que o laudo pericial é excessivamente subjetivo, verifica-se que este se utilizou de métodos científicos, recomendáveis para essa finalidade, com exposição detalhada da metodologia utilizada nos trabalhos, o que, numa análise final, atribui credibilidade às conclusões apresentadas pelo perito, não podendo, portanto, prosperar a tese em comento.

Em relação a menção de que o referido laudo contraria a Resolução nº 012/2011, do Conselho Federal de Psicologia, mais uma vez, razão não lhe assiste, pois analisando as respostas do perito, verifica-se que não houve "prognóstico", mas "diagnóstico", onde foi feita uma análise do atual estado psicológico do examinado.

No mesmo seguimento:

> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – PROGRESSÃO DE REGIME – CONDENADO POR CRIMES HEDIONDOS – EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – ALEGADA VEDAÇÃO A PROGNÓSTICO DE REINCIDÊNCIA E OMISSÃO A QUESITO – NÃO OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – RECURSO IMPROVIDO. I Conforme dispõem as Súmulas 26 e 439, respectivamente do STF e STJ, é cabível a realização do exame criminológico dependendo das peculiaridades do caso, sendo que tal laudo não vincula o magistrado, servindo como parâmetro para a aferição do requisito subjetivo, o que in casu, mostrou-se ausente. II - Não há que se falar em nulidade quando o expert respondeu aos quesitos de forma satisfatória, dentro dos parâmetros em que foram questionados, tampouco quando o perito limitase a fazer diagnósticos ao invés de prognósticos. III Com o parecer, recurso improvido".* (TJMS. Agravo de Execução Penal nº 0033099-21.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 27/01/2019, p: 28/01/2019).

Ainda, no que tange à argumentação de que o Estado está sendo inerte pois não submete nenhum sentenciado à classificação imposta pelo artigo 8º da LEP no início do cumprimento da pena em regime fechado, tenho que está não é a via adequada para análise de referido questionamento, e que não foi feito nenhum pedido quanto a isto nestes autos, apenas uma observação, bem como, a argumentação não guarda correlação lógica com a situação em análise, já que o agravante já cumpriu mais de um 1/6 da pena, portanto, resta refutada.

Por fim, importa esclarecer que a determinação da realização do exame criminológico não se restringe aos apenados condenados pela prática de crimes hediondos, mas sim deve ser ordenada sua realização sempre que a situação concreta dos autos assim exigir.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – DETERMINAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A teor da Súmula nº 439 deste Superior Tribunal, admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. 2. As instâncias ordinárias não fundamentaram de maneira idônea a necessidade da perícia, pois, a teor dos precedentes desta Corte, a gravidade abstrata do crime objeto da execução (roubo) e a mínima vigilância do regime prisional aberto não são aspectos negativos relacionados à execução penal, a denotar a necessidade de aferição mais minuciosa do mérito subjetivo do apenado. 3. Agravo regimental não provido."* (AgRg no RHC 116.291/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/09/2019, DJe 30/09/2019)

No caso concreto, como já exposto, a realização do exame criminológico foi requerida pelo Ministério Público Estadual, dada a gravidade dos fatos delituosos e a quantidade de faltas graves cometidas durante o cumprimento da pena, não havendo que se falar em constrangimento ilegal.

Destarte, não há que se falar em nulidade do presente exame criminológico, dessa forma, acertada a decisão do juiz *a quo*, que no uso do livre convencimento motivado, entendeu por não estar preenchido o requisito subjetivo para a progressão de regime.

Ante o exposto, conheço do presente agravo em execução penal e, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, lhe nego provimento.

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. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, Des. Emerson Cafure e Desª Elizabete Anache.

Campo Grande, 31 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0007177-59.2015.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FALSA IDENTIFICAÇÃO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL – FATO TÍPICO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RESISTÊNCIA – OPOSIÇÃO ATIVA POR PARTE DO ACUSADO – MANTIDA A CONDENAÇÃO – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE JÁ ANALISADO PELO PRETÓRIO EXCELSO – IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO – APELANTE REINCIDENTE – RECURSO DESPROVIDO.

Esta relatoria segue orientação do STF, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) não alcança aquele que se atribui falsa identidade, perante a autoridade policial, com o intento de ocultar maus antecedentes ou com o propósito de não ser preso, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

O crime de resistência (art. 329, CP) requer oposição ativa por parte do resistente. No caso versando, o apelante, abordado pela força pública, entrou em luta corporal com um policial militar. O recorrente, inclusive, tentou empurrar o policial de um barranco e, por conta disso, o PM ficou com sequelas (cicatriz na região da canela). Consta que o apelante, na luta corporal, rasgou a farda do referido policial. Nesse contexto, configurado está o crime de resistência.

É constitucional a aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais. Aliás, o agravamento da pena pela reincidência, reforça os princípios da isonomia e da individualização da pena, refletindo a necessidade de maior reprovabilidade do réu que volta a delinquir.

A reincidência do apelante justifica a imposição de regime semiaberto em detrimento do menos gravoso, muito embora o *quantum* de pena tenha ficado abaixo dos 4 (quatro) anos de detenção.

Com o parecer, nega-se provimento ao recurso defensivo.

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, 3 de outubro de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Alberto Ferreira da Silva Filho interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juízo da 1ª vara criminal da Comarca de Campo Grande, que o condenou como incurso no art. 307 e 329, ambos do Código Penal, com pena total de 08 meses de detenção, em regime inicial semiaberto.

Em suas razões de f. 216-238, o apelante Alberto pleiteia a sua absolvição em relação ao crime descrito no artigo 307, do Código Penal (falsa identidade), ante a atipicidade material da conduta, nos termos do art.

386, III, CPP. Pretende, ainda, a absolvição quanto ao delito tipificado no art. 329 do Código Penal (resistência), pois não há prova suficiente para a condenação, nos moldes do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a não recepção e inconvencionalidade do instituto da reincidência, de modo a afastar qualquer consequência penal negativa ao apelante, com a posterior fixação do regime de pena na modalidade aberta, em homenagem ao princípio da individualização da pena.

Em contrarrazões de f. 242-258, o *Parquet* bate-se pelo desprovimento do recurso defensivo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso da defesa (f. 271-292).

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Alberto Ferreira da Silva Filho interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juízo da 1ª vara criminal da Comarca de Campo Grande, que o condenou como incurso no art. 307 e 329, ambos do Código Penal, com pena total de 08 meses de detenção, em regime inicial semiaberto.

Conforme relatado, o apelante Alberto pleiteia a sua absolvição em relação ao crime descrito no artigo 307, do Código Penal (falsa identidade), ante a atipicidade material da conduta, nos termos do art. 386, III, CPP. Pretende, ainda, a absolvição quanto ao delito tipificado no art. 329 do Código Penal (resistência), pois não há prova suficiente para a condenação, nos moldes do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a não recepção e inconvencionalidade do instituto da reincidência, de modo a afastar qualquer consequência penal negativa ao apelante, com a posterior fixação do regime de pena na modalidade aberta, em homenagem ao princípio da individualização da pena.

Em contrarrazões de f. 242-258, o *Parquet* bate-se pelo desprovimento do recurso defensivo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso da Defesa (f. 271-292).

Considerações iniciais.

Fato 01

Consta da peça acusatória que no dia 20 de novembro de 2015, por volta das 18 horas, cidade e Comarca de Corumbá, o denunciado Alberto Ferreira da Silva Filho, ora apelante, se opôs à execução de ato legal, mediante violência, resistindo à ordem legal emanada pelos policiais, tendo sido necessário o uso de força progressiva para sua contenção e condução à viatura policial.

Fato 02

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima descritos, por ocasião da abordagem policial, o denunciado, ciente da ilicitude de sua conduta e visando obter vantagem em proveito próprio, identificou-se falsamente como sendo Eder Pereira da Silva, com intuito de ocultar seus antecedentes criminais.

Instruído o feito regularmente, sobreveio sentença condenatória à pena privativa de liberdade total de 08 meses de detenção, em regime semiaberto.

Mérito.

Pretensão de absolvição por atipicidade da conduta.

O apelante Alberto, em síntese, diz que foi abordado por policiais e, questionado sobre sua identidade, informou nome falso; em seguida, diante das indagações policiais, acabou revelando seu verdadeiro nome.

Assevera que, "*no mais das vezes como ocorreu no caso, o fato não surte qualquer efeito, pois a polícia possui mecanismos para, de pronto, verificar a informação*".

E prossegue aduzindo que não apresentou qualquer documento falso na tentativa de ludibriar a autoridade policial, mas, tão-somente, identificou-se com o nome diverso, fato facilmente descoberto.

Justifica a sua atitude diante do medo de ser preso, uma vez que possuía mandado de prisão em aberto.

Conclui enfatizando que:

> *"(...) a conduta do agente que se atribui falsa identidade para evitar sua prisão não pode ser considerada como infração penal, faltando, portanto, justa causa à persecução da pena. Esta atitude caracteriza, na verdade, a tentativa de manutenção de sua liberdade. Assim como a lei permite que a pessoa já presa possa fugir, sem emprego de violência, considerando isso fato atípico, a atribuição de falsa identidade, com a mesma finalidade, há também de ser assim considerada."*

A tese do apelante é sedutora; contudo, está em franca dissonância com o posicionamento firmado pelas Cortes Superiores.

Por oportuno, cita-se jurisprudência do STJ:

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – DIREITO PENAL – ART. 307 DO CP – PRISÃO EM FLAGRANTE – FALSA IDENTIFICAÇÃO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL – AUTODEFESA – INEXISTÊNCIA – TIPICIDADE DA CONDUTA DE FALSA IDENTIDADE – SUBMISSÃO AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO Nº 8/2008 DO STJ.*
>
> *1.* ***Típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP).***
>
> *2. O Supremo Tribunal Federal - ao julgar a repercussão geral no RE nº 640.139/DF, DJe 14/10/2011 - reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria controvertida, no sentido de que* ***o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).***
>
> *3. Recurso especial provido exclusivamente para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP), consoante o decisum de primeiro grau, mantido, no que não contrariar este voto, o acórdão a quo. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução nº 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça."* (STJ. REsp 1362524/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 02/05/2014)." (Gn)

A questão esta consolidada no verbete sumular nº 522 do STJ: "*a conduta de atribuir-se falsa identidade perante a autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa*".

No mesmo sentido, cita-se jurisprudência deste colegiado:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO NOTURNO E FALSA IDENTIDADE – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE FALSA IDENTIDADE POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – INADMISSÍVEL – SÚMULA 522, DO STF – CRIME DE FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO – DEMONSTRADO – INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL EM DECORRÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INCABÍVEL – SÚMULA 231 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO. I - Não há falar em atipicidade da conduta, quando o acusado atribui-se falsa identidade perante autoridade policial, mesmo que vem situação de autodefesa. (...)"* (TJMS. Apelação Criminal nº 0000791-25.2016.8.12.0025, Bandeirantes, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 17/07/2019, p: 18/07/2019).

Portanto, ainda que a atribuição de falsa identidade tinha a finalidade de evitar uma prisão iminente (caso dos autos), deve o agente responder nos termos do art. 307, do Código Penal, que assim disciplina:

> *"(...) atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem – Pena detenção de 03 meses a 01 ano, ou multa, se o fato não constitui elemento e crime mais grave."*

Ademais, a confissão do ora apelante vem corroborada pelo depoimento do policial militar Adailton Ariel Taceo Gonçalves (f. 155). A propósito, colhe-se excerto do referido depoimento:

> *"(...) a gente estava em ronda pela área ali, e fomos informados por populares ali, que a pouco tinha se mudado um indivíduo lá na região e que o mesmo estaria intimidando o pessoal que mora ali na localidade com uma arma de fogo, e foi informado também para a gente que ele fazia o comércio de entorpecentes na área. Nesse dia estava eu e o Sargento Marcelino; fomos até o local para verificar a denúncia, quando chegamos próximo à residência do autor, vimos ele sentado em frente a sua residência, portando uma faca, e de início foi dado voz de abordagem e (...) quando foi dada a voz de abordagem, ele entrou para sua residência, tentando se evadir da guarnição, só que ele notou que nós dois tínhamos feito o cerco e não teria como ele sair da residência; foi dada novamente a voz de abordagem e o mesmo acatou e saiu da residência, apreendemos a faca, conversamos com ele, ele se identificou com outro nome lá, que não era o dele né, e conversando com ele as informações do nome que ele tinha passado não batia com as informações que ele estava passando para a gente, aí informamos ele que a gente ia para Delegacia, para poder fazer uma averiguação mais 'profunda' do indivíduo, logo trajeto que começamos a descer, era uma região de morro, ele tentou se evadir, aí quando nós começamos a descer ele virou bruscamente e me empurrou, né, aí foi nisso que ele tentou dar fuga, só que não conseguiu, aí no momento nós entramos em luta corporal, tentamos imobilizar ele, que aí foi necessário o uso progressivo da força para tentar conter ele, porque ele estava muito agressivo, no entanto que ele tentou me empurrar de um barranco, que eu tenho até hoje uma cicatriz na canela dessa ocorrência que eu lembro até hoje (...) conseguimos conter a fúria dele, de tentar se evadir algemamos e descemos com ele novamente (...) aí quando chegamos na Delegacia que ele apresentou o outro nome verdadeiro dele, aí foi 'constado' no sistema que ele era foragido da Gameleira (...) ele tentou me empurrar pra (sic) que eu caísse ou descesse o morro rolando né, quando ele me empurrou a minha perna esquerda, ela caiu em um buraco e nesse buraco ficou até uma marca e chegou até rasgar a minha calça, da minha farda, no dia não quis ir para o hospital, não, mas ficou uma cicatriz (...)"*

Está devidamente comprovado, destarte, que o apelante atribuiu falsa identidade porque era foragido do presídio da Gameleira, ou seja, não queria se submeter ao cumprimento da pena.

Assim, configurado o crime do art. 307 do estatuto repressor, mantém-se a sentença condenatória.

Pretendida absolvição do crime de resistência.

Com relação ao crime do art. 329 do Código Penal, o apelante pondera que somente um dos policiais militares envolvidos na abordagem foi ouvido em juízo, não havendo outro elemento de prova a demonstrar os supostos atos de resistência. Logo, o depoimento de um único policial não poderia servir à condenação do acusado.

Não assiste razão ao recorrente.

Inobstante o apelante, em juízo, negar a prática do crime em comento (resistência), os fatos foram minuciosamente relatados pelo policial militar Adailton Ariel Taceo Gonçalves. A fim de evitar tautologia, pois o depoimento do aludido policial foi transcrito no tópico anterior, colhe-se apenas o relato de maior relevância, *in verbis*:

> *"(...) Nesse dia estava eu e o Sargento Marcelino; fomos até o local para verificar a denúncia, quando chegamos próximo à residência do autor, vimos ele sentado em frente a*

sua residência, portando uma faca, e de início foi dado voz de abordagem e (...) quando foi dada a voz de abordagem, ele entrou para sua residência, tentando se evadir da guarnição, só que ele notou que nós dois tínhamos feito o cerco e não teria como ele sair da residência; foi dada novamente a voz de abordagem e o mesmo acatou e saiu da residência, apreendemos a faca, conversamos com ele, ele se identificou com outro nome lá, que não era o dele né, e conversando com ele as informações do nome que ele tinha passado não batia com as informações que ele estava passando para a gente, aí informamos ele que a gente ia para Delegacia, para poder fazer uma averiguação mais 'profunda' do indivíduo, logo trajeto que começamos a descer, era uma região de morro, ele tentou se evadir, aí quando nós começamos a descer ele virou bruscamente e me empurrou, né, aí foi nisso que ele tentou dar fuga, só que não conseguiu, aí no momento nós entramos em luta corporal, tentamos imobilizar ele, que aí foi necessário o uso progressivo da força para tentar conter ele, porque ele estava muito agressivo, no entanto que ele tentou me empurrar de um barranco, que eu tenho até hoje uma cicatriz na canela dessa ocorrência que eu lembro até hoje (...) conseguimos conter a fúria dele, de tentar se evadir algemamos e descemos com ele novamente (...) aí quando chegamos na Delegacia que ele apresentou o outro nome verdadeiro dele, aí foi 'constado' no sistema que ele era foragido da Gameleira (...) ele tentou me empurrar pra (sic) que eu caísse ou descesse o morro rolando né, quando ele me empurrou a minha perna esquerda, ela caiu em um buraco e nesse buraco ficou até uma marca e chegou até rasgar a minha calça, da minha farda, no dia não quis ir para o hospital, não, mas ficou uma cicatriz (...)"

Com efeito, dispõe o art. 329, do Código Penal:

> *"Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário público competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.*
>
> *Pena - detenção, de dois meses a dois anos".*

Tutela-se, aqui, o regular funcionamento da Administração Pública e, em especial, a autoridade e o prestígio da função pública.

O tipo objetivo consiste na conduta de opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.

Necessário haver oposição ativa, que se refere a uma conduta positiva por parte do agente. Assim, caso o autor, para evitar à prisão, se jogue no chão ou se agarre no poste, ou criando qualquer dificuldade para a força pública executar ato legal, não haverá delito de resistência.

A propósito, cita-se jurisprudência deste Tribunal:

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ART. 329 (RESISTÊNCIA) E ART. 331 (DESACATO), AMBOS DO CÓDIGO PENAL – REJEIÇÃO PARCIAL – RECURSO MINISTERIAL – PLEITO PELA REFORMA DA DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA QUANTO AO CRIME DO ART. 329 DO CP – INVIABILIDADE – INÉPCIA DA DENÚNCIA – DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A FORMA COMO A ACUSADA TERIA RESISTIDO À PRISÃO NEM INFORMA QUE ELA TIVESSE USADO DE VIOLÊNCIA – DECISÃO SINGULAR MANTIDA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO PROVIDO. Não há que falar em crime de resistência quando não houver, por parte do acusado, emprego de violência contra os agentes públicos, então, deve ser julgada inepta a denúncia que não descreve a forma como a acusada teria resistido à prisão nem informa que ela tivesse usado de violência, limitando-se a mencionar que ela 'opôs-se à execução do ato, e foi necessário o uso de força moderada para algemá-la'. Mantida a rejeição da denúncia quanto ao crime de resistência. Recurso em Sentido Estrito ao qual, contra o Parecer, nega-se provimento."* (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0000812-39.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 11/07/2017, p: 27/07/2017).

No mesmo sentido, cita-se jurisprudência de outro Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO – EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO – AUSÊNCIA DE CERTEZA QUANTO À AUTORIA DELITIVA – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – RESISTÊNCIA – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – REFORMA DA SENTENÇA – ABSOLVIÇÃO – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DESOBEDIÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PROVA SUFICIENTE – DOSIMETRIA DA PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – - ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO (1º FATO) – ABSOLVIÇÃO – (...) RESISTÊNCIA (4º FATO) – ABSOLVIÇÃO. Os relatos dos policiais militares que atuaram na ocorrência, em juízo, não se mostraram uníssonos acerca do agir violento dos réus. Mostrou-se, assim, insuficiente o conjunto probatório acerca da violência direcionada aos policiais, razão pela qual não há outra solução senão a absolvição dos réus. A mera recusa em ser detido, mediante a tentativa de se esquivar ao ser algemado, não é suficiente para caracterizar a prática do crime de resistência. (...)"* (TJRS. Apelação-Crime nº 70080304025, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em: 31-07-2019).

No caso versando, houve oposição ativa por parte do apelante, porquanto entrou em luta corporal com o policial militar Adailton. O recorrente, inclusive, tentou empurrar o policial de um barranco e, por conta disso, o PM ficou com sequelas por conta do ataque; tem uma cicatriz na região da canela. Consta que o apelante, na luta corporal, rasgou a farda do referido policial.

Diante dessa realidade, em que pese o esforço defensivo, tem-se que a testemunha policial narrou com riqueza de detalhes a conduta típica, não havendo nos autos motivo plausível para desacreditar a palavra do agente público.

Assim, impõe-se a manutenção da condenação do recorrente pela prática do crime descrito no art. 329 do Código Penal.

Da pretensão de afastamento da agravante da reincidência.

Afirma o apelante que não se pode permitir, sob pena de se ferir os princípios constitucionais da proporcionalidade, legalidade e da proibição do *bis in idem,* que o fato criminoso que deu origem à primeira condenação possa servir de fundamento a uma agravação obrigatória de pena em relação a um outro fato delituoso ou importe em prejuízo ao *status libertatis* de um sujeito de direito.

Prossegue dizendo que "*um mesmo fato já passado em julgado, do qual o apelante já fora condenado está servindo para novamente lhe agravar sua posição jurídica, violando frontalmente o disposto no art. 8. 4. Da Convenção Americana de Direitos Humanos."*

Por fim, alega que:

> *"(...) deve ser declarada a não recepção do instituto da reincidência pela Constituição Federal de 1988, além do reconhecimento de sua inconvencionalidade por violação do art. 8.4. da Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo a não ser considerada para nenhum efeito que prejudique ou majore a sanção do apelante (...)"* (f. 233).

A tese subsidiária do apelante não merece guarida.

Com efeito, o instituto da reincidência vem previsto no arts 63 e 64, ambos do Código Penal, e tem a finalidade de reprimir, com mais veemência, aquele que, após o cometimento de crime com trânsito em julgado, vem a cometer um novo delito. Trata-se de evidente política criminal e está em pleno vigor, não havendo sequer debate jurídico atual de grande envergadura em torno do tema, sobretudo quanto à invocada inconstitucionalidade da questão.

A matéria é simples e bem sintetizada pela Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido de que agravamento da pena pela reincidência reforça os princípios da isonomia e da individualização da pena, refletindo a

necessidade de maior reprovabilidade do réu que volta a delinquir. E assim que deve ser, sob pena tratar, com pesos distintos, a conduta de um primário com aquele habituado a delinquir.

Sobre o tema, o excelso Tribunal já manifestou:

> *"(...) É constitucional a aplicação da reincidência como agravante da pena em processos criminais (CP, art. 61, I). Essa a conclusão do Plenário ao desprover recurso extraordinário em que alegado que o instituto configuraria bis in idem, bem como ofenderia os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Registrou-se que as repercussões legais da reincidência seriam múltiplas, não restritas ao agravamento da pena. Nesse sentido, ela obstaculizaria: a) cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto (CP, art. 33, § 2º, b e c); b) substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa (CP, artigos 44, II; e 60, § 2º); c) sursis (CP, art. 77, I); d) diminuição de pena, reabilitação e prestação de fiança; e e) transação e sursis processual em juizados especiais (Lei 9.099/95, artigos 76, § 2º, I e 89). Além disso, a recidiva seria levada em conta para: a) deslinde do concurso de agravantes e atenuantes (CP, art. 67); b) efeito de lapso temporal quanto ao livramento condicional (CP, art. 83, I e II); c) interrupção da prescrição (CP, art. 117, VI); e d) revogação de sursis e livramento condicional, a impossibilitar, em alguns casos, a diminuição da pena, a reabilitação e a prestação de fiança (CP, artigos 155, § 2º; 170; 171, § 1º; 95; e CPP, art. 323, III). Consignou-se que a reincidência não contrariaria a individualização da pena. Ao contrário, levar-se-ia em conta, justamente, o perfil do condenado, ao distingui-lo daqueles que cometessem a primeira infração penal. Nesse sentido, lembrou-se que a Lei 11.343/2006 preceituaria como causa de diminuição de pena o fato de o agente ser primário e detentor de bons antecedentes (art. 33, § 4º). Do mesmo modo, a recidiva seria considerada no cômputo do requisito objetivo para progressão de regime dos condenados por crime hediondo. Nesse aspecto, a lei exigiria o implemento de 2/5 da reprimenda, se primário o agente; e 3/5, se reincidente. O instituto impediria, também, o livramento condicional aos condenados por crime hediondo, tortura e tráfico ilícito de entorpecentes (CP, art. 83, V). Figuraria, ainda, como agravante da contravenção penal prevista no art. 25 do Decreto-Lei 3.688/41. Influiria na revogação do sursis processual e do livramento condicional, assim como na reabilitação* (CP, artigos 81, I e § 1º; 86; 87 e 95)." (RE 453000/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 4.4.2013.).

Desta forma, mantém-se o agravamento da pena pela reincidência do ora apelante.

Pretensão de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

O apelante, em seu último pleito, pretende a fixação do regime aberto para cumprir sua pena.

Sem razão ao recorrente.

O art. 33, § 2º, alínea *"c"*, do estatuto repressor, dispõe que o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumprir a pena em regime aberto.

O recorrente está condenado a pena inferior a quatro anos. Todavia, é reincidente. Desta forma, à luz do citado dispositivo, mantém-se o regime semiaberto fixado na sentença. A propósito:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DESCAMINHO – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – RÉU REINCIDENTE – REGIME SEMIABERTO ADEQUADO AO CASO – PRECEDENTES – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – REINCIDÊNCIA – VEDAÇÃO LEGAL – SÚMULA 7/STJ.*
>
> *I - **A reincidência do agravante justifica a imposição de regime semiaberto em detrimento do menos gravoso, muito embora o quantum de pena tenha ficado abaixo dos 4 (quatro) anos de reclusão.***
>
> *(...)*

> *Agravo regimental desprovido."* (STJ.AgRg no AREsp 998.802/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 28/02/2018).

No mesmo sentido, cita-se julgado deste Sodalício:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE DETENÇÃO – REINCIDÊNCIA – REGIME SEMIABERTO – SUMULA 269 DO STJ – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Trata-se de acusado reincidente e contra a qual não militam circunstâncias judiciais desfavoráveis, se afigura cabível o regime semiaberto para o inicial cumprimento da reprimenda corpórea, ainda que tenha sido situada em patamar inferior a quatro anos, consoante, aliás, Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Com o parecer, recurso conhecido e improvido."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0000575-73.2017.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 20/09/2019, p: 24/09/2019).

Conclusão.

Posto isso, com o parecer, nega-se provimento ao recurso defensivo.

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. Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Emerson Cafure e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 3 de outubro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Agravo de Execução Penal nº 0022226-25.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PLEITO DE REMIÇÃO – CARGA HORÁRIA DE TRABALHO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – INDEFERIMENTO – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – TRABALHO DE QUATRO HORAS DIÁRIAS DENTRO DA UNIDADE PENAL – EXCEPCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO.

Ainda que a regra geral disciplinada no artigo 126, § 1º, II, combinado com o artigo 33, *caput*, ambos da LEP, estabeleça que a jornada de trabalho não poderá ser inferior a seis horas, não se pode desconsiderar as peculiaridades de cada caso concreto, assim como a realidade do Sistema Penitenciário. Assim, a excepcionalidade poderá ocorrer, por exemplo, no caso do apenado ser designado para trabalhar nas dependências do estabelecimento penal, ou, ainda, no caso de assim prever o seu contrato de trabalho.

Desta forma, reforma-se a decisão recorrida, no sentido de que sejam somadas as horas trabalhadas inferiores a 6 horas e divididas por seis, a fim de se calcular a remição, de forma que a cada 06 horas equivalha a um dia de trabalho e, por conseguinte, a cada três dias de trabalho, um dia de pena é remida. Jurisprudência aplicada.

Recurso provido em parte, 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, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de novembro de 2019.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Ediney de Matos Ribeiro interpõe agravo em execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido de remissão de pena pelos dias trabalhados.

Em suas razões de f. 01-04, o agravante requer o reconhecimento de 63 (sessenta e três) dias trabalhados, para fins de remissão de pena.

Em contrarrazões de f. 25-30, o *Parquet* bate-se pelo improvimento do recurso defensivo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento parcial do agravo em execução (f. 40-46).

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Ediney de Matos Ribeiro interpõe agravo em execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pedido de remição de pena pelos dias trabalhados.

Conforme relatado, o agravante requer o reconhecimento de 63 (sessenta e três) dias trabalhados, para fins de remição de pena.

Em contrarrazões de f. 25-30, o *Parquet* bate-se pelo improvimento do recurso defensivo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento parcial do agravo em execução (f. 40-46).

Mérito

Pedido de remissão de pena pelos dias trabalhados.

Consta que o recorrente foi condenado à pena total de 09 anos e 04 meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 33, *caput* com a majorante do art. 40, V, ambos da Lei de Drogas.

Ao juízo da execução, o agravante pleiteou o deferimento do pedido de remição pelos 63 dias trabalhados, sob o argumento de não poder ser responsabilizado pelas falhas da Administração Pública.

O juízo *a quo* assim decidiu:

> *"Conforme atestado de trabalho apresentado à f. 42 dos autos, constata-se que o sentenciado teria trabalho por **4 horas diárias**, não tendo cumprido o tempo necessário para a remição, tendo em vista que, a norma prevista no art. 33 da LEP **prevê o mínimo 6h e o máximo de 8h diárias**.*
>
> *Sendo assim, **indefiro** o pedido de remição em razão do não preenchimento do requisito exigido."* Grifos nossos.

Sobre a questão, assim disciplina a Lei de Execução Penal:

> *"Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.*
>
> *(..)*
>
> *Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).*
>
> *§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *(...)*
>
> *II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho."*

Extrai-se dos dispositivos citados que a jornada mínima de trabalho não pode ser inferior a 06 horas e nem superior a 08 horas diárias. E mais: a remição se dará pela contagem 01 dia de pena para cada 03 dias de trabalho.

O agravante trabalhou, na unidade penal, por 63 dias, com jornada de 04 horas diárias. Em tese, pela letra fria da Lei, o recorrente não supriu o requisito objetivo para a remição, que seria o trabalho diário de no mínimo 06 horas (f. 08).

Contudo, o colendo Superior Tribunal de Justiça, atento aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, vem se posicionando no sentido de ser obrigatório o cômputo de tempo de trabalho nas hipóteses em que o Sentenciado, por determinação da própria administração penitenciária ou outra circunstância relevante, cumpra jornada inferior ao mínimo legal de 6 horas, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização do apenado. A propósito:

> *"RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DE PENA – CRITÉRIO DE CÁLCULO DO DIA TRABALHADO – JORNADA NÃO INFERIOR A 6 NEM SUPERIOR A 8 HORAS – CÔMPUTO DA REMIÇÃO EM HORAS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. A remição da pena pelo trabalho, nos termos do art. 33 c/c 126, § 1º, da LEP, exige jornada diária não inferior a seis nem superior a oito horas, contabilizando-se a quantidade de dias efetivamente trabalhados e não o simples somatório de horas. Precedentes.*
>
> *2. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, firmou posicionamento segundo o qual 'é obrigatório o cômputo de tempo de trabalho nas hipóteses em que o sentenciado, por determinação da administração penitenciária, cumpra jornada inferior ao mínimo legal de 6 (seis) horas, vale dizer, em que essa jornada não derive de ato de insubmissão ou de indisciplina do preso, diante dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização'* (RHC 136.509, Relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 27/04/2017).
>
> *3. Situação em que o apenado 'cumpre pena no regime fechado e realiza serviços de artesanato e prestação de serviços em artefatos de argila no Presídio Inspetor José Martinho Drumond' que se enquadra na hipótese excepcional adotada pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a regra contida no art. 126 da LEP acerca da jornada de trabalho.*
>
> *4. Recurso desprovido. "* (STJ. REsp 1721257/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018).

Considerando que o agravante laborou, dentro da unidade penal, por 63 dias, deve ser enquadrado na hipótese excepcional adotada pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a regra contida no art. 126 da LEP, acerca da jornada de trabalho.

Assim, conforme pontuado pela Procuradoria-Geral de Justiça, o caso em comento sugere a realização de cálculo diverso, consistente na soma das horas efetivas de trabalho, dividindo-a por seis (número mínimo de horas exigido pelo art. 33 da LEP). O resultado será o número de dias trabalhados efetivos, que serão considerados para a remição de pena.

No caso em apreço, o agravante trabalhou, repita-se, 04 (quatro) horas diárias por 63 (sessenta e três) dias, resultando em 252 (duzentos e cinquenta e duas) horas efetivamente trabalhadas. Dividindo-se por 06, resta 42 (quarenta e dois) dias trabalhados.

Ora, 42 dias trabalhados resulta em 14 (quatorze) dias remidos. Nesse sentido, cita-se jurisprudência de dois Tribunais:

> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO – CÔMPUTO DA JORNADA DE TRABALHO INFERIOR A SEIS HORAS DIÁRIAS – POSSIBILIDADE – CÁLCULO QUE DEVE CONSIDERAR O TOTAL DE HORAS TRABALHADOS DIVIDIDO PELA JORNADA MÍNIMA DE 06 HORAS – EXISTÊNCIA*

DE FRAÇÃO DIANTE DA DIVISÃO DOS DIAS TRABALHADOS POR AQUELES NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA REMIÇÃO – DECLARAÇÃO DE MAIS UM DIA REMIDO – INVIABILIDADE.

Sendo de seis horas a jornada mínima de trabalho do preso, os dias laborados em carga horária inferior devem ter suas horas de efetivo trabalho somadas, dividindo-se o resultado por seis, achando-se, então, o número de dias trabalhados que serão considerados para efeito do cálculo da remição." (...) (TJMG. Agravo em Execução Penal nº 1.0024.15.029686-1/001. Relator: Des. Furtado de Mendonça. 6ª Câmara Criminal. Julgamento: 04.06.2019. Publicação: 10.06.2019.

"EMENTA – EXECUÇÃO PENAL – AGRAVO – REMIÇÃO – CARGA HORÁRIA DE TRABALHO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – INDEFERIMENTO – INSURGÊNCIA DEFENSIVA. Ainda que a regra geral (artigo 126, II, combinado com o artigo 33, caput, ambos da LEP) estabeleça que a jornada de trabalho não poderá ser inferior a seis horas, não se pode desconsiderar as peculiaridades de cada caso, assim como a realidade do sistema penitenciário, momento em que ela não será aplicada. De fato, tal situação poderá ocorrer, por exemplo, no caso do apenado ser designado para serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal (parágrafo único do artigo 33 da LEP) ou, ainda, no caso de assim prever o seu contrato de trabalho. Desta forma, vai reformada a decisão recorrida, no sentido de que sejam somadas as horas trabalhadas inferiores a 6 horas e divididas por seis a fim de se calcular a remição, chegando-se a cada seis horas a um dia de efetivo trabalho, correspondendo cada três dias de trabalho a um dia de pena a ser remida. Jurisprudência do STF. Parecer do Ministério Público pelo provimento do recurso. Agravo Defensivo Provido." (TJRS. Agravo, Nº 70078104312, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 15-08-2018).

Concluindo, deve ser parcialmente reformada a decisão, a fim de ser considerado 42 (quarenta e dois) dias trabalhados, e não 63 (sessenta e três), o que resulta em 14 (quatorze) dias de remição de pena.

Posto isso, com o parecer, dá-se provimento parcial ao recurso defensivo, para o fim de considerar 42 dias de trabalho em favor do agravante, o que resulta em 14 (quatorze) dias de remição de pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

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, 21 de novembro de 2019.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0006938-26.2013.8.12.0008 – Corumbá

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – QUANTIA LEVANTADA POR ADVOGADO – DINHEIRO NÃO REPASSADO AO CLIENTE – DOLO CONFIGURADO – CONDUTA TÍPICA – PROVAS ROBUSTAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – PENA BASILAR – PEDIDO DE EXCLUSÃO DAS MODULADORAS NEGATIVAS NA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – NÃO ACOLHIMENTO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE NEGATIVADAS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RECURSO IMPROVIDO.

Pratica o crime de apropriação indébita aquele que se apropria de coisa alheia móvel. *In casu*, estando devidamente comprovada que o causídico levantou dinheiro da cliente, advindo de indenização recebida em ação cível, mas não efetuou o devido repasse do dinheiro em extenso lapso temporal, demonstra o dolo de apropriar de tal quantia como se dono fosse, configurando assim o crime de apropriação indébita.

No caso, a circunstância judicial da culpabilidade não se revela como inerente ao próprio tipo penal, uma vez que a apropriação perpetrada pelo apelante recaiu sobre numerário pertencente à sua cliente, oriundo de uma indenização alcançada por meio de um processo judicial, além do que, o recorrente realizou o saque do dinheiro, depositado em conta judicial, em dezembro de 2009, sendo que não trouxe para os autos nenhuma prova ou, sequer, indícios de que tenha procurado sua cliente para fazer a entrega do numerário antes de ser procurado em 2013. Assim, o grau de culpa do agente deve ser maior em tais situações, havendo uma reprovação social com maior intensidade, especialmente pelo fato de que a vítima saiu vencedora em demanda judicial, onde pleiteava uma reparação por dano de ordem material, porém, quando chegou o momento do recebimento da indenização, teve o dinheiro apropriado indevidamente pelo próprio advogado. Circunstância judicial mantida como negativa ao réu.

Na hipótese dos autos o que se denota é uma consequência maior do crime, que vai além do prejuízo patrimonial experimentado pela vítima, já que até a oitiva da vítima em juízo em 31/08/2017, os valores apropriados pelo réu ainda não haviam sido restituídos, isto passado mais de 07 (sete) anos do fato. Ademais, a própria vítima relatou que quando procurou seu causídico, ora apelante, para receber sua indenização, este fez promessa de devolução dos valores, contudo não cumpriu com o quanto assumido, fazendo com que a ofendida suportasse novos prejuízos, decorrentes da contratação de outro advogado para ingressar com ação judicial para receber o *quantum* lhe era devido. Deste modo, o elevado prejuízo causado à vítima requer uma resposta penal mais severa, servindo como fundamento para recrudescer a pena basilar em razão das consequências do crime, atendendo-se, assim, os princípios da individualização e proporcionalidade da pena. Portanto, afigura-se como correta a valoração negativa da circunstância judicial relativa às consequências do delito.

Com o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de dezembro 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 R. de A. C. contra a sentença (f. 242-248), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal condenou-o à pena de 02 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, e 113 (cento e treze) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, pela prática do crime de apropriação indébita (art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal). A pena corpórea foi substituída por duas restritas de direitos, consistente em prestação pecuniária e de serviços à comunidade.

Em razões recursais (f. 253-264), o apelante pede a sua absolvição por atipicidade da conduta, ante a ausência de dolo. Subsidiariamente, pretendeu a exclusão das circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como negativas na 1ª fase da dosimetria da pena, requerendo a fixação da pena-base em seu mínimo legal.

Nas contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer o improvimento do recurso (f. 290-298).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer, opina-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do apelo defensivo (f. 310-319).

Houve prequestionamento de matérias.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por R. de A. C. contra a sentença (f. 242-248), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal condenou-o à pena de 02 (dois) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, e 113 (cento e treze) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, pela prática do crime de apropriação indébita (art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal). A pena corpórea foi substituída por duas restritas de direitos, consistente em prestação pecuniária e de serviços à comunidade.

Em razões recursais (f. 253-264), o apelante pede a sua absolvição por atipicidade da conduta, ante a ausência de dolo. Subsidiariamente, pretendeu a exclusão das circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como negativas na 1ª fase da dosimetria da pena, requerendo a fixação da pena-base em seu mínimo legal.

Nas contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer o improvimento do recurso (f. 290-298).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer, opina pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do apelo defensivo (f. 310-319).

Narra a denúncia:

> *"No dia 17 de dezembro de 2009, por volta das 08:00 horas, na Caixa Econômica Federal, Centro, nesta Cidade e Comarca, o denunciado R. de A. C. apropriou-se da quantia de R$ 7.345,17 (sete mil, trezentos e quarenta e cinco reais e dezessete centavos) da vítima M. A. de O.*

Prova o respectivo procedimento investigatório que o denunciado foi constituído como advogado da vítima na Ação Declaratória nº 0100126-83.2007.8.12.0008 movida contra a empresa Brasil Telecom sendo que a lide foi resolvida e declarado ganho de causa à vítima. No dia dos fatos foi depositado na subconta vinculada ao processo o valor acima referido (f. 06-07). Todavia, o denunciado fez o levantamento conforme guia de levantamento de f. 09 e não repassou o referido dinheiro à vítima, apropriando-se da quantia percebida.

Assim agindo, o denunciado apropriou-se indevidamente em razão de sua profissão de coisa alheia móvel da vítima M. A. de O.".

É o relatório, passa-se à decisão.

Pleito absolutório.

Inicialmente, destaca-se que a condenação deverá ser mantida.

A materialidade está demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (f. 06, f. 39 e f. 90), pelo extrato de movimentação de subconta junto a este Tribunal de Justiça (f. 09), guia de levantamento (f. 11), além da prova oral produzida.

A autoria, por seu turno, é certa e recai sobre o apelante, pois é inconteste que o mesmo atuava como causídico da vítima no processo judicial nº 0100126-83.2007.8.12.0008, procedendo-se ao saque de numerários a ela pertencentes, sem que tenha ocorrido nenhum repasse, muito embora afirme que não tinha intenção de se apropriar de tais valores.

A questão dos autos, portanto, cinge-se à análise da presença ou não do elemento subjetivo do tipo penal de apropriação, qual seja, o dolo.

Como é cediço, para que se caracterize o crime de apropriação indébita é necessária a presença do elemento subjetivo, qual seja, o dolo genérico – *animus rem sihi habendi* - constituído pela vontade livre e consciente de apropriar-se do produto de que sabia não ser o dono, e, sob a modalidade de negativa de restituição, a configuração do crime depende da atuação dolosa do agente de não restituir o bem ao seu proprietário.

Nas lições de Rogério Greco "*apropriar deve ser entendido no sentido de tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se, indevidamente de uma coisa alheia móvel, de que tinha a posse ou a detenção*". (Código Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Impetus, p.639).

A vítima em seu interrogatório extrajudicial (f. 80) declarou que:

"(...) a declarante alega que ingressou com ação civil contra a empresa Brasil Telecom, tendo contratado os serviços advocatícios do autor; que, no ano de 212, através de checagem junto ao site do Tribunal de Justiça deste Estado, a declarante tomou conhecimento de que o seu processo não estava disponível, tendo então procurado o advogado Ronaldo, o qual, em princípio, não lhe atendeu, mas que diante da insistência da declarante, naquela mesma ocasião conseguiu conversar com o advogado; que, no início deste ano (2013), Ronaldo explicou que havia o 'alvará tinha saído', mas que tinha repassado o caso para outro advogado, pois tinha viajado na época; que, diante das insistentes buscas de informações com o advogado e o mesmo não dar uma solução para o fato, decidiu ir diretamente até o Fórum desta cidade, onde soube que os valores do ganho da causa haviam sido sacados no ano de 2009 pelo próprio advogado Ronaldo; que, ficou desesperada, conversou com o Juiz e o Presidente da OAB para intercederem a seu favor, mas foi orientada a registrar ocorrência; que, não voltou a conversar como autor Ronaldo após os fatos, sendo que este tentou compor acordo com o advogado constituído pela declarante para tratar do recebimento de sua indenização, mas Ronaldo disse que pagaria somente o valor que sacou, deduzido seus honorários advocatícios (...)".

Em juízo (f. 181 – gravação audiovisual), a vítima ratificou a história contada extrajudicialmente, acrescentando que até então, praticamente mais de 07 (sete) anos dos fatos, ainda não houve o ressarcimento dos valores.

O acusado não compareceu em juízo para ser interrogado.

Pois bem.

No caso presente, não há como prosperar a afirmação do apelante de que não possuía o dolo de apropriar-se dos valores pertencentes à sua cliente, isso porque, mesmo ao ser procurado para restituir o numerário, não o fez prontamente, fazendo com que a vítima tivesse que ingressar com uma demanda em juízo, visando o recebimento do que lhe é devido.

Assim, não há como afastar o elemento volitivo (dolo), exigível para o crime de apropriação indébita, uma vez que o apelante jamais devolveu a indenização alcançada pela vítima.

Portanto, *in casu*, o crime de apropriação indébita restou consumado no momento em que o réu não repassou os valores para a vítima, apropriando-se de tais numerários como se toda integralidade lhe pertencesse, o que prova o *animus rem sibi habendi* na conduta.

Ao contrário do sustentado pela defesa, o cenário apresentado pelas provas produzidas é suficiente para caracterizar a tipicidade do fato praticado, já que o dolo de apossamento definitivo da coisa restou demonstrado.

A propósito do assunto, leciona Cézar Roberto Bitencourt:

> *"No crime de apropriação indébita, como já referimos, há uma inversão do título da posse, já que o agente passa a agir como se dono fosse da coisa alheia de que tem a posse legítima. É fundamental a presença do elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria, como elemento subjetivo especial do injusto, sob pena de não configurar a apropriação indevida."* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 5. ed. São Paulo:Saraiva, 2009)

Nesse sentido, colaciona-se recente decisão desta Corte de Justiça, proferida em semelhante caso, vejamos:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA – ART. 168, § 1º, III, CP – VALOR LEVANTADO POR ADVOGADO – NUMERÁRIO NÃO REPASSADO A CLIENTE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – TIPICIDADE CONFIGURADA – DOLO EVIDENCIADO – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER. 1. Comete o delito de apropriação indébita quem apropria-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção, situação suficientemente comprovada na hipótese em que o advogado levanta dinheiro de cliente, oriundo de ação cível, mas não efetua o devido repasse do valor, tampouco adota qualquer providência a respeito e se apropria de quantia durante expressivo lapso temporal, como se dono fosse, apesar das diversas suplicas da vítima, realçando o dolo com que se norteou. 2. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões."* (TJMS. Apelação Criminal nº 0000857-55.2015.8.12.0052, Anastácio, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 16/08/2019, p: 19/08/2019).

Assim, restando evidente o dolo de apropriação, elemento essencial ao tipo penal previsto no art. 168, do Código Penal, torna-se impossível falar em absolvição.

Pena-base.

Insurge-se o recorrente com relação a dosimetria da pena realizada na sentença, alegando que a pena-base deve ser fixada em seu mínimo legal, já que as circunstâncias judiciais foram mal valoradas.

A pena basilar do apelante restou assim fixada:

> *"Analisando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do réu, deve lhe prejudicar, porquanto permaneceu com o dinheiro da vítima por aproximadamente três anos, sem sequer informá-la do resultado da ação judicial, o que extrapola a elementar do tipo; os antecedentes não lhe prejudicam, uma vez que ausentes condenações criminais com trânsito em julgado; não há elementos nos autos capazes de aferir sua conduta social ou sua personalidade, de modo que não lhe prejudicam; os motivos da prática da infração penal não lhe prejudicam, pois comuns à espécie; as circunstâncias foram normais à espécie; as consequências do crime devem lhe prejudicar, já que, conforme comprovado em instrução criminal, até o momento não houve o pagamento do valor devido à vítima, quantia esta considerada elevada; o comportamento da vítima em nada influenciou a prática do crime.*
>
> *Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e ao pagamento de 97 (noventa e sete) dias-multa".*

Assim, constata-se que foram consideradas como desfavoráveis as vetoriais inerentes culpabilidade e consequências do crime.

Ocorre que, examinando a fundamentação exarada na sentença, verifica-se que as circunstâncias judiciais foram corretamente valoradoras pelo juízo *a quo*, devendo ser mantidas, explica-se.

Culpabilidade.

In casu, não obstante os argumentos lançados no apelo defensivo, a circunstância judicial da culpabilidade não se revela como inerente ao próprio tipo penal, uma vez que a apropriação perpetrada pelo apelante recaiu sobre numerário pertencente à sua cliente, oriundo de uma indenização alcançada por meio de um processo judicial.

Soma-se a isso, ainda, o fato de que o recorrente realizou o saque do dinheiro, depositado em conta judicial, em dezembro de 2009, sendo que não trouxe para os autos nenhuma prova ou, sequer, indícios de que tenha procurado sua cliente para fazer a entrega do numerário antes de ser procurado em 2013.

Ora, em casos dessa natureza, onde o advogado constituído, detentor, inclusive, de poderes especiais para receber e dar quitação, o grau de reprovabilidade da conduta do réu deve ser maior, mormente pelo fato de que a vítima nutria e depositava enorme confiança no profissional contratado.

Não se descuida que o grau de culpa do agente deve ser maior em tais situações, havendo uma reprovação social com maior intensidade, especialmente pelo motivo da vítima ter saído vencedora em demanda judicial, onde pleiteava uma reparação por dano de ordem material, porém, quando chegou o momento do recebimento da indenização, teve o dinheiro apropriado indevidamente pelo próprio advogado.

Deste modo, amparando-se em critérios doutrinários e jurisprudenciais, mostra-se como coerente e acertada a fundamentação exarada na sentença para negativar a vetorial da culpabilidade.

Segundo Ricardo Augusto Schmitt[1]:

> *"A circunstância em questão se revela como sendo um juízo de reprovação que recai sobre o agente imputável que praticou o fato ilícito de forma consciente, cuja conduta poda não praticá-la ou evitá-la, se quisesse, desde que tivesse atendido aos apelos da norma penal. É o grau de censura da ação ou omissão do réu que deve ser valorada a partir da existência*

1 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória** - aspectos e práticos e teóricos à elaboração. 4. ed. Jus Podivm. p. 88.

de um plus de reprovação social de sua conduta. Está ligada a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, as quais devem ser graduadas no caso concreto, com vistas a melhor adequação da pena-base".

Portanto, não é o caso de decote na pena basilar da moduladora inerente a culpabilidade, já que tal circunstância, assinalada como negativa, é condizente com o caso concreto.

Consequências do crime.

A moduladora em exame também é de ser mantida como desfavorável ao apelante na exasperação da pena-base.

O juízo monocrático entendeu que as consequências do crime prejudicam o réu, já que até o momento da instrução criminal não houve a restituição do valor devido à ofendida, sendo que a quantia pode ser considerada, inclusive, como elevada.

Não se descuida que o tipo penal em exame pune justamente a apropriação de bens alheios, em razão do oficio, emprego ou profissão.

Todavia, na hipótese dos autos o que se denota é uma consequência maior do crime, que vai além do prejuízo patrimonial experimentado pela vítima, já que até a oitiva da vítima em juízo em 31/08/2017 (f. 181 – gravação audiovisual) os valores apropriados pelo réu ainda não havia sido restituídos, isto passado mais de 07 (sete) anos do fato.

Além do que, a própria vítima relatou que quando procurou seu causídico, ora apelante, para receber sua indenização, este fez promessa de devolução dos valores, contudo não cumpriu com o quanto assumido, fazendo com que a ofendida suportasse novos prejuízos, decorrentes da contratação de outro advogado para ingressar com ação judicial para receber o *quantum* lhe era devido.

Por tais motivos, constata-se que o elevado prejuízo causado à vítima requer uma resposta penal mais severa, servindo como fundamento para recrudescer a pena basilar em razão das consequências do crime, atendendo-se, assim, os princípios da individualização e proporcionalidade da pena.

Sendo assim, afigura-se como correta a valoração negativa da circunstância judicial relativa às consequências do delito.

A propósito, colhe-se jurisprudência deste Sodalício:

"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. Em parte com o parecer, recurso defensivo parcialmente provido, apenas para reduzir a pena-base, ficando o apelante condenado à pena definitiva de 01 ano, 05 meses e 23 dias de reclusão e 58 dias-multa, no regime inicial aberto, sendo substituída por restritivas de direitos, nos termos da sentença." (TJMS. Apelação Criminal nº 0005469-08.2014.8.12.0008, Corumbá, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Waldir Marques, j: 24/04/2019, p: 26/04/2019).

Assim, mantém-se a exasperação da pena-base nos moldes realizados na sentença.

Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento formulado, deixa-se de promover a abordagem específica dos dispositivos legais suscitados, uma vez que a matéria neles contemplada foi amplamente debatida e decidida, consoante entendimento desta Egrégia Corte de Justiça.

Diante do exposto, com o parecer, nega-se provimento ao recurso interposto por R. de A. C., mantendo-se intacta a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

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, 12 de dezembro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
Recurso em Sentido Estrito nº 0000775-48.2015.8.12.0044 – Sete Quedas

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR EXCESSO DE LINGUAGEM – NÃO CONFIGURADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – INVIABILIDADE – QUALIFICADORAS DE MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – INCABÍVEL A EXCLUSÃO – MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há falar em excesso de linguagem, eis que o magistrado singular ao fundamentar a decisão de pronúncia não proferiu qualquer juízo valorativo acerca das provas constantes dos autos, mas demonstrou com moderação e prudência a viabilidade da acusação.

Comprovada a materialidade delitiva e havendo indícios da prática do delito de homicídio qualificado, mostra-se inviável a desclassificação da conduta, pois o dolo deve ser analisado pelo júri quando não há comprovação de plano da inexistência do intento de matar.

Não prospera a pretensa descaracterização das qualificadoras do motivo fútil 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").

Em parte 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 unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Robson Lopes da Silva interpôs recurso em sentido estrito contra a sentença que o pronunciou pelo delito previsto no art. 121, § 2º, incisos II e VI, do Código Penal, contra a vítima Silvano de Sales dos Santos.

Em razões recursais, às f. 187-202, a defesa requer, preliminarmente, a anulação da decisão de pronúncia, por excesso de linguagem; subsidiariamente, pede a desclassificação do delito de homicídio para

o crime de lesão corporal seguida de morte e, ainda, pela a exclusão das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Em contrarrazões, às f. 215-233, o *Parquet* pugna pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 250-262, pelo provimento parcial.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Robson Lopes da Silva interpôs recurso em sentido estrito contra a sentença que o pronunciou pelo delito previsto no art. 121, § 2º, incisos II e VI, do Código Penal, contra a vítima Silvano de Sales dos Santos.

Em razões recursais, às f. 187-202, a defesa requer, preliminarmente, a anulação da decisão de pronúncia, por excesso de linguagem; subsidiariamente, pede a desclassificação do delito de homicídio para o crime de lesão corporal seguida de morte e, ainda, pela a exclusão das qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Narra a denúncia:

> *"(...) Consta do incluso inquérito policial, que no dia 15 de maio de 2015, por volta das 18h30min, no estabelecimento comercial intitulado como bar "Sol Nascente", localizado na Rua João Ponce de Arruda, nº 119, vila nova, na cidade de Paranhos MS, o denunciado Robson Lopes da Silva, com manifesto "animus necandi", munido de um revólver calibre 38, desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima Silvano de Sales dos Santos, atingindo lhe a região do crânio bem como o ombro esquerdo, provocando as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito necroscópico de f. 66-67, as quais, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente da morte do mesmo.*
>
> *Infere-se do presente caderno investigatório que no dia, local e hora, supracitado, o denunciado, e mais algumas pessoas, sendo elas Jose Gabriel de Souza vulgo "Bil", Natanael Lopes da Silva (avô do autor) e Roberto Nunes de Aquino (Betão), estavam no, bar acima transcrito, no município de Paranhos MS.*
>
> *Segundo se apurou, nas circunstâncias acima delineadas a vítima Silvano de Sales dos Santos dirigiu-se momentos antes da fatalidade até a residência de sua ex-convivente, a fim de levar quantia em dinheiro para custear a consulta médica de seu filho.*
>
> *Neste eito, Silvano deslocou-se até o bar "sol nascente", onde achavam-se os presentes citados, momento em que após uma desavença no referido estabelecimento comercial, o denunciado Robson sacou o revólver que trazia consigo e efetuou disparos de arma de fogo em face da vítima, atingindo-lhe a região do crânio bem como o ombro esquerdo, provocando as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito necroscópico de f. 66-67, as quais foram causa suficiente de sua morte.*
>
> *Apurou-se que o denunciado agiu por motivo fútil, pois o ensejo do delito é destituído de qualquer causa relevante, não havendo nada de substancial em suas razões, uma vez que Robson deflagrou os tiros na vítima após uma desavença ocorrida em um bar.*
>
> *Apurou-se ainda que o crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, uma vez que o denunciado efetuou disparos sem que a vítima pudesse se defender, pois inicialmente efetuou um disparo não fatal em face da vítima, a qual questionou porque o denunciado havia lhe atirado, ocasião em que o denunciado efetuou pelo menos mais 01 (um) disparo que atingiu a região do crânio da vítima vindo ela a falecer. (...)"*

Preliminar de nulidade por excesso de linguagem

O recorrente sustenta que o juízo *a quo* incorreu em excesso de linguagem na fundamentação da decisão de pronúncia, pois *"deixou muito claro o posicionamento particular do julgador, que ao destacar os depoimentos, diversas vezes, comprometeu o recorrente"*, obrigando, dessa forma, a competência do Conselho de Sentença.

Transcreve-se, para melhor compreensão, parte do *decisum* hostilizado (f. 175-182), *in verbis*:

> *"(...) Cuidam os autos de ação penal pública incondicionada que imputa ao acusado Robson Lopes da Silva, a prática de delito de homicídio qualificado.*
>
> *Pois bem, a presente decisão expressa apenas juízo de admissibilidade da acusação e tem caráter nitidamente processual onde se conclui a primeira etapa do procedimento de processos da competência do Tribunal do Júri.*
>
> *Trata-se de decisão do juízo de admissibilidade da acusação, portanto, restrita ao campo processual, marco inicial da fase judicium causae, bastando, para tanto, que dois requisitos exigidos sejam preenchidos, ou seja, a existência do crime e de indícios de que o réu seja o autor.*
>
> *O artigo 413, cabeça, do Código de Processo Penal dispõe:*
>
> *O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.*
>
> *Na espécie, tenho que a materialidade delitiva encontra-se cabalmente comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 09-10); exame pericial do local do crime (f. 11-12; levantamento fotográfico (f. 13-15); certidão de óbito da vítima Silvano de Sales dos Santos (f. 26); laudo de exame em projéteis (f. 61-63) e laudo de exame de necroscópico de f. 71-72.*
>
> *Da mesma forma, há indícios suficientes de autoria por parte do réu no crime em questão.*
>
> *Vejamos.*
>
> *Na fase extrajudicial, sobre os fatos, foram ouvidas as testemunhas Natanael Lopes da Silva, José Gabriel de Souza, Jéssica Rodrigues da Rocha e Roberto Antunes de Aquino.*
>
> *Natanael, contou ser avô do réu Robson. Bil e Robson estavam no seu bar, quando chegou a vítima Silvano e já começou a brigar com os dois. Silvano deu um soco no olho e uma mordida em Robson, foi quando este (Robson) sacou de um revólver e atirou por três vezes contra a vítima, matando-a. Desconhecia qualquer inimizade entre eles.*
>
> *Do depoimento da testemunha José Gabriel de Souza, de alcunha "Bill", contou ele que estava no bar de Natanael e na companhia de Robson. A vítima Silvano ali chegou e sem nada dizer passou a brigar com o depoente entrando em luta corporal. Nisso Robson tentou separar a briga, mas também acabou entrando em luta corporal com Silvano. Daí o depoente com a ajuda de Natanael separaram os dois. Silvano voltou a brigar com o depoente, quando nesse momento foi alvejado por um disparo de arma feito por Robson. A vítima foi em direção ao balcão quando recebeu outro disparo e quando ela indagou a Robson porque tinha feito aquilo, Robson voltou-se na direção da vítima e efetuou mais um disparo. Em seguida foram embora dali. Soube que o motivo da briga era porque ele (depoente) teve um relacionamento amoroso com a ex mulher de Silvano (f. 55-56).*
>
> *Jéssica Rodrigues da Rocha, confirmou que os comentários da briga eram em decorrência de um relacionamento amoroso havido entre a ex-mulher de Silvano (vítima) e Bil (Gabriel) – f. 18-19.*
>
> *Roberto Antunes de Aquino, frequentador do bar do Natanael, contou à polícia judiciária que estava no local do crime, quando ali chegou Silvano e já começou a brigar*

com o Bil e Robson. Cessada a briga a vítima sentou-se ao seu lado em um tamborete, quando ouviu dois disparos de arma realizados por Robson. A vítima se levantou e foi na direção de Robson, perguntando porque que ele tinha feito aquilo, momento que Robson retornou e levou o revolver na direção da cabeça da vítima efetuando mais um disparo (f. 21-22).

O réu, por seu turno, na fase investigativa confirmou os fatos. Contou que estava no bar de seu avô Natanael na companhia de Bil. A vítima chegou e já lhe desferiu um soco no solho e lhe mordeu na altura do tórax lado esquerdo. Nisso alguém separou a briga. Em seguida o interrogando fez três disparos de arma contra a vítima, utilizando-se de um revolver calibre .38 que carregava consigo naquele dia. Contou que tinha a intenção só de parar Silvano. Disse que comprou a arma no Paraguai e depois dos fatos a vendeu naquele país para um desconhecido.

Em Juízo, Natanael Lopes da Silva, dono do bar relatou que Robson e Bil estavam no bar tomando pinga. Logo chegou a vítima Silvano e falou para o Bil que era ele quem queria e já começaram a brigar. Robson tentou apartar a briga, mas acabou se envolvendo na briga. Robson sacou de uma arma e atirou contra Silvano. A vítima não estava armada, mas acredita que Robson agiu para defender-se. Robson e Silvano se conheciam de vista. Teve conhecimento por comentários de que Robson e Bil tinham um desentendimento familiar.

De seu turno a testemunha Roberto Antunes de Aquino, em seu depoimento judicial, disse poder afirmar que foi o Robson quem matou a vítima. Robson atirou por duas vezes na direção do peito da vítima, e um terceiro tiro foi dado na direção da cabeça dela. O causador do problema foi o Bil. Que os três, vítima, Bill e o Robson brigaram, "estavam embolados".

O policial Ângelo de Souza Nascimento, ouvido judicialmente, disse ter recebido um chamado pelo 190, isso por volta das 16:30 hs ou 19:00 hs, e se dirigiu para o local. Lá não encontrou o suposto autor do crime, apenas a vítima já sem vida. Acionaram a polícia civil para as investigações iniciais. O proprietário do bar contou que foi o Robson quem havia feito os disparos contra a vítima. No local recolheram alguns projéteis da arma. Mesmo em busca do acusado, não lograram encontra-lo. Soube por comentários de quem estava no local, que ocorreu uma briga, momento que o Robson sacou da arma e alvejou o Silvano. O depoente escutou do dono do bar que do "nada" autor e vítima começaram a discutir, não sabendo precisar de outras informações.

Ao ser interrogado pelo juízo, o réu Robson, assim como na fase extrajudicial, confessou que foi ele quem teria atirado e ceifado a vida de Silvano. Disse que estava jogando sinuca com o Bil, quando a vítima chegou e já lhe deu um soco no rosto. Começaram a brigar e a vítima ainda lhe deu uma mordida. Quando conseguiu se desvencilhar da vítima, levantou-se, sacou da arma e fez dois disparos na direção dela que estava caída. Depois que a vítima se levantou e foi na sua direção, então apontou o revolver para a cabeça dela e fez o último disparo. Pelo que sabe, a vítima tinha um desentendimento com o Bil devido a situações que envolvia a ex-mulher de Silvano, mas nunca teve problemas com ele (réu). A vítima não estava armada. Após mata-la, ele foi para o Paraguai e depois de alguns dias se apresentou na delegacia. Disse que não tinha intenção de matar, mas na hora da raiva acabou atirando.

Sem adentrar no mérito, verifico ainda que as qualificadoras (motivo fútil e recurso que dificultou a defesa do ofendido), devem ser mantidas e submetidas à análise do juiz natural formado pelo Tribunal Popular.

Deveras, não é caso de impronúncia, já que restou demonstrada a materialidade dos fatos e há indícios de que o denunciado seja o autor.

Esclareço ainda que a tese de desclassificação do crime para lesão corporal seguida de morte deve ser julgada pelo tribunal competente. Isso porque não é possível afastar, de plano, o animus necandi, considerando a região onde a vítima foi atingida (no abdômen e cabeça), sendo que a análise aprofundada da questão da existência ou não da intenção de matar também deve ser remetida ao Conselho de Sentença.

Em tais circunstâncias, compete ao Tribunal do Júri apreciar melhor a matéria, sendo vedado ao juiz um aprofundamento na análise das provas e do próprio mérito, sob pena de influenciar na opinião dos jurados."

Nesse sentido:

"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO PARA DELITO QUE NÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – IMPOSSIBILIDADE – AFASTAMENTO DE QUALIFICADORA – INCABÍVEL – COMPETÊNCIA DO JUÍZO POPULAR – RECURSO IMPROVIDO. 1. A presença de indícios suficientes de autoria e materialidade recomenda a aferição do delito pelo Tribunal do Júri. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da sentença que pronunciou o réu, inviabilizando o acolhimento da tese de desclassificação para delito fora da competência do Júri, por ausência de animus necandi na conduta da acusada. 2. 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, o que não ocorreu no caso em apreço. 3. Recurso improvido, com o parecer." (TJMS. Recurso em Sentido Estrito nº 0002281-75.2017.8.12.0016, Mundo Novo, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 29/03/2019, p: 01/04/2019)

"Aliás, nesta fase processual, não impera o princípio do in dubio pro reo, mas tão-somente o princípio do in dubio pro societate, para o qual, em caso de dúvida, esta há de ser dirimida em favor da sociedade, submetendo-se a pessoa acusada a julgamento em plenário.

Concluindo, tal crime é da competência do Tribunal do Júri, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, aliena 'd', razão pela qual deve ser decidido por um corpo de jurados, nomeado para tal decisão.

Assim, com fundamento no artigo 413 do Código de Processo Penal, pronuncio Robson Lopes da Silva, do sexo masculino, solteiro, pedreiro, nascido em 21.01.1992, portador do Cadastro de Pessoa Física nº 048.090.801-02, filho de Renaldo Lopes da Silva e Maurina Silva, natural de Paranhos -MS, residente na Rua João Ponce de Arruda, nº 229, bairro Vila Nova, em Paranhos MS, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso II e VI do Código Penal. (...)"

Inexiste o alegado excesso, pois o contexto em que os argumentos foram expostos demonstram moderação e prudência nas afirmativas do magistrado.

Embora a decisão que encerra a fase do *iuditium acusationis* deva ser sóbria e comedida quanto à linguagem, deve indicar a materialidade e apontar os indícios de autoria.

A pronúncia, tal como lançada, encerrou tão somente juízo de admissibilidade da acusação, consistente na identificação da prova da materialidade e indícios de autoria, bem como sobre a possibilidade da incidência das qualificadoras, sem, contudo, indicar elementos que integrariam uma decisão de condenação, como determina o artigo 413, do CPP.

Não podem, desse modo, tais fundamentos ser tidos como incursão ou valoração quanto à prova, ao menos que desbordem irrazoavelmente, o que não se constata no caso em apreciação.

Além do mais, em qualquer situação, deve ainda o magistrado ponderar as circunstâncias que devem servir de arrimo para a quesitação.

Portanto, no caso vertente não que se há falar em excesso de linguagem no tocante à pronúncia.

Da desclassificação para lesão corporal.

A pronúncia não exige prova plena da autoria, bastando meros indícios de que o acusado tenha praticado o delito descrito na denúncia. A sentença de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação,

enquanto dever-poder do órgão jurisdicional competente, exigindo apenas prova da materialidade e indícios suficientes da participação do acusado na conduta criminosa, elementos que se percebem presentes *in casu*.

> *"O art. 413, do CPP, é claro no sentido de que o "**juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria e materialidade.**"* (g.n)

Não se permite ao magistrado, nessa fase, analisar profundamente as provas, consoante o parágrafo primeiro do referido dispositivo legal:

> *"(...) 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 art. 415, do CPP, autoriza que o juiz, fundamentadamente, absolva desde logo o réu, quando estiver caracterizada uma das seguintes situações: "*I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime."*

A propósito, valiosa as anotações de Nucci:

> *"(...) Absolvição sumária: é a decisão de mérito, que coloca fim ao processo, julgando improcedente a pretensão punitiva do Estado. A Lei 11.689/2008 introduziu outras causas determinantes dessa decisão. Pode-se absolver o réu nas seguintes hipóteses: a) não provada a existência do fato; b) não está provado ser o acusado o autor ou partícipe do fato; c) prova-se que o fato não constitui infração penal. Além disso, permanecem as causas anteriores à reforma, ou seja, quando o magistrado reconhece excludente de ilicitude ou de culpabilidade (arts. 20, 21, 22, 23, 26, caput, e 28, § 1º, do Código Penal). É preciso ressaltar que somente comporta absolvição sumária a situação envolta por qualquer das situações suprarreferidas quando nitidamente demonstradas pela prova colhida.*[1]

Também é possível que o juiz impronuncie o acusado, desde que não reste convencido da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, decisão esta chamada de impronúncia (art. 414, do Código de Processo Penal) ou, ainda, desclassifique o crime para outro que não seja de competência do Júri – art. 419, do CPP.

Guilherme de Souza Nucci afirma:

> *"Desclassificação é a decisão interlocutória, modificadora da competência do juízo, não adentrando no mérito, nem tampouco fazendo cessar o processo*" (Código de processo penal comentado, 18. ed. Forense, 2019. p. 1076).

O recorrente foi pronunciado por desferir disparos de arma de fogo na vítima, atingindo-o na região do crânio, bem como no ombro esquerdo.

A materialidade do fato vem consubstanciada pelo boletim de ocorrência (f. 09-10); exame pericial do local do crime (f. 11-12); levantamento fotográfico (f. 13-15); certidão de óbito da vítima Silvano de Sales dos Santos (f. 26); laudo de exame em projéteis (f. 61-63) e laudo de exame de necroscópico de f. 71-72 e depoimentos colhidos em juízo.

A autoria igualmente está consubstanciada pelos depoimentos colhidos.

O recorrente afirmou, em juízo, ter sido o autor dos disparos que ocasionaram a morte da vítima. Narrou que estava jogando sinuca, quando a vítima Silvano chegou e disse "é você mesmo", desferindo em seguida um golpe que o derrubou. Disse que após ter sofrido o soco de Silvano, se levantou, sacou a arma e efetuou os disparos contra a vítima, não sabendo informar onde os tiros acertaram, mas que totalizaram três, tendo dois efetuados enquanto a vítima estava deitada no chão e ele em pé. Que o último disparo foi efetuado

1 Nucci, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1069-1070.

quando a vítima já estava em pé, a aproximadamente dois metros de distância. Afirmou que o motivo dos acontecimentos foi em razão de um pouco antes do crime, a vítima teria dito à ex-exposa Márcia que "iria pegar aquele filho da puta", e então se dirigiu para o bar e iniciou a briga. (audiovisual de f. 241-242)

A testemunha Ângelo de Souza Nascimento, policial, afirmou que a polícia foi acionada via 190, que e em deslocamento até o bar, verificou que o autor do crime já não estava presente no local; que então, os policiais adotaram as providências para preservação do local do delito; que após, foi apurado que após os envolvidos terem iniciado uma discussão, Robson efetuou os disparos contra Silvano. Afirmou ainda que embora tenham sido empregadas diligências pela polícia, o autor não foi localizado. (audiovisual de f. 241-242)

Roberto Antunes de Aquino, que estava presente no bar no momento do crime, afirmou que o réu efetuou dois tiros contra o peito da vítima, e outro contra a cabeça desta.(audiovisual de f. 241-242)

Desta forma, há indícios de autoria suficientes a autorizar a pronúncia. Isso porque, na fase de pronúncia, se o acervo probatório não comprova de forma indubitável a ocorrência da pretendida desclassificação para o delito de lesão corporal seguida de morte. Ademais, é temerário fazer uma completa avaliação da intenção do agente, pois, como se sabe, o juízo natural é o júri popular.

Assim, a tese de que não houve a intenção de matar, requerendo a desclassificação para o crime de lesão corporal, não foi comprovada de plano, devendo a existência ou não do *animus necandi* ser avaliada pelo corpo de jurados.

Inexistindo prova inequívoca para a desclassificação, caberá 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.

A respeito, cito a jurisprudência:

> *"EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO SIMPLES E LESÃO CORPORAL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO ANIMUS NECANDI – DÚVIDA A SER DIRIMIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Sentença de Pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação, bastando, para tanto, que o Juiz se convença acerca da materialidade do fato e dos indícios suficientes de autoria, a teor do disposto no art. 413 do Código de Processo Penal. 2. Não há como prosperar o pedido desclassificatório para crime diverso da competência do Tribunal do Júri, quando o conjunto probatório inserto nos autos não afasta, de maneira induvidosa, o animus necandi do agente, devendo a matéria ser levada à apreciação dos Senhores Jurados, competentes para julgar os delitos dolosos contra a vida."* (TJMG. Rec em Sentido Estrito 1.0342.17.004973-4/001, Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares , 6ª Câmara Criminal, julgamento em 26/02/2019, publicação da súmula em 13/03/2019).

Inviável, portanto, o acolhimento da solução desclassificatória, até porque não seria razoável concluir, no atual estágio da *persecutio criminis*, pela ausência do *animus necandi* na conduta do agente, consoante demonstrado.

Desta feita, presentes os requisitos previstos no artigo 413, do Código de Processo Penal, o caso é de pronúncia, devendo ser mantida a decisão de 1º grau.

Das qualificadoras de motivo fútil e de recurso que dificultou a defesa da vítima.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, só podem ser excluídas da pronúncia as qualificadoras manifestamente improcedentes, isto é, quando completamente destituídas de amparo nos elementos cognitivos dos autos.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO DOLOSO – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS MANTIDAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – IMPOSSIBILIDADE – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA NÃO VERIFICADA – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS – REVISÃO – SÚMULA 07/STJ.*
>
> *I - A pronúncia é decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri. Encerra, portanto, simples juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo a certeza da autoria do crime, mas apenas a existência de indícios suficientes e prova da materialidade, imperando, nessa fase final da formação da culpa, o brocardo in dubio pro societate.*
>
> *II - É defeso ao Tribunal, ao examinar recurso em sentido estrito contra decisão de pronúncia, excluir uma qualificadora, valorando provas e aspectos particulares do caso, porquanto tal competência pertence exclusivamente ao Conselho de Sentença, juiz natural da causa.*
>
> ***III - A exclusão das qualificadoras apenas é possível quando manifestamente improcedentes e descabidas.***
>
> *IV - Afastar a conclusão das instâncias de origem, quanto à presença dos indícios de autoria e materialidade suficientes para pronunciar o réu, bem como manter as qualificadoras para serem submetida à análise do Tribunal do Júri, implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via do recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *V- Agravo Regimental improvido."* (AgRg no AREsp 417.732/PI, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 10/06/2014) (destaquei)

Considerando que a pronúncia é medida de simples admissibilidade, destinado a examinar a existência do crime e indícios de autoria, como já dito, é que, na hipótese, não se pode afirmar que as qualificadoras de recurso que dificultou a defesa da vítima e de motivo fútil seriam manifestamente improcedentes ou descabidas.

No caso dos autos, na forma como se deram os fatos, não há como afastá-las de plano, por manifesta improcedência; pelo contrário, ambas as situações suscitam a dúvida e dependem da avaliação do corpo de jurados que representam a sociedade, descabendo ao julgador técnico fazê-lo.

Assim, inexistindo prova inequívoca para a exclusão das qualificadoras, caberá 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.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL – AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI NÃO DEMONSTRADA DE PLANO – DECOTE DAS QUALIFICADORAS – IMPOSSIBILIDADE. A desclassificação para delito que não seja de competência do Tribunal do Júri só é possível quando comprovado de forma irrefutável a ausência de animus necandi. Havendo qualquer dúvida a respeito, por menor que seja, deixa-se a palavra final ao Tribunal Popular, juízo natural e constitucional dos crimes contra a vida.* ***Não havendo a possibilidade de se afirmar que as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima sejam manifestamente improcedentes, ou de todo descabidas, caberá ao Júri decidir a respeito****."* (TJMG. Rec em Sentido Estrito 1.0317.08.090543-1/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Cézar Dias, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 26/02/2019, publicação da súmula em 12/03/2019) (destaquei)

Cabe ao juiz 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").

Na pronúncia devem ser mantidas as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima a fim de que sejam submetidas para apreciação pelo Tribunal do Júri, na forma da sentença proferida em 1º grau.

Em parte com o parecer, nego provimento ao recurso.

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. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
Apelação Criminal nº 0004221-65.2014.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DELITO DE TRÂNSITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ART. 306, DO CTB – PRELIMINARES – SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA – PEDIDO PREJUDICADO – DECLARAÇÃO, PELA VIA DIFUSA INCIDENTAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS LEIS Nº 12.760/2012 E Nº 12.971/2014, QUE ALTERARAM O ART. 306, DO CTB – INVIABILIDADE – ÉDITO CONDENATÓRIO – MANUTENÇÃO – SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER HABILITAÇÃO – AFASTAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Pleito de suspensão dos efeitos da sentença condenatória, na parte em que decretou a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. Em face da ausência de interesse recursal, não conheço do apelo neste ponto. Isso porque, verifica-se que há expressa manifestação na sentença, de que a execução da aludida pena acessória dar-se-á após o trânsito em julgado, oportunidade que só então será oficiado ao Detran.

No caso, não se trata de delegação de competência, pois as Leis Ordinárias nº 12.760/2012 e nº 12.971/2014, que alteraram o Código de Trânsito Brasileiro, foram elaboradas pelo próprio Poder Legislativo da União, no exercício de sua competência privativa, nos termos do citado art. 22, XI, da Constituição Federal. Assim, manifesto o equívoco interpretativo do apelante ao tachar de inconstitucionais, sob o aspecto formal, as referidas leis. Preliminar afastada.

Prova amplamente incriminatória. Alteração da capacidade psicomotora do acusado evidenciada pela confissão do acusado, pela prova testemunhal e pelo teste de alcoolemia. A palavra dos agentes de segurança pública é prova que possui especial relevo probatório, naturalmente sobressaindo sobre a do incriminado, porque não se acredita que imputem a outrem, que sequer conheciam previamente, crime, somente ao fim de prejudicá-lo, indemonstrada qualquer razão para falsa inculpação. Conduta que se enquadra ao tipo penal incriminador da embriaguez ao volante – art. 306 do CTB. Infração penal que, quanto ao resultado jurídico ou normativo, classifica-se como de perigo abstrato, não se exigindo prejuízo efetivo ao bem jurídico tutelado pela norma (segurança viária, precipuamente) para alcançar a consumação. Precedentes do e. STJ e do e. STF. Lição doutrinária. Condenação mantida.

Pena cumulativa prevista no art. 306, da Lei nº 9.503/97, de aplicação cogente. Para imposição da pena acessória prevista no art. 293, do CTB, basta a prática de um crime de trânsito, independentemente do grau de censurabilidade da conduta do acusado, sua incidência não estando atrelada a determinado quantitativo punitivo, nem a maior gravidade do delito de trânsito.

APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO DO APELADO PELO ARTIGO 34, DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS – DIREÇÃO PERIGOSA – REVOGAÇÃO TÁCITA PELO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na espécie, da prova oral amealhada aos autos, embora se possa afirmar que o réu efetivamente conduziu o veículo em ziguezague na via, gerando perigo de dano, a contravenção penal de direção perigosa, prevista no art. 34, do Decreto-Lei nº 3.688/41, foi tacitamente revogada pela Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Esta, conforme entendimento já sedimentado junto à Suprema Corte, em especial a partir do julgamento do RHC 80362/SP, passou a reger, conforme seu art. 161, todas as infrações penais comissíveis na condução de veículos

automotores, revogando tacitamente os demais crimes ou contravenções a estes relacionados e previstos em outros diplomas legais. Precedentes do E. STF.

Em parte com o parecer:

Quanto ao recurso defensivo: conheço parcialmente das preliminares arguidas, e, na parte conhecida, rejeito-a; e, no mérito, negar provimento;

Negar provimento ao recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer parcialmente das preliminares, e na parte conhecida, rejeitar. No mérito, negar provimento ao recurso, ambos nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e Anderson Alves Ferreira em face da sentença de f. 85-92, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva contida na denúncia, para condenar Anderson pela prática do crime do art. 306, da Lei nº 9.503/1997, à pena de 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 06 (seis) meses, absolvendo-o da prática da contravenção penal descrita no art. 34, do Decreto-Lei nº 3.688/1941, nos termos do art. 386, inciso III, do CPP.

Nas razões recursais de f. 97-106, o *Parquet* pugna pela reforma da sentença, a fim de que o recorrido seja condenado nas penas do art. 34, do Decreto-Lei nº 3.688/41 (LCP). Apresenta prequestionamento.

Nas razões de f. 123-148, a defesa suscita, preliminarmente: suspender os efeitos da sentença para que não haja, até decisão final da lide, a suspensão da CNH do apelante; a declaração, pela via difusa incidental, da inconstitucionalidade formal das Leis nº 12.760/2012 e nº 12.971/2014, que alteraram o art. 306, do CTB. No mérito, requer a absolvição, sob o argumento de não haver nos autos prova inequívoca da acusação, com fulcro no artigo 386, incisos I, VI e VII, do CPP, pois o único meio de prova foi baseado no teste realizado pelo etilômetro sem aferição/laudo inicial e homologação pelo Inmetro e Contran. Subsidiariamente, seja reformada parcialmente a r. sentença para não suspender sua CNH pois o mesmo é motorista profissional.

As partes, em contrarrazões ao recursos adversos, pugnam pelo não provimento (defesa - f. 109-116; acusação - f. 152-155).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 163-180,

> *"(...) opina pelo conhecimento do recurso defensivo; pela rejeição das preliminares arguidas; e, no mérito, pelo improvimento do apelo. Outrossim, opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso ministerial, apenas para reconhecer a vigência do art. 34 da Lei de Contravenções Penais sem, contudo, aplicá-lo ao caso concreto".*

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e Anderson Alves Ferreira em face da sentença de f. 85-92, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva contida na denúncia para condenar Anderson pela prática do crime do art. 306, da Lei nº 9.503/1997, à pena de 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 06 (seis) meses, absolvendo-o da prática da contravenção penal descrita no art. 34, do Decreto-Lei nº 3.688/1941, nos termos do art. 386, inciso III, do CPP.

De acordo com a denúncia:

> *"(...) Consta dos autos que no dia 11 de junho de 2014, quarta-feira, por volta das 02h50min, na Rua Urias Ribeiro, na altura do número 1550, Bairro Jardim Progresso, neste município e Comarca de Três Lagoas/MS, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, conduzia o veículo VW/GOL, cor branca, placa CDY-7176, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool e pondo em perigo a segurança alheia.*
>
> *De acordo com o apurado, na data dos fatos, policiais militares em rondas pela Rua Urias Ribeiro avistaram o veículo supramencionado, conduzido pelo denunciado, transitando em ziguezague, pondo em perigo a segurança dos usuários da referida via e reduzindo os níveis de segurança viária. (...)"* – f. 01-02

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que condenou o apelante nos moldes alhures mencionados.

Irresignados com o resultado do julgamento, a defesa e o *Parquet* recorreram.

Nas razões recursais de f. 97-106, o *Parquet* pugna pela reforma da sentença, a fim de que o recorrido seja condenado nas penas do art. 34, do Decreto-Lei nº 3.688/41 (LCP). Apresenta prequestionamento.

Na razões de f. 123-148, a defesa suscita, preliminarmente: suspender os efeitos da sentença para que não haja, até decisão final da lide, a suspensão da CNH do apelante; a declaração, pela via difusa incidental, da inconstitucionalidade formal das Leis nº 12.760/2012 e nº 12.971/2014, que alteraram o art. 306, do CTB. No mérito, requer a absolvição, sob o argumento de não haver nos autos prova inequívoca da acusação, com fulcro no artigo 386, incisos I, VI e VII, do CPP, pois o único meio de prova foi baseado no teste realizado pelo etilômetro sem aferição/laudo inicial e homologação pelo Inmetro e Contran. Subsidiariamente, seja reformada parcialmente a r. sentença para não suspender sua CNH pois o mesmo é motorista profissional.

Passo à análise dos recursos.

Recurso defensivo

Das Preliminares

A defesa arguiu, preliminarmente, a suspensão dos efeitos da sentença condenatória, na parte em que decretou a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, objetivando que não lhe seja aplicada referida penalidade até a decisão final do presente processo.

Em face da ausência de interesse recursal, não conheço do apelo neste ponto.

Isso porque, verifica-se que há expressa manifestação na sentença (f. 92), de que a execução da aludida pena acessória dar-se-á após o trânsito em julgado, oportunidade que só então será oficiado ao Detran.

A defesa pretende, ainda, a declaração da inconstitucionalidade formal, pela via difusa, das Leis nº 12.760/2012 e nº 12.971/2014, que alteraram o art. 306, do CTB, sob o argumento de que as alterações

feitas pelas referidas leis não obedecem aos ditames constitucionais, uma vez que não se tratam de leis complementares, o que, consequentemente, gera nulidade total de seus efeitos. Entretanto, melhor sorte não lhe socorre. Vejamos.

Foi apenas em 1988, com a promulgação da atual Constituição federal, que o seu artigo 22, inciso XI, tratou de prescrever a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transportes.

Desta forma, de 1998 pra cá, somente o Poder Legislativo da União, representado pelo Congresso Nacional (sistema bicameral que engloba o Senado e a Câmara dos Deputados) tem a legítima competência para legislar sobre trânsito.

A competência privativa, todavia, não se confunde com competência exclusiva: quando a lei determina a exclusividade de atribuição para determinado órgão, há um impedimento para sua delegação; no caso do artigo 22, da CF, como a competência é privativa, significa que, embora seja originariamente da União, o Congresso Nacional pode transferir sua responsabilidade, o que está expressamente previsto no parágrafo único do dispositivo em apreço: *"Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo"*.

Quanto ao dispositivo da Constituição se referir à lei complementar, esta se diferencia de uma lei ordinária em dois aspectos: um material e outro formal.

A distinção material reside no fato de que, enquanto a lei ordinária pode tratar de qualquer assunto, a lei complementar é direcionada às complementações de dispositivos constitucionais, cuja necessidade tenha sido expressa pelo legislador constituinte.

Formalmente, a distinção relaciona-se ao *quorum* exigido para sua aprovação: na lei ordinária, maioria simples, ou seja, número de votos favoráveis superior ao de votos contrários. Já para aprovação das leis complementares, exige-se maioria absoluta (artigo 69, da CF).

No caso, como bem destacado no parecer da Procuradoria de Justiça, que faço como razões de decidir, adotando a técnica da motivação *per relationem*[1]:

> *"De início, cumpre anotar que* ***as leis complementares têm sua matéria predeterminada constitucionalmente****, ou seja, somente poderão tratar das matérias que a Constituição Federal determinar serem próprias dessa espécie normativa3.* ***Em outras palavras, é a Constituição quem define qual o campo reservado à lei complementar, sendo o residual para as leis ordinárias.***
>
> *Dispõe o art. 22, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que* ***"Compete privativamente à União legislar sobre (...) trânsito e transporte"****; como se sabe, a competência privativa difere da competência exclusiva para legislar, posto que, enquanto esta é indelegável, aquela pode ser delegada, fato que se confirma no próprio texto da Carta magna, já que o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que* ***"Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo"****.*
>
> *Como se vê, o apelante claramente se equivocou na interpretação do aludido dispositivo invocado, uma vez que* ***apenas para que a unidade federada possa legislar sobre a aludida matéria (trânsito e transporte), é que se faz necessária expressa autorização em lei complementar federal****.*
>
> ***No caso, não se trata de delegação de competência, pois as Leis Ordinárias nº 12.760/2012 e nº 12.971/2014, que alteraram o Código de Trânsito Brasileiro, foram***

1 STJ. Informativo nº 0517, Período: 2 de maio de 2013. Segunda Turma. DIREITO PROCESSUAL CIVIL – FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. É legítima a adoção da técnica de fundamentação referencial (per relationem), consistente na alusão e incorporação formal, em ato jurisdicional, de decisão anterior ou parecer do Ministério Público. Precedente citado: REsp 1.194.768-PR, Segunda Turma, DJe 10/11/2011. EDcl no AgRg no AREsp 94.942-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 5/2/2013.

elaboradas pelo próprio Poder Legislativo da União, no exercício de sua competência privativa, nos termos do citado art. 22, XI, da Constituição Federal.

Assim, como bem ressaltou o Parquet de primeiro grau, em sede de contrarrazões, é manifesto o equívoco interpretativo do apelante ao tachar de inconstitucionais, sob o aspecto formal, as Leis Ordinárias nº 12.760/2012 e 12.971/2014. ***Isso porque o CTB é uma lei ordinária e sua alteração independe de lei complementar****. (...)"* – f. 167-168 – destaques originais

Dessa maneira, afasto as preliminares arguidas.

Do mérito

No mérito, requer a absolvição, sob o argumento de não haver nos autos prova inequívoca da acusação, com fulcro no artigo 386, incisos I, VI e VII, do CPP, pois o único meio de prova foi baseado no teste realizado pelo etilômetro sem aferição/laudo inicial e homologação pelo Inmetro e Contran.

O pleito absolutório não merece prosperar.

Ab initio, deve ser registrado que o delito em análise foi praticado na vigência da Lei nº 12.760/12, que deu nova redação ao art. 306, do CTB, *in verbis*:

"Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: 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.

(...)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova."

Como se observa, a Lei nº 12.760/12 tornou prescindível o exame de alcoolemia, introduzindo uma relação de alternatividade, dispondo que a embriaguez pode ser verificada por outros meios de provas em direito admitidos.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

"(...) A alteração da capacidade motora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, consoante o § 2º do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, é regra de cunho relativo à prova, que poderá ser constatada por teste de alcoolemia, como na hipótese, ou outros meios de prova em direito admitidos, sendo despicienda a demonstração de efetiva potencialidade lesiva da conduta. (...)". (HC 324.454/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada através do auto de prisão em flagrante delito (f. 06-07), boletins de ocorrência (f. 17-18 e 19-20), auto de apreensão (f. 22), teste de alcoolemia (f. 23) e pelos depoimentos testemunhais.

No que tange à verificação periódica anual prevista como requisito à constatação da regularidade do etilômetro na Resolução nº 432/2013, do Conselho Nacional de Trânsito, esta aplicável ao fato ora tratado, ocorrido em 11/06/2014 (f. 06-07), não se confunde com a calibração do aparelho – que é realizada uma única vez pelo fabricante, quando do seu fornecimento ao órgão público.

Nesse sentido:

> *"(...) A data de última calibração do etilômetro não se confunde com a verificação anual, exigida, atualmente, pelo art. 4º da Portaria nº 432/2013 do Contran. A data de calibração refere-se à data em que o equipamento foi ajustado aos seus parâmetros ideais de funcionamento, somente sendo novamente realizada, dentre outras situações, quando da eventual reprovação do etilômetro em uma verificação anual"* (Apelação Crime Nº 70074399858, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 28/02/2018).

Em concreto, há na papeleta juntada aos autos (f. 21) não só a data em que verificado – 28-08-2013 – bem como a data de validade – 28-08-2014, portanto posterior ao exame realizado pelo réu em 11-06-2014, inexistindo motivo para questionar a aptidão do aparelho para medir o grau de alcoolemia do condutor do veículo na data do fato, haja vista, repiso, ter atendido normativa prevista na mencionada resolução.

A orientação encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao assentar que não há irregularidade na medição realizada por aparelho dentro do prazo de validade da certificação, merecendo destaque que a verificação periódica anual, prevista como requisito à constatação da regularidade do etilômetro, *"não se confunde com a calibração do aparelho"* (HC 240.337/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 25/11/2013).

Não bastasse isso, sabe-se que os etilômetros disponibilizados à realização dos exames são anualmente inspecionados pelo Inmetro, sendo que somente depois de tal averiguação são viabilizados para acompanhamento da atividade fiscalizatória, ficando arquivado junto à Superintendência Regional da Polícia Rodoviária Federal o respectivo certificado de funcionamento, cuja cópia, que interessaria à defesa trazer aos autos, pois demonstrativa da tese de defeito, sequer integrou o caderno processual.

Por consequência, na medida em que prevalece o entendimento de que os atos administrativos possuem presunção de veracidade, não há falar em invalidade à demonstração da existência material do fato e, nessa esteira, à prolação do édito condenatório em desfavor do réu.

E, ainda, não havendo insurgência por parte da defesa técnica desde o primeiro contato com a prova ora questionada, fazendo-o tão somente depois do encerramento da instrução, afigura-se preclusa a arguição de invalidade do exame realizado pelo etilômetro à demonstração da materialidade delitiva.

De igual forma, a autoria restou suficientemente esclarecida. Para elucidar a questão, convém transcrever a prova oral utilizada pelo magistrado *a quo*, evitando-se, de tal forma, a indesejada tautologia:

> *"(...) No atinente a autoria, o acusado, ouvido na fase em juízo (f. 74), admitiu que fez uso de álcool e, após assumiu a direção do veículo automotor.*
>
> *A confissão do acusado, foi corroborada pelo extrato do teste de etilômetro acostado à f. 23, que concluiu que o acusado apresentava concentração de álcool por litro de ar alveolar igual a 0,90mg/l, a qual é suficiente para a caracterização do delito.*
>
> *Afastando qualquer possibilidade de dúvida, a testemunha Cláudio Nogueira, policial militar, ouvido ainda que somente na fase policial (f. 08/09), narrou que:*
>
> *'(...) Por volta das 02h50min, em rondas pela rua Urias Ribeiro o mesmo deparou com um veículo VW Gol de cor Branca placa CDY7176, transitando em ziguezague; que ao abordar o condutor identificado por Anderson Alves Ferreira perceberam que o mesmo encontrava-se em visível estado de embriaguez; que em busca pelo veículo encontraram uma lata de cerveja da marca Crystal; questionado o condutor informou que havia ingerido bebida alcoólica, sendo ofertado para o mesmo a realização do teste com o aparelho bafômetro, o qual se dispôs a fazer; Realizado o teste com o aparelho marca Drager alcoteste 7410plusRS nº equipamento ARAA0916, nº impressão ARAB5143, nº da amostra 00497: apresentando resultado de 0.90mg/l (...)'. (...)"* – f. 87-88

Desta feita, não há falar em absolvição, pois o conjunto probatório carreado aos autos, formado pela confissão do réu no sentido de que conduziu veículo automotor após ter ingerido bebida alcoólica, corroborada pelo relato testemunhal do policial e pelo teste de alcoolemia, torna certa a autoria e materialidade delitivas.

A esse respeito, colho da jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR SOB EFEITO DE ÁLCOOL E RESISTÊNCIA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – RECURSO NÃO PROVIDO. I. A atual redação do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro prevê expressamente que a alteração da capacidade psicomotora do agente pode ser comprovada não apenas pela concentração de álcool por litro de sangue, como também pela concentração de álcool por litro de AR alveolar, além de exames clínicos, periciais, testemunhas ou outros meios de prova em direito admitidos. II. A confissão extrajudicial do réu, quando corroborada por outros elementos probatórios, é apta para formar o juízo de convencimento necessário para a prolação do édito condenatório."* (TJMG. APCR 1.0024.16.062771-7/001; Rel. Des. Júlio César Lorens; Julg. 26/09/2017; DJEMG 09/10/2017)

Importante consignar, por oportuno, que não há como desconstituir testemunho de servidor sobre fatos observados no cumprimento da função pública, vez que está revestido de presunção de legitimidade e credibilidade, principalmente quando coerentes entre si e calcados em outras provas existentes nos autos, como é o caso vertente.

Dessa forma, não remanesce dúvidas de que o réu conduziu veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, restando, portanto, caracterizada a conduta tipificada no artigo 306, da Lei nº 9.503/97 (CTB).

Ademais, é pacífico o entendimento de que a embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação da potencialidade lesiva da conduta do agente, na medida em que o risco é presumido pelo próprio tipo penal.

A propósito, colho pronunciamento do e. STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – HABEAS CORPUS – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – FALTA DE CABIMENTO – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE QUE O CRIME SERIA DE PERIGO CONCRETO – IMPROCEDÊNCIA – JURISPRUDÊNCIA DO STJ EM SENTIDO DIVERSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO – AUSÊNCIA. 1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se indefere liminarmente o writ, substitutivo do recurso cabível, quando não evidenciado constrangimento ilegal capaz de justificar o processamento do habeas corpus.* ***2. É entendimento consolidado deste Superior Tribunal que o crime de embriaguez ao volante é considerado de perigo abstrato, ou seja, prescinde da demonstração de potencialidade lesiva da conduta para sua configuração. Precedente.*** *3. Agravo regimental improvido".* (AgRg no HC 368.413/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/09/2016, DJe 15/09/2016) – destaquei.

> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ART. 306 DA LEI 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB) – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – ETILÔMETRO – PROVA SUFICIENTE – MARGEM DE TOLERÂNCIA – INEXISTENTE – OBTENÇÃO ILÍCITA DA PROVA – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS – SÚMULA Nº 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.* ***1. O crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB é de perigo abstrato (precedentes). 2. A utilização do etilômetro é meio de prova idôneo para comprovar a materialidade do referido delito, não existindo previsão legal de margem de tolerância para os resultados auferidos acima dos limites estabelecidos na legislação.*** *3. Reconhecer a obtenção ilícita da prova demanda o reexame fático-probatório, providência vedada pelo Enunciado nº 7 da Súmula do STJ, pois o Tribunal de origem apresentou fundamentação concreta para justificar a licitude da utilização do etilômetro. 4. Agravo*

regimental desprovido". (AgRg no AREsp 786.092/PR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016) – destaquei.

Destarte, comprovada a embriaguez pelos elementos de prova, sendo o crime de perigo abstrato, cujo risco de lesão é presumido pela lei, deve ser mantida a condenação do recorrente pelo delito tipificado no artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97).

Da pena acessória

Subsidiariamente, o apelante requer seja reformada parcialmente a r. sentença para não suspender sua CNH, pois o mesmo é motorista profissional.

Quanto à pena de suspensão ou proibição de obtenção de permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, saliento que a imposição desta medida é de aplicação cogente, porque decorrente de lei, e assim deve ser cumprida, sob pena de violação à expressa norma legal.

Assim que, para imposição do preceito previsto no art. 293, do CTB, basta a prática do crime de trânsito, independentemente do grau de censurabilidade da conduta do acusado, isto é, sua incidência não está atrelada a determinado quantitativo punitivo, nem a maior gravidade do delito de trânsito.

Aliás, mesmo o período da suspensão, a rigor, é desvinculado do tempo da pena privativa de liberdade aplicada, dizendo mais com a finalidade pedagógica/preventiva da pena cumulativa.

De mais a mais, o fato de o acusado ser motorista profissional não conduz a outra solução, tampouco à dupla punição ou reconhecimento de suposta inconstitucionalidade, máxime considerando que as penas indicadas no dispositivo devem ser aplicadas de forma cumulada, não se consubstanciando em mera faculdade do julgador.

Trata-se de questão já apreciada e discutida nos Tribunais Superiores, realçando, inclusive, em sentido contrário ao almejado pelo apelante, o cuidado e a responsabilidade mais acentuados que são exigidos dos integrantes da referida categoria profissional acerca do cumprimento das regras de trânsito.

Nesse sentido:

> *"ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO – VÍCIOS AUTORIZATIVOS NÃO CONFIGURADOS – ABSOLVIÇÃO – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚM. 7/STJ – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – MOTORISTA PROFISSIONAL – SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO – POSSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Verificando-se que acórdão recorrido decidiu fundamentadamente a questão a ele submetida, concluindo pela existência de provas suficientes a ensejar a condenação de modo a afastar a incidência do princípio do in dubio pro reo, não se configura a apontada contrariedade ao artigo 619 do Código de Processo Penal. Constatando-se que as instâncias ordinárias concluíram, de maneira devidamente fundamentada, pela existência de provas suficientes para a condenação, rever esse entendimento não é cabível a este Superior Tribunal de Justiça porque demanda o reexame das premissas fático probatórias estabelecidas na origem, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.* ***De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os motoristas profissionais - mais do que qualquer outra categoria de pessoas - revelam maior reprovabilidade ao praticarem delito de trânsito, merecendo, pois, a reprimenda de suspensão do direito de dirigir, expressamente prevista no art. 302 do CTB, de aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade. Dada a especialização, deles é de se esperar maior acuidade no trânsito.*** *Agravo regimental improvido"*. (STJ, AgInt no REsp 1706417/CE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017) – destaquei

A propósito, colaciono recente precedente desta Corte:

"APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ARTIGO 306 DO CTB – SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR – MOTORISTA PROFISSIONAL – PENA INAFASTÁVEL – SIMETRIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FIXADA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro estampa expressamente, como responsabilização em casos desse jaez, a fixação de pena privativa de liberdade, pena pecuniária e, também, pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, vinculando o julgador, destarte, ao poder imperativo da lei. ***Nesse contexto, o fato de o acusado ser motorista profissional não conduz à solução diversa, máxime considerando que as penas indicadas no dispositivo devem ser aplicadas de forma cumulada, não se consubstanciando em mera faculdade do julgador, somando-se a isso o cuidado e a responsabilidade mais acentuados que são exigidos dos integrantes da referida categoria profissional acerca do cumprimento das regras de trânsito, dada a especialização que os norteia.*** *A pena acessória de suspensão prevista nos artigos 293 e 306, do Código de Transito Brasileiro, deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade que devem imperar em situações desse naipe. Como corolário, situando-se a reprimenda corpórea em patamar mínimo, semelhante desfecho deve ser reservado à pena acessória cumulativa em tela, fixada, portanto, em 02 (dois) meses. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões"* (TJMS. Apelação Criminal nº 0020974-55.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 06/09/2019, p: 09/09/2019) – grifei

Portanto, não há como agasalhar o pleito defensivo de afastamento da pena acessória.

Recurso ministerial

O *Parquet* pugna pela reforma da sentença, a fim de que o recorrido seja condenado nas penas do art. 34 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (LCP).

O pleito condenatório não comporta acolhimento.

Com efeito, conforme entendimento já sedimentado junto à Suprema Corte, em especial a partir do julgamento, pelo seu Tribunal Pleno, do RHC 80362/SP[2], o Código de Trânsito Brasileiro, editado pela Lei nº 9.503/97, passou a reger todas as infrações penais comissíveis na condução de veículos automotores, revogando tacitamente os demais crimes ou contravenções a estes relacionados e previstos em outros diplomas legais, como é o caso da primeira parte do art. 32 e da integralidade do art. 34 da Lei das Contravenções Penais.

É o que se extrai do art. 161, do CTB[3], ao prever que o infrator das regras de trânsito, além das penalidades e medidas administrativas pertinentes, submeter-se-á às punições previstas especificamente no Capítulo XIX daquele código, isto é, às sanções fixadas para os crimes de trânsito do CTB, não havendo mais espaço, portanto, para a incidência de quaisquer outros dispositivos que tipifiquem condutas de trânsito no âmbito criminal.

Assim é como prossegue se manifestando, salienta-se, o E. STF, em decisões monocráticas proferidas nos autos do ARE 1001923/SP, ARE 1062348/RS, ARE 1045747/RS e ARE 635241/RS. E, igualmente, a jurisprudência:

2 EMENTA – HABEAS CORPUS – ARTIGO 32, PRIMEIRA PARTE, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS – DISPOSITIVO QUE RESULTOU REVOGADO PELO NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB. Se é certo que não houve revogação expressa do dispositivo em apreço e, também, que, em tese, não seria ele incompatível com o disposto no art. 309 do CTB, a sua derrogação, na parte indicada, decorreu de **haver o CTB, como é próprio das codificações, tratado de todas as infrações penais comissíveis na condução de veículos automotores, o que, de resto, ficou expressamente declarado no art. 161**. *Habeas corpus* deferido. (RHC 80362, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2001, DJ 04-10-2002 PP-00095 Ement Vol-02085-02 PP-00368) (Grifei)

3 Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do Contran, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, **além das punições previstas no Capítulo XIX**.
Parágrafo único. As infrações cometidas em relação às resoluções do Contran terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções. (grifei)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – CRIME DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – CONTRAVENÇÃO PENAL – DIREÇÃO PERIGOSA – ART. 34 DA LCP REVOGADO TACITAMENTE PELO CTB – ABSOLVIÇÃO – REFORMATIO IN MELLIUS – CRIME CONTRA A PESSOA – AMEAÇA – SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO – DOSIMETRIA – PENA SUBSTITUTIVA – PRESCRIÇÃO. Mérito. Fato I. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Acervo probatório seguro quanto à prática, pelo réu, do crime de embriaguez ao volante, constatada a alteração da capacidade psicomotora do condutor amplamente pela prova testemunhal. Juízo condenatório mantido. Fato* ***II. Atipicidade. Diretriz consolidada a partir do julgamento do RHC nº 80.362/SP e pela edição da Súmula nº 720, ambos do STF. Derrogação tácita de todos os dispositivos sancionadores de condutas referentes à direção automotiva pelo advento do Código de Trânsito Brasileiro, que dispôs taxativamente sobre a matéria nos vieses administrativo e criminal, afetando, via de consequência, a direção perigosa (art. 34 da Lei das Contravenções Penais). Absolvição, de ofício, em reformatio in mellius, com fulcro no art. 386, III, do CPP****. Fato III. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Palavra firme, coerente e harmônica da vítima, secundada logicamente e reforçada contextualmente pelas testemunhas, que prevalece sobre a frágil negativa do réu, comprovando a ameaça gestual, com ostentação de arma branca, no mínimo contra a sua integridade física. Elementares típicas do art. 147, caput, do Código Penal perfectibilizadas, autorizando o juízo condenatório. Absolvição revertida. Condenação reclassificada para os lindes do art. 306, caput, do CTB e do art. 147, caput, do CP, na forma do art. 69, caput, do CP. (...) APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO – ABSOLVIÇÃO DO 2º FATO, DEFERIMENTO DE DETRAÇÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE REFERENTE AO 3º FATO, DE OFÍCIO – UNÂNIME".* (Apelação Crime Nº 70073569162, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 30/11/2017) – grifei

Por outro lado, ainda que se pudesse cogitar no reenquadramento típico do fato, a fim de dar o réu como incurso nas sanções do art. 311 do CTB, não constou, da descrição do fato na denúncia, que o réu teria trafegado em velocidade incompatível com a segurança, gerando perigo de dano, nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos ou onde houvesse grande movimentação ou concentração de pessoas.

Não bastasse isso, da prova oral amealhada aos autos, embora se possa afirmar que o réu efetivamente conduziu o veículo em ziguezague na via, gerando perigo de dano, não é possível saber se dirigiu nos locais já referidos, somente havendo a indicação de que, por ter o fato ocorrido durante a madrugada, não havia trânsito nas vias por ele percorridas.

Assim, porque atípica a conduta, impositiva é a manutenção da absolvição, com base no art. 386, III, do CPP.

Prequestionamento.

Quanto ao prequestionamento suscitado, registre-se que toda a questão foi enfrentada, não sendo necessária a expressa menção a todos os dispositivos mencionados.

Dispositivo.

Ante o exposto, em parte com o parecer:

Quanto ao recurso defensivo: conheço parcialmente das preliminares arguidas, e, na parte conhecida, rejeito-a; e, no mérito, nego provimento;

Nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente das preliminares, e na parte conhecida, rejeitaram-nas. No mérito, negaram provimento ao recurso, ambos nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 15 de outubro de 2019.

***

2ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
Apelação Criminal nº 0002292-60.2015.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÊS APELANTES – QUESTÃO PRELIMINAR CONFUNDE-SE COM O MÉRITO – ALEGADA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE – COMPROVAÇÃO – PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – CONDENAÇÕES MANTIDAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 298, DO CP (FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR) – INADMISSIBILIDADE – ATESTADOS MÉDICOS CONTÉM O TIMBRE DE ENTIDADE PARAESTATAL – DOCUMENTOS PÚBLICOS POR EQUIPARAÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA DO REGRAMENTO CONTIDO NO ARTIGO 2º, § 2º, DA LEI Nº 8.072/1990 – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA CONCEDIDA APENAS À APELANTE P. E INDEFERIDO À RÉ B. – RECURSO DE P. PARCIALMENTE PROVIDO E APELOS DE C. E B. NÃO PROVIDOS.

A preliminar de desclassificação da conduta confunde-se com o mérito.

A carência de perícia técnica não constitui óbice à caracterização do delito uso de documento falso, eis que comprovado por outros meios de prova. Precedente da Suprema Corte.

A confissão das acusadas na fase judicial, aliado aos demais elementos de prova colhidos no curso da instrução, comprovam a autoria e a materialidade do delito de uso de documento público falso, sendo imperativa a manutenção da condenação.

Incabível a pretendida desclassificação para o delito previsto no art. 298, do CP (falsificação de documento particular), pois os atestados médicos contém o timbre de entidade paraestatal, sendo, portanto, documentos públicos por equiparação, para fins penais, não havendo qualquer correção na condenação nos moldes dos art. 304, c/c o 297, ambos do CP. Inalterada a reprimenda em que foram condenadas as apelantes, resta prejudicado o pedido subsidiário de nulidade do processo para que seja oportunizado ao Ministério Público para proposta de suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, por ser inviável à hipótese, porquanto a reprimenda mínima abstratamente cominada ao delito tipificado no artigo 304, c/c o artigo 297, ambos do Código Penal, é de dois anos de reclusão, isto é, superior ao patamar legal exigido.

Impossível o deferimento dos benefícios da justiça gratuita à ré B., porquanto foi assistida por advogado particular e deixou de comprovar a precária condição financeira. Por outro lado, à ré P. concede-se a gratuidade da justiça, sobrestando o pagamento das custas pelo quinquídio legal, vez que comprovada a hipossuficiência financeira.

Ante o exposto, em parte com o parecer:

Nego provimento aos recursos interpostos por C.F.R. da S. e B.A.B. da S.;

Dou parcial provimento ao apelo de P.N.N.N., apenas para suspender a exigibilidade das despesas processuais.

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 interpostos por C.F.R. da S. e B.A.B. da S., por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Dar parcial provimento ao recurso interposto por P.N.N.N., por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por P.N.N.N., B.A.B. da S. e C.F.R. da S., em face da r. sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS, que condenou a todas como incursas nas sanções do art. 304, c/c o art. 297, ambos do Código Penal.

As apelantes P. e B., nas razões apresentadas, respectivamente, às f. 385-395 e 420-422, preliminarmente, almejam a desclassificação da conduta para o tipo penal descrito no art. 298, do CP e, consequentemente, em razão do novo apenamento, requerem a nulidade do processo, sob a alegação de fazem jus à concessão da benesse da suspensão condicional do processo, a qual não foi ofertada em momento oportuno. Aduzem, ainda, que as provas reunidas aos autos são insuficientes para demonstração da autoria delitiva, de modo que pugnam pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Ao final, pugnam pela concessão da justiça gratuita.

A defesa de C., por sua vez, refere em seu arrazoado recursal, às f. 437-438, a não realização da perícia técnica capaz de comprovar a materialidade do delito descrito na denúncia, razão pela qual almeja a absolvição com fulcro no 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ou, alternativamente, a desclassificação da conduta para o tipo penal descrito no art. 298, do CP. Prequestiona.

Em sede de contrarrazões às f. 444-456, o Ministério Público Estadual manifestou-se pelo não provimento dos recursos e, por conseguinte, a manutenção da sentença de primeiro grau.

No mesmo sentido, é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 483-546. Prequestionou.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por P.N.N.N., B.A.B. da S. e C.F.R. da S., em face da r. sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS, que condenou a todas como incursas nas sanções do art. 304, c/c o art. 297, ambos do Código Penal.

As apelantes P. e B., nas razões apresentadas, respectivamente, às f. 385-395 e 420-422, preliminarmente, almejam a desclassificação da conduta para o tipo penal descrito no art. 298, do CP e, consequentemente, em razão do novo apenamento, requerem a nulidade do processo, sob a alegação de fazem jus à concessão da benesse da suspensão condicional do processo, a qual não foi ofertada em momento oportuno. Aduzem, ainda, que as provas reunidas aos autos são insuficientes para demonstração da autoria delitiva, de modo que pugnam pela absolvição em primazia ao *in dubio pro reo*. Ao final, pugnam pela concessão da justiça gratuita.

A defesa de C., por sua vez, refere em seu arrazoado recursal, às f. 437-438, a não realização da perícia técnica capaz de comprovar a materialidade do delito descrito na denúncia, razão pela qual almeja a absolvição com fulcro no 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ou, alternativamente, a desclassificação da conduta para o tipo penal descrito no art. 298, do CP. Prequestiona.

Passo à análise dos recursos, por ordem de prejudicialidade, bem como os pedidos iguais serão apreciados conjuntamente, haja vista a identidade de situação fática e provas.

A pretensão de desclassificação da conduta, requerida em sede preliminar, confunde-se com o mérito, e com este será apreciado.

Pleito absolutório por ausência de prova da materialidade

A apelante C. requer sua absolvição com fulcro no 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ante o argumento de não realização da perícia técnica capaz de comprovar a materialidade do delito descrito na denúncia.

Razão não lhe assiste.

A carência de exame pericial, ao contrário do alegado pela defesa, não constitui óbice à caracterização do delito em apreço, especialmente se comprovado por outros meios de prova.

A falsidade do documento apresentado revelou-se incontroversa, seja em razão da própria confissão da acusada, seja em razão dos depoimentos prestados pelas testemunhas.

Com efeito, a materialidade do crime restou devidamente comprovada por meio do ofício de f. 102-110, no qual o Hospital Nossa Senhora Auxiliadora não confirmou a autenticidade dos atestados médicos emitidos em seu nome, uma vez que não foi encontrado em seus arquivos atendimentos à acusada na data ali declinada.

Ademais, a testemunha Josino da Cunha Neto, sob o crivo do contraditório (f. 265, mídia), médico cujo carimbo e assinatura foram utilizados para fraudar os atestados médicos utilizados pelas denunciadas, foi enfático em afirmar que não forneceu os referidos documentos, bem como que as assinaturas ali constantes não são suas e não prestou atendimento às acusadas.

Assim, a realização de perícia técnica para configuração do delito de uso de documento falso se mostrou prescindível, eis que a materialidade foi atestada por outros meios de prova.

Sobre a questão, colaciono o seguinte precedente do STF neste mesmo sentido:

> *"EMENTA – PENAL E PROCESSUAL PENAL – CRIME DE USO DE DOMUMENTO FALSO – CRIME IMPOSSÍVEL – MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PRECEDENTES – NULIDADE – NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA PARA ATESTAR A MATERIALIDADE DO CRIME PREVISTO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL – DESNECESSIDADE – EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVAS – PRECEDENTES – ORDEM DENEGADA. 1. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos relativos à configuração ou não de crime impossível (art. 17 do CP). Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. 2.* ***Embora a produção da prova técnica seja necessária para esclarecer situações de dúvida objetiva acerca da existência da infração penal, o seu afastamento é sistemático e teleologicamente autorizado pela legislação processual penal nos casos em que há nos autos outros elementos idôneos aptos a comprovar a materialidade do delito****. Precedentes. 3. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada."* (HC 108463, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, Processo Eletrônico DJe-177 Divulg 09-09-2013 Public 10-09-2013) g.n

A respeito, igualmente posicionou-se o STJ:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – USO DE DOCUMENTO PÚBLICO MATERIALMENTE FALSO – ATESTADO ODONTOLÓGICO PARA JUSTIFICAR A AUSÊNCIA DA PACIENTE EM 4 DIAS DE TRABALHO – PERÍCIA NÃO REALIZADA – MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTA CORTE SUPERIOR – RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTE RELATOR – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO INCIDÊNCIA EM CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA – EXCEPCIONALIDADE DA HIPÓTESE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (art. 158 do CPP), dispensando-o quando desaparecerem os vestígios (art. 167 do CPP). 3. No entanto, esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que "a ausência de perícia não acarreta, por si só, nulidade do feito, pois se mostra desnecessária a realização de exame pericial quando a falsidade pode ser verificada por outros meios de prova" (HC-169.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe de 5/2/2016). No mesmo sentido: (I) AgRg no AResp 1.040.096/SP, Rel. Ministro Joel Paciornik, 5ª Turma, DJe de 28/4/2017; (II) EDcl nos EDcl no AResp 894.045/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe de 18/11/2016; (III) AgRg no AResp 875.722/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma DJe de 13/11/2017, entre outros. Ressalva do entendimento deste Relator. (...)"* (STJ - HC: 366703 SP 2016/0212395-0, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 15/03/2018, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/03/2018)

Nesse prospecto, a materialidade e a autoria do delito em voga restou satisfatoriamente comprovada pelos elementos probatórios coligidos aos autos, no sentido de que a apelante apresentou documento falso consistente em atestado médico perante a empresa onde exercia atividade laboral para justificar falta, cuja falsidade era do seu conhecimento.

Desta forma, a manutenção da condenação da apelante é medida que se impõe.

Pleito absolutório por insuficiente de provas da autoria

A pretensão absolutória não comporta acolhimento.

Como cediço, o tipo penal inserto no artigo 304 do Código Penal é instantâneo e se consuma com a simples utilização do documento falso, independente da obtenção de qualquer vantagem ou da causação de prejuízo a alguém.

No caso em epígrafe, a materialidade delitiva restou comprovada por meio do boletim de ocorrência (f. 10-11), auto de apreensão (f. 12-13), documentos falsificados (f. 14-20) e da prova oral coletada no curso da persecução penal.

A despeito do esforço argumentativo da defesa, os elementos de convicção carreados aos autos são fartos em demonstrar a ocorrência do delito e sua respectiva autoria.

Para elucidar a questão, convém transcrever a prova oral utilizada pelo magistrado *a quo*, evitando-se, de tal forma, a desnecessária tautologia:

> *"Quanto a autoria, a denunciada V.S.B., ao ser interrogada na fase policial (f. 24-25), confessou a prática delitiva. Em juízo (áudio e vídeo de f. 264-265), a acusada novamente confessou a autoria delitiva, aduzindo que conseguiu o atestado por meio de uma pessoa conhecida como "Ju", que frequentava o bar de seu pai.*
>
> *A acusada J. dos S. T., quando interrogada na fase policial (f. 33-34), apresentou que não foi consultada pelo médico Josino da Cunha Viana Neto, porém, acreditava que o atestado era verdadeiro.*

Quando interrogada em juízo (áudio e vídeo de f. 264-265), novamente confirmou que não passou por atendimento médico, e que conseguiu o atestado por meio de uma vizinha, e que o mesmo veio preenchido em seu nome, apresentando, posteriormente, à empresa para justificar suas faltas.

A ré P.N.N.N., quando ouvida na fase policial (f. 59-60), negou os fatos, aduzindo que alguém falsificou o atestado em seu nome, e apresentou à empresa. Quando interrogada em juízo (áudio e vídeo de f. 264-265), a acusada mudou a versão anteriormente relatada, aduzindo que apresentou atestado falso, pois queria forçar que a empresa lhe demitisse.

A acusada A.C.B.X., ao ser interrogada na fase policial (f. 68-69), negou os fatos, aduzindo que alguém falsificou o atestado em seu nome, e apresentou à empresa. Quando interrogada em juízo (áudio e vídeo de f. 264-265), a ré mudou a versão anteriormente apresentada, aduzindo que não tinha conhecimento de que o atestado era falso.

A acusada B.A.B. da S., ao ser ouvida na fase policial (f. 77-78), confessou a prática delitiva, apresentando que adquiriu o atestado da corré V. Em juízo (áudio e vídeo de f. 264-265), novamente confessou a autoria dos fatos, relatando que conseguiu o atestado, pois queria ser mandada embora.

Por fim, a ré C.F.R. da S., ao ser ouvida na fase policial (f. 86-87), confessou a prática delitiva, aduzindo que alguém falsificou o atestado e apresentou à empresa em seu nome. Quando ouvida em juízo, a ré novamente confessou, aduzindo que queria forçar sua demissão.

Corroborando a autoria delitiva, encontram-se os documentos de f. 102-110, encaminhados pelo Hospital Nossa Senhora Auxiliadora, em que constam as fichas de atendimento das denunciadas, nas quais, não constam atendimento médico nas datas informadas nos atestados médicos.

A testemunha Josino da Cunha Viana Neto, quando ouvida em juízo, esclareceu que é médico, bem como confirmou que as assinaturas constantes nos atestados médicos não eram suas. Esclareceu que nas datas informadas, não atendeu as denunciadas, bem como que à época, não estava atendendo no Hospital. Relatou também, que soube que os atestados médicos falsos em seu nome, estavam sendo apresentados em algumas empresas desta cidade, a fim de justificar faltas.

A médica Vanessa Azambuja Bernardo relatou que trabalhava na empresa IF Saúde, prestadora de serviços para as empresas Adar e Fatex, e que passou a desconfiar dos atestados médicos, em razão do CID apresentado nos documentos não serem compatíveis com os dias de repouso. Assim, relatou a testemunha, que mostrou os atestados entregues pelas denunciadas ao técnico de enfermagem Ângelo José Marques Ribeiro, o qual informou que as assinaturas constantes nos mesmos não eram do médico Josino da Cunha Viana Neto, visto que já havia trabalhado com o mesmo, e que conhecia sua assinatura.

Confirmando os fatos descritos pela testemunha, encontra-se o depoimento de Ângelo José Marques Ribeiro (áudio e vídeo de f. 264-265).

A testemunha Eleuza Sampaio, arrolada pela defesa da ré P.N.N.N., ao ser ouvida em juízo, relatou que a acusada lhe informou que fez uso de atestado médico falso.

Marilza Brito da Silva, testemunha arrolada pela defesa de V.S.B., informou em juízo que a acusada teria lhe confidenciado que comprou um atestado médico falso.

As demais testemunhas ouvidas em juízo, acerca dos fatos, nada esclareceram. (...)"

Conforme se observa, a versão sustentada pelas apelantes, no sentido de que não agiram dolosamente ao fazer o uso de documento falso, além de desarrazoada, encontra-se divorciada do conjunto probatório carreado aos autos.

Ambas as apelantes P. e B. admitiram em juízo (f. 264-265) que compraram os atestados médicos e entregaram à empresa onde trabalhava, sem passarem por consulta médica, cuja conduta subsume-se ao tipo penal em questão, consistente em uso de documento falso.

Destaca-se que a médica Vanessa Azambuja Bernardo, ao ser ouvida em juízo, informou que trabalhava na empresa IEF Saúde, prestadora de serviços para as empresas Adar e Fatex, onde as denunciados trabalhavam. Referiu ter desconfiado da autenticidade dos atestados médicos apresentados pelas acusadas, em razão do CID apresentado nos documentos serem incompatíveis com os dias de repouso e com os sintomas relatados pelas denunciadas. Diante disso, mostrou os atestados ao técnico de enfermagem Ângelo José Marques Ribeiro, por ter conhecimento que ele já trabalhou diretamente com o médico reportado nos documentos, o qual confirmou que as assinaturas ali constantes não pertenciam ao médico Josino da Cunha Viana Neto.

Referido depoimento foi ratificado por Ângelo José Marques Ribeiro (f. 264-265, em juízo).

Desta feita, restou comprovado nos autos que as apelantes fizeram uso de documento público contrafeito com o único e claro objetivo de abonar dias não trabalhados. Portanto, revela-se acertado o decreto condenatório.

O fato de não ter sido as rés quem falsificaram o documento não a eximem da culpa, tendo em vista que o tipo objetivo do crime em tela é fazer uso de documento falso, como se fosse verdadeiro.

A esse respeito, colhe-se precedentes dos tribunais pátrios:

> *"APELAÇÃO CRIME – USO DE DOCUMENTO FALSO – ATESTADO MÉDICO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DOLO EVIDENCIADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA REDUZIDA – PARCIAL PROVIMENTO – UNÂNIME. Contexto probatório revelando que o réu fez uso de documento falso, consistente em requerimento contendo três atestados médicos falsos, com intuito de justificar a ausência em sessões plenárias da Câmara de Vereadores de Caxias do Sul. Condenação mantida. Pena alterada. Apelo parcialmente provido. Unânime. (Apelação Crime nº 70076592666, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 14/06/2018)."* (TJRS. ACR: 70076592666 RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Data de Julgamento: 14/06/2018, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/06/2018)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – ATESTADO MÉDICO – AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. A prova documental (portaria de instauração de inquérito policial, ocorrência policial, relatório de investigação, auto de apresentação e apreensão do atestado médico falso, declaração do hospital de que o apelante não foi atendido na unidade de saúde e que o médico não integra o quadro de pessoal), pericial (laudo de perícia criminal - exame grafotécnico, definindo que o atestado médico não foi preenchido pelo médico que consta no carimbo aposto) e testemunhal (declarações da proprietária do estabelecimento comercial em que o atestado foi entregue e depoimento da funcionária, legalmente compromissada) forma um conjunto probatório coerente e harmônico, suficiente como esteio à condenação nos termos dos artigos 304 c/c 298 do Código Penal. 2. Recurso conhecido e desprovido."* (TJDF 20161110024239 DF 0002342-23.2016.8.07.0011, Relator: Maria Ivatônia, Data de Julgamento: 14/02/2019, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/02/2019. Pág.: 179/197)

Nesse contexto, infrutífera a pretensão absolutória, pois de uma análise minuciosa dos autos percebe-se que os elementos de convicção produzidos no curso da instrução processual realmente mostram-se suficientes ao amparo da tese acusatória, de forma que não resta configurado o princípio *in dubio pro reo*, devendo a condenação das apelantes P.N.N.N. e B.A.B. da S. ser mantida.

Pleito de desclassificação da conduta

A defesa postula a desclassificação do delito imputado às rés para o previsto no artigo 304, c/c o artigo 298, ambos do Código Penal (uso de documento particular falso), asseverando que os atestados médicos não foram emitidos pela rede pública de saúde e, subsidiariamente, em face do novo apenamento, requer a nulidade do processo para que seja oportunizado o Ministério Público manifestar-se sobre a proposta de suspensão condicional do processo.

Razão não lhes assiste.

Os atestados médicos utilizados pelas acusadas contêm o timbre do Hospital Nossa Senhora Auxiliadora.

Verifica-se do Estatuto Social acostado nos autos às f. 268-297, em seu artigo 1º, que o referido hospital é;

> *"(...) entidade civil de direito privado, religiosa, assistencial e filantrópica, de fins não lucrativos". O artigo 2º, inciso III, refere ainda que a sociedade tem por objetivo "desenvolver atividades que proporcionem melhoria da saúde comunitária, sempre em colaboração com os órgãos públicos competentes."*

Sendo assim, aplica-se ao caso em análise o disposto no art. 298, § 2º do CP, que assim dispõe:

> *"(...) para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular".*

Segundo disciplina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci[1], citando Maria Sylvia:

> *"(...) o sentido mais utilizado para entidade paraestatal é o apregoado por Hely Lopes Meirelles, "de modo abranger as entidades de direito privado que integram a Administração Indireta (empresas de todos os tipos e fundações de Direito Privado), bem como os serviços sociais autônomos; a tais entidades tem-se que acrescentar, agora, as entidades de apoio (fundações, associações e cooperativas), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Em tal sentido deve ser interpretada a expressão entidade paraestatal no art. 327, parágrafo único, do Código Penal [atual art. § 327, § 1º, CP] e no art. 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar 3, de 27.08.1969), que confere juízo privativo de entidades paraestatais"* (Direito administrativo. p. 399-400)

Embora os atestados médicos falsos (f. 14-20), não tenham sido redigidos e assinados pelo médico responsável, constata-se do próprio cabeçalho dos documentos, que são oriundos da entidade paraestatal Hospital Nossa Senhora Auxiliadora, sendo, portando, públicos por equiparação, para fins penais.

Nesse diapasão:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – ART. 299 DO CÓDIGO PENAL – ATA DE REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE UMA SOCIEDADE ANÔNIMA – ALEGAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA POR ENTENDER QUE SE TRATA DE DOCUMENTO PRIVADO – AUSÊNCIA DE DADOS QUE COMPROVEM QUE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA NÃO É PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA (PARAESTATAL PARA FINS PENAIS). I - O remédio heróico do habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas das sustentações feitas já que não se admite dilação probatória. (Precedentes). II -* ***Não há, na hipótese, elementos suficientes capazes de demonstrar que a sociedade empresária apontada na proemial acusatória não é pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública Indireta (entidade paraestatal para fins penais), o que faria incidir na hipótese o disposto no art. 297, § 2º, do Código Penal que equipara a documento público, aquele emanado de entidade paraestatal. Habeas corpus não conhecido.*** *"* (STJ. HC: 84120 PR 2007/0126690-7,

1 **Código penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 1382.

Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 11/09/2007, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 15.10.2007 p. 331) g.n

Desta feita, não há reparos a serem realizados na sentença primeva e, assim, via de consequência, incabível a desclassificação da conduta descrita no artigo 304, c/c o artigo 297, ambos do Código Penal.

Inalterada a reprimenda, resta prejudicado o pedido subsidiário de nulidade do processo para que seja oportunizado ao Ministério Público para proposta de suspensão condicional do processo prevista no artigo 89, da Lei nº 9.099/95, por ser inviável à hipótese, porquanto a reprimenda mínima abstratamente cominada ao delito tipificado no artigo 304, c/c o artigo 297, ambos do Código Penal, é de dois anos de reclusão, isto é, superior ao patamar legal exigido.

Custas processuais

Por fim, em relação à isenção das custas processuais/justiça gratuita, trata-se de assegurar o acesso à justiça de quem não possui recursos para atender as despesas do processo, sem que isso lhe acarrete prejuízo ao sustento próprio ou da família.

Impõe-se a aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil, o qual expressamente revogou o art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Da redação dos artigos 98 a 102, do novo CPC, extrai-se que para a concessão de tal benefício, basta que a parte firme a declaração de próprio punho ou através de advogado.

Muito embora seja certo que "*nada impede a parte de obter os benefícios da justiça judiciária e ser representada por advogado particular*". (STJ; REsp 1153163/RS; Rel. Minª. Nancy Andrighi, DJe 02/08/2012), a condição de hipossuficiência deve ser demonstrada, sob pena de banalização do benefício.

A esse respeito:

> *"EMENTA – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA. RECURSO NÃO PROVIDO. A decisão agravada foi proferida em consonância com a posição no Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a necessidade da efetiva comprovação da hipossuficiência para a concessão do benefício da justiça gratuita."* (TJMS. Agravo Regimental n. 1408390-71.2017.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 21/09/2017, p: 25/09/2017)

No caso, a ré B. teve sua defesa patrocinada por advogado constituído e não comprovou a precária condição financeira, não merecendo acolhimento a pretensão de concessão da assistência judiciária gratuita e de suspensão das custas processuais.

Por outro lado, em relação à apelante P., deve ser concedido o benefício da gratuidade da justiça, sobrestando-se o pagamento das custas pelo quinquídio legal, porquanto a ré, no documento de f. 397, declarou receber o salário de R$ 1.050,00, sendo compatível com sua alegação de hipossufiência, pois apenas um pouco superior ao salário mínimo.

Por conseguinte, cabível a suspensão da exigibilidade das custas, enquanto perdurar o estado de pobreza, podendo assim permanecer pelo prazo de 05 anos, nos termos do art. 98 a 102, do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015.

Quanto ao prequestionamento suscitado, registre-se que toda a questão foi enfrentada, não sendo necessária a expressa menção a todos os dispositivos mencionados.

Dispositivo

Ante o exposto, em parte com o parecer:

Nego provimento aos recursos interpostos por C.F.R. da S. e B.A.B. da S.;

Dou parcial provimento ao apelo de P.N.N.N., apenas para suspender a exigibilidade das despesas processuais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos recursos interpostos por C.F.R. da S. e B.A.B. da S., por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Deram parcial provimento ao recurso interposto por P.N.N.N., por unanimidade, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 26 de novembro de 2019.

***

Noticiário



“Reintegra” tira do cárcere para casa terapêutica cumpridor de medida de segurança - 01/10/2019



Cumpridor de medida de segurança do tipo internação, R. ganhou, na tarde desta segunda-feira (30), o direito de deixar o cárcere para habitar uma residência terapêutica em Corumbá. A audiência foi realizada pelo juiz da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Mário José Esbalqueiro Junior, e faz parte de uma ação que está unindo esforços para mudar a realidade de quem cumpre medida de segurança de internação numa unidade penal.

De acordo com o art. 97 do Código Penal, a medida de internação é aplicada quando se trata de pessoas inimputáveis ou semi-imputáveis, sendo que, ao inimputável é aplicada a medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial por tempo indeterminado.

Segundo Esbalqueiro, “a medida de segurança na modalidade de internação é fixada com prazo mínimo, diferente do que acontece nos casos de condenação comum, onde o juiz fixa os exatos limites do cumprimento. Já para os inimputáveis, é verificado periodicamente o reequilíbrio que possibilite o retorno da vida em sociedade. Por isso a importância uma ação conjunta como esta que possibilitou o tratamento adequado e a desinternação”.

O correto segundo a lei, destaca o magistrado, é que a internação seja cumprida em hospital de custódia, o que não existe em MS e na maioria dos Estados. Por isso, na prática, esse público fica separado em alas médicas dentro dos presídios. Assim, “esse projeto possibilita dar um real tratamento mais aprofundado e individualizado dessas pessoas”, completa o juiz.

Conforme o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal, “foi um momento muito importante de uma junção de esforços de vários seguimentos para trazer uma possibilidade de melhorar esta questão porque da forma como está esse atendimento tem surtido efeito negativo e a pessoa de R. está sendo o primeiro a experimentar dessa iniciativa que é muito importante para todas as pessoas que estão em situação semelhante. Então, é uma responsabilidade também para ele, saindo daqui hoje, de seguir toda a orientação da residência terapêutica e do CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) de Corumbá, além da família dar apoio nesse momento, porque a continuidade do tratamento é fundamental numa situação como esta” disse.

“Tenho uma grande esperança que, com essa somatória de esforços de todos os seguimentos, como Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, Poder Executivo, etc., tudo isso seja fundamental para se trilhar um novo caminho em situações como esta. E esperamos crescer nessa modalidade de atendimento, com o apoio de todos para conseguirmos um êxito ainda maior nesse encaminhamento”, completou o desembargador.

A iniciativa Reintegra é uma ação intersetorial que tem a frente a promotora de justiça Renata Goya e a Defensoria Pública Estadual. É um programa de desinternação dos pacientes cumprindo medida de segurança. O Reintegra tem o objetivo de atender as pessoas que cumpram medida de segurança que tenham algum problema mental, ou seja, que cometeram um crime ou ato infracional e, em função do problema psíquico estão recolhidos no presídio de segurança máxima. Visa-se assim, que eles possam ter um ambiente adequado de tratamento, uma avaliação multiprofissional e que seja possível evoluir com estes pacientes para o tratamento ambulatorial e R. foi o primeiro caso.

Ele começou o tratamento no CAPS, vindo do presídio com o quadro de saúde bastante debilitado, inclusive com pneumonia, não estava fazendo uso adequado da medicação (apesar de prescrita), mas, segundo a coordenadora da rede de saúde mental de Campo Grande, a psiquiatra Ana Carolina Ametlla Guimarães, "há um prejuízo nesse atendimento pelo próprio ambiente institucional de um presídio e aos poucos ele foi melhorando. Primeiro tratamos a parte infecciosa, depois começamos a tratar a desorganização do comportamento e ele evoluiu muito bem e agora irá para a residência terapêutica, um dispositivo residencial com vagas para oito moradores, todos com algum sofrimento psíquico, e continuará seu tratamento no CAPS de lá. Todo esse processo foi bastante exitoso e gratificante para nós", enfatiza a psiquiatra.

A escolha por Corumbá é justamente por ser a terra natal dele, no intuito de tentar uma aproximação com sua família, estreitando os laços que estavam rompidos para quem sabe, em algum momento, ele possa voltar a morar com seus familiares, desde que se tenha segurança de que ele vai continuar fazendo o tratamento adequadamente.

Foi uma experiência empírica, reflete a promotora de justiça Renata Goya, "nós partimos da prática e estamos agora tentando formatar este fluxo desta iniciativa que batizamos de Reintegra para que possa, de fato, se tornar um projeto. Porque nós vimos o problema que eram os inimputáveis – pessoas cumprindo medidas de segurança de internação nas unidades penais sem, realmente, um tratamento adequado, sem um projeto terapêutico singular. Diante desta deficiência, unimos esforços e instituições e conseguimos sensibilizar o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Secretaria de Estado de Saúde, a Secretaria Municipal de Saúde, também a Secretaria de Assistência Social, e neste momento estamos convidando também o INSS e a Defensoria Pública da União, pois, percebemos que esta situação envolve vários setores e para que aconteça uma ação, realmente efetiva. É necessária essa união de esforços e foi o que vimos um pouco neste momento com o caso de R.".

Saiba mais – os trabalhos do projeto Reintegra iniciaram há cerca de um ano, sendo que o primeiro passo foi identificar as pessoas, cruzando dados da base do Sistema de Automação da Justiça (SAJ) com a lista das pessoas presas nas unidades e, a partir daí, foram estudados os casos e verificado aqueles que estavam realmente próximos, os tipos de delito que não envolviam violência, que poderia se iniciar esse tratamento.

Embora seja mais adequado que a pessoa, quando desinternada, vá para um familiar, o que se percebe na prática é que estas pessoas acabam perdendo esses vínculos, até pela questão do cárcere, eles vão se desvencilhando desses contatos familiares, ocasionando uma institucionalização ruim, numa unidade prisional.

O que se tentou neste primeiro momento foi tentar estabilizar esse transtorno mental com medicação e terapias no CAPS de Campo Grande e, como este paciente específico é de Corumbá, ele está indo para a residência terapêutica de lá.

E, a equipe do CAPS de Corumbá tentará a reaproximação familiar, que é o ideal. O intuito é que ele fique com os "seus". Primeiramente na cidade que ele nasceu e viveu e dos lugares que ele conhece e no futuro, junto de seus familiares, se possível.

A residência terapêutica funciona próxima de um CAPS até para facilitar o deslocamento até o centro de atendimento. Na residência, eles são acompanhados por um cuidador e existem uma série de regras que o indivíduo precisa cumprir, inclusive com delimitação dos locais que ele pode frequentar e dos horários, ou seja, uma espécie de liberdade assistida.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Fórum Internacional debate Violência contra a Mulher até sexta-feira - 03/10/2019



Teve início na manhã desta quinta-feira (3), no Novotel, o I Fórum Internacional sobre Violência contra a Mulher, com objetivo de promover o debate sobre a violência doméstica e a abordagem dos subtemas: patriarcado, feminismos e masculinidade positiva. O evento, que se estende até esta sexta-feira (4), é promovido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Escola Judicial de MS e da Coordenadoria da Mulher, em parceria com a Cátedra Unesco/UFGD "Diversidade Cultural, Gênero e Fronteiras" e a ONU Mulheres Brasil.

A abertura do evento contou com a presença do juiz auxiliar da Presidência, Fernando Chemin Cury, representando o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, do vice-diretor da Escola Judicial de MS, Des. Alexandre Bastos, da coordenadora da Mulher do TJ, juíza Jacqueline Machado, e da conselheira do CNJ, Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva.

Na solenidade, o vice-diretor da Ejud-MS e o juiz auxiliar da Presidência do TJMS deram as boas-vindas aos participantes destacando a magnitude do evento e a importância da discussão do tema violência contra a mulher.

A juíza coordenadora da Mulher ressaltou que este é um tema que tem que ser debatido na sociedade, em razão dos números altíssimos de violência contra a mulher. "É um evento muito importante principalmente para discutir com as instituições que fazem parte da rede de atendimento. Vamos tratar o feminicídio, as masculinidades positivas e masculinidades tóxicas, o feminismo, o patriarcado jurídico e o feminismo negro, pois sabemos que há um aumento no número de violência contra mulheres negras. Esses temas todos estarão em debate para que possamos conversar, trocar experiências e aprender com isso. Agradeço a Presidência do Tribunal, que tem sido extremamente sensível a este tema e tem possibilitado à Coordenadoria, junto com a Ejud, que também é uma parceira importantíssima, a fazer essas ações, eventos como este que estão fazendo a diferença dentro da política judiciária de enfrentamento à violência contra a mulher", afirmou Jacqueline Machado.

Para a conselheira Maria Cristiana, é essencial a ação integrada interinstitucional e, nesse contexto, a discussão do tema no evento por profissionais de áreas diferentes, e até mesmo de outros países, é fundamental para garantir políticas públicas e soluções que deem respostas efetivas às expectativas das mulheres que sofrem diariamente com a violência, seja ela física, psicológica, moral, patrimonial ou institucional. "Apesar dos avanços, há um longo caminho a percorrer para que crimes de feminicídio e denúncias por violência de gênero sejam menos usuais. No âmbito do Poder Judiciário, além da criação de mais varas especializadas e capacitação profissional, é preciso garantir um atendimento que seja tecnicamente adequado e, ao mesmo

tempo, mais humanizado. Isso é essencial, atendimento humanizado que atenda às necessidades e anseios das vítimas de violência", concluiu.

O I Fórum Internacional sobre Violência contra a Mulher visa atender os objetivos constantes da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à violência contra a Mulher, instituída na Resolução nº 254/2018 do CNJ, a Agenda 2030, em especial ao ODS 5 - Igualdade de Gênero, promover um espaço de debates e troca de conhecimentos que traga significativo avanço para sociedade, além de cumprir o plano de ação proposto na adesão à iniciativa do Movimento de solidariedade HeForShe-ElesPorElas, da ONU Mulheres, pela igualdade de gênero.

Programação – na manhã desta quinta-feira (3), a palestra de abertura foi *"Feminicidio: revertir la marca final de la politica de la muerte de las mujeres"*, com a professora mexicana Julia Monárrez, tendo como debatedor o Prof. Dr. Losandro Antônio Tedeschi (UFGD) e a juíza Helena Alice Machado Coelho como coordenadora.

Durante a tarde de hoje estão programados os seguintes temas: Histórias e resistências feministas, com as professoras doutoras Jacy Curado (UFMS), Jaqueline Aparecida Martins Zarbato (UFMS) e Marisa de Fátima Lomba de Farias (UFGD); e Feminismo Negro, com Maria Sylvia Aparecida de Oliveira.

Já na sexta-feira (4), a partir das 8 horas, o Fórum Internacional continuará com os temas: Educação para equidade de gênero, ministrado pelo Prof. Dr. Fernando Seffner (UFRGS); Patriarcalismo Jurídico, com o Des. Roger Raupp Rios (TRF 4ª Região); Masculinidades positivas, com Caio César dos Santos; Os grupos de responsabilização para homens autores de violências contra as mulheres: histórico, metodologias e desafios para a política de alternativas penais no Brasil, com Fabiana de Lima Leite (Coordenadora Técnica PNUD – CNJ); e Rede de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, intersetorialidade e transversalidade, com Aparecida Gonçalves.

Discutirão as temáticas os seguintes debatedores: Ângela Vanessa Epitácio (Coletivo de Mulheres Negras de MS "Raimunda Luzia Brito), Prof. Dr. Flávio Adriano (UFMS), Jaqueline Aparecida Martins Zarbato, o Prof. Me. André Masao Peres Tokuda (AEMS/Três Lagoas) e Vanessa Vieira (Coordenadoria da Mulher do TJMS).

As palestras serão coordenadas ainda pelas juízas Jacqueline Machado, Bruna Tafarelo, Tatiana Said e Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva, e pelo juiz Alessandro Leite Pereira.

HeForShe – Confira no link https://www.youtube.com/watch?v=jEQbPYuhohc o vídeo produzido pelo TJMS do Movimento de solidariedade HeForShe-ElesPorElas, da ONU Mulheres, pela igualdade de gênero.



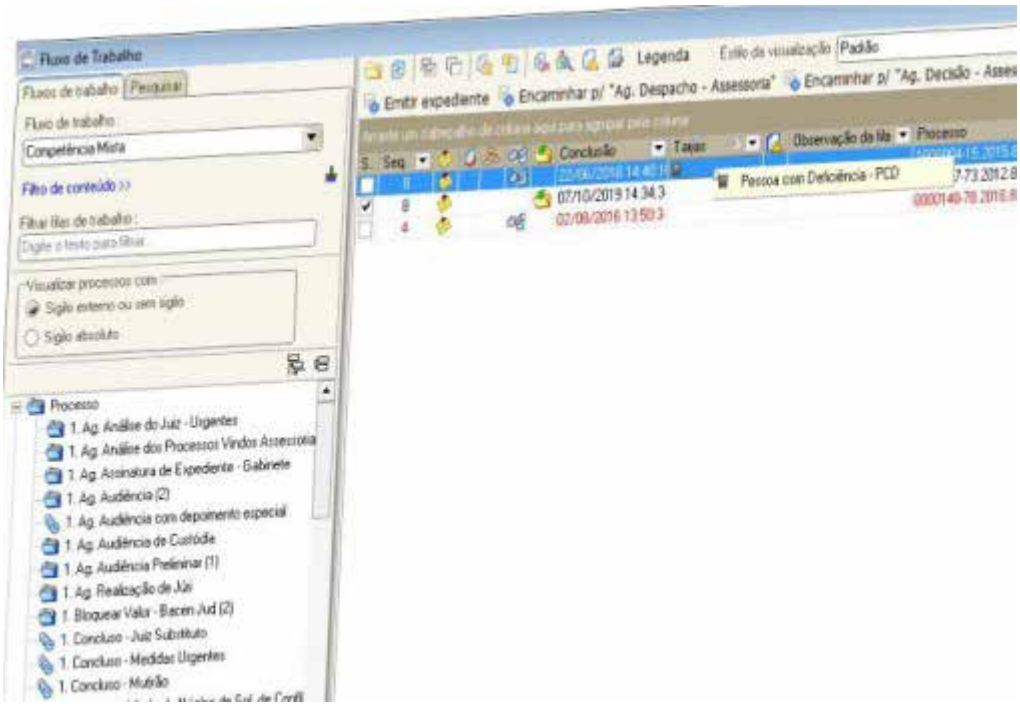




I Fórum Internacional sobre Violência contra a Mulher

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS cria tarja de prioridade para Pessoa com Deficiência - 07/10/2019



A Corregedoria-Geral de Justiça autorizou a inclusão de uma tarja de prioridade, que beneficiará Pessoas com Deficiência (PCD). A decisão do Corregedor-Geral, Des. Sérgio Fernandes Martins, atendeu ao pedido da Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, com o parecer favorável do juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, César Castilho Marques. Por lei, as pessoas com deficiência têm prioridade nos processos. A tarja é mais uma forma de facilitar o andamento processual.

A Secretaria de Tecnologia da Informação (STI) inserirá uma nova tarja no sistema de gerenciamento de processos Eletrônicos, SAJ, o que permitirá a identificação de processos em que uma das partes seja pessoa com deficiência ("Pessoa com Deficiência - PCD"), com o emprego de "prioridade nível 3". A tarja estará disponível no 1º e 2 º Graus de jurisdição.

Atualmente, casos em que uma das partes são crianças, adolescentes ou idosos já possuem uma tarja de prioridade 1 e 2, conforme preleciona os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente.

A decisão do Corregedor menciona que o tema relativo às tarjas de identificação no processo eletrônico está regulamentado no Provimento nº 70/2012 da Corregedoria-Geral de Justiça, entre os arts. 37 a 39, dividindo-se entre aquelas indicativas de regime de tramitação prioritária definida e as meramente informativas. O desembargador destaca que o sistema permite a criação desta distinção, que não há custos nesta alteração, além de outras vantagens para o cidadão.

"No caso específico, revela-se importante a rápida identificação de prioridade dos processos cuja parte possua deficiência, pois atenderá ao disposto na Lei n.º 13.146/2015, que institui a norma de inclusão da pessoa com deficiência. O Art. 9º, inc. VII da citada lei", disse o Des. Sérgio Martins.

O Art. 9º da Lei nº 13.146/2015 preleciona que a pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário de MS disponibiliza hotsite TJMS Sustentável - 16/10/2019



Está disponibilizado, a partir de hoje (16), o hotsite TJMS Sustentável (https://www.tjms.jus.br/tjmssustentavel/), com o objetivo de comunicar ao público interno e sociedade em geral o Plano de Logística Sustentável (PLS) do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, bem como os relatórios de desempenho, projetos, indicadores ambientais, notícias, dentre outros assuntos relacionados à Política Socioambiental Institucional.

De acordo com a gestora do Núcleo Socioambiental do Tribunal de Justiça de MS, Tatiana Barbosa Rodrigues, "ao prezarmos pelos direcionadores institucionais (missão, visão e valores) ofertamos para a coletividade a entrega sistematizada daquilo que efetivamente o PJMS tem proposto e executado no que tange aos valores de transparência e responsabilidade social e ambiental".

Atualmente, temas como meio ambiente e sustentabilidade constam definitivamente como preocupação – e ocupação – de toda a sociedade, no Brasil e no mundo. Em todos os lugares (nas casas, nas escolas, nas ruas, nos locais de trabalho), um número crescente de pessoas procura conhecer mais sobre isso e se esforça por implementar novos comportamentos que respeitem e contribuam para a preservação da natureza e a melhoria da qualidade de vida, própria e de outrem. É nesse sentido que o Núcleo Socioambiental trabalha e no hotsite TJMS Sustentável será possível acompanhar as ações.

PLS – Recentemente foi iniciada a elaboração de um novo Plano de Logística Sustentável (PLS). O presidente do TJ, Des. Paschoal Carmello Leandro, em agosto de 2019, autorizou o Núcleo Socioambiental a dar início a elaboração do plano. A atualização se dará por meio de uma Comissão Gestora do PLS em parceria com todas as unidades do Poder Judiciário de MS.

O plano visa promover a responsabilidade socioambiental e inserir critérios de sustentabilidade nas atividades da administração pública. A inserção desses critérios envolve mudanças nos investimentos, compras e contratação de serviços pelo Judiciário, até uma gestão adequada dos resíduos gerados e dos recursos naturais utilizados, além da promoção da melhoria na qualidade de vida do ambiente de trabalho.

Comissão Gestora do PLS – A Portaria nº 1429, de 18 de fevereiro de 2019, designou o juiz auxiliar da Presidência, Alexandre Branco Pucci; o diretor-geral da Secretaria do Tribunal de Justiça, Marcelo Vendas Righetti; a diretora executiva da Presidência Erika Arevalo da Rosa; a gestora do Núcleo Socioambiental,

Tatiana Barbosa Rodrigues; o diretor da Secretaria de Obras, Daniel Felipe Hendges; a diretora da Secretaria de Bens e Serviços, Larissa de Almeida Fagundes; o diretor da Assessoria de Planejamento, Newton Cesco Junior; o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação, Altair Junior Ancelmo Soares; e o diretor da Secretaria de Gestão de Pessoal, Raphael Vicente Bilinski, como membros da Comissão Gestora do novo PLS.

Histórico – A primeira versão do hotsite era o Portal da Ecogestão, que foi lançado em junho de 2010, em atendimento a Portaria nº 192/09. Para a época, fazia parte de um projeto ousado a ser colocado em prática pelo Poder Judiciário de MS, mas desde então, com pequenas ações, o Poder Judiciário de MS busca despertar a consciência à necessidade de cuidar do planeta.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Exposição “Memória em Movimento do PJMS” está na comarca de Coxim - 18/10/2019



Quem trabalha ou frequenta o prédio do Fórum da comarca de Coxim tem a oportunidade de conhecer um pouco mais sobre a história do Poder Judiciário de MS na exposição itinerante do Tribunal de Justiça “Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul”, que está instalada nas dependências do Fórum e disponível para visitação, a partir desta sexta-feira (18). O lançamento contou com a participação de juízes e servidores.

A diretora do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária, Maria Alice Correa da Costa, explica que o trabalho de montagem foi realizado durante esta semana. “Fomos prestigiados por magistrados e pelos servidores do Fórum de Coxim durante a montagem dos estandes e agora no lançamento”, disse Maria Alice, lembrando que exposição Memória em Movimento deve ficar disponível para a população de Coxim até fevereiro de 2020.

Saiba mais – A exposição foi apresentada, pela primeira vez, na comarca de Campo Grande, passando pelos prédios do Tribunal de Justiça, Fórum e Cijus. Em seguida, todo o material foi apresentado na comarca de Dourados, depois em Três Lagoas, Corumbá, Maracaju e Ponta Porã.

Com o objetivo de divulgar sua história, desde 2017, ano em que o Estado de Mato Grosso do Sul completou 40 anos de divisão, o Tribunal de Justiça vem promovendo a exposição itinerante “Memória em Movimento do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul”.

A exposição é um resgate da história da Justiça sul-mato-grossense, da cultura e da população do Estado apresentando imagens, documentos, fatos e personagens históricos que, de alguma forma, contribuíram na construção do Poder Judiciário.

Os visitantes terão acesso a esse importante acervo com fotografias de prédios antigos, pessoas e momentos importantes, além de processos anteriores à separação do antigo Mato Grosso, com fatos curiosos que chamam atenção na atualidade, por seus relatos e pela dinâmica processual, um tempo em que a tecnologia da informação ainda não fazia parte da vida das pessoas, nem do Judiciário.

Fatos como a Guerra do Paraguai e seus personagens, como Guia Lopes, Tenente Antônio João e Barão de Melgaço, assim como o Ciclo da Erva Mate, são muito bem retratados, por serem momentos que destacam o Estado na historiografia nacional.

Além disso, são apresentados processos com histórias curiosas, demonstrando como eram os crimes e as demais demandas da justiça no passado. Estão divulgados também casos pitorescos, como o do falso juiz, que atuou como magistrado em uma comarca do interior. Fotos do ato de posse do usurpador estão expostas neste trabalho. O desfecho desta história é surpreendente.

Todo o trabalho foi realizado por servidores do Poder Judiciário. A seleção do material foi feita pelo Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária. Os expositores e stands foram produzidos na marcenaria do TJMS, vinculada à Secretaria de Bens e Serviços, em parceria com a Secretaria de Obras. A divulgação e a elaboração das artes gráficas foram feitas pela Secretaria de Comunicação.

A proposta da exposição itinerante é percorrer todas as comarcas de Mato Grosso do Sul, mostrando um pouco da história para que se perpetue entre as gerações. A iniciativa é do Departamento de Pesquisa e Documentação da Secretaria Judiciária, em parceria com a Secretaria de Comunicação e com a colaboração das secretarias de Bens e Serviços e Obras.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS assina termo e ações da Defensoria Pública se submeterão ao Julgamento Virtual - 29/10/2019



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, e o Defensor Público-Geral, Fábio Rogério Rombi da Silva, assinaram na tarde desta terça-feira (29), no Gabinete da Presidência do TJ, o termo de cooperação técnica para integração ao sistema de julgamento virtual de 2º Grau.

Participaram do ato o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, e os juízes auxiliares da Presidência do TJMS, Alexandre Branco Pucci, Fernando Chemin Cury e Atílio Cesar de Oliveira Jr.

Pelo termo de cooperação técnica, os recursos que tenham a participação de membros da Defensoria Pública se submeterão ao julgamento virtual, regulamentado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul pelo Provimento nº 411, de 12 de junho de 2018.

No ato da assinatura, o presidente do Comitê de Governança de TI do TJMS, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, enfatizou que já subscreveram o termo de cooperação todos os municípios do Estado, a Procuradoria-Geral de Justiça e as autarquias federais, tendo como carro-chefe o INSS. Assim, com a adesão da Defensoria Pública do Estado, falta somente a Procuradoria-Geral do Estado para concluir o círculo de demandas no julgamento virtual.

Como funciona – Na prática, um recurso pode ser votado pelos magistrados, em tempo e lugar distintos dos das sessões de julgamento presencial, no TJMS. A apresentação dos votos acontece também em ambiente virtual e com o resultado do julgamento o acórdão é publicado rapidamente.

A sistemática é recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que teve o entendimento firmado ao julgar a Consulta 0001473-60.2014.2.00.0000, para que os Tribunais interessados em aderir ao julgamento virtual possam fazê-lo, observadas as garantias constitucionais e legais do processo.

Com isto, os recursos sem sustentação oral e que estivessem maduros para julgamento, podem ser feitos em ambiente virtual, acelerando o processo e liberando a agenda dos membros do colegiado. Já aqueles processos mais complexos, de repercussão social e que tenham a manifestação da parte, com a participação efetiva de um advogado, iriam para plenário.

Pelo Provimento nº 411/18, a remessa dos autos, físicos ou digitais, ao gabinete do relator sorteado dar-se-á imediatamente após a distribuição, estando incluídos automaticamente na pauta de julgamento virtual, independentemente da juntada de eventual manifestação de oposição ao julgamento virtual ou decurso do prazo para esse fim, cuja certificação resta dispensada. Os processos físicos ou eletrônicos serão distribuídos para

o relator sorteado, que encaminhará seu voto aos demais componentes do órgão julgador por meio eletrônico (dentro do SAJ), que manifestarão sua adesão igualmente por meio eletrônico.

O julgamento virtual seguirá fases. Primeiro o relator encaminhará seu voto aos demais componentes do órgão julgador por meio eletrônico e os demais julgadores manifestarão sua adesão, da mesma forma. Encaminhado o voto pelo relator, não sendo lançado voto pelos demais julgadores, no prazo regimental, o relator poderá determinar o encaminhamento dos autos para julgamento presencial.

Não manifestada a divergência dos membros, o voto do relator servirá como acórdão para publicação na imprensa oficial. Já em caso de divergência, o voto será transmitido ao relator e aos demais julgadores, sendo ambos publicados, prevalecendo para acórdão aquele que for escolhido pela maioria, aplicando-se, inclusive, o disposto no art. 942 do CPC, quando couber.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS apresenta processos do Memorial a alunos de escola estadual - 01/11/2019



Essa semana, o Poder Judiciário fez uma visita especial aos alunos do segundo ano do ensino médio da Escola Estadual Joaquim Murtinho, em Campo Grande. O encontro serviu para contar um pouco da história deste sodalício e mostrar alguns processos antigos para que os estudantes visualizassem um pouco do trabalho e entendessem parte do contexto histórico do Estado.

A professora responsável pelos alunos, Edinéia da Silva Santos, é mestranda pela Universidade de Mato Grosso do Sul (UEMS) e fundamentou sua pesquisa em diversos materiais constantes do Memorial. Daí surgiu a parceria para divulgação, junto à escola, de processos e documentos históricos de Poder Judiciário Sul-mato-grossense.

Alunos tiveram contato com processos históricos do Judiciário de MS.







Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de MS presidirá a edição do Piauí do Fonavid - 11/11/2019



Na assembleia geral do XI Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica contra a Mulher (Fonavid), realizado em São Paulo (SP), de 5 a 8 de novembro, e que teve o juiz Alessandro Leite Pereira como representante do Estado de Mato Grosso do Sul, a juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher do TJMS, foi eleita presidente da próxima edição do Fonavid, que será realizada no Piauí.

E não é só isso: o juiz Cláudio Müller Pareja foi eleito para o comitê do XII Fonavid, como membro da comissão legislativa. Esta não é a primeira vez que a juíza sul-mato-grossense integra a organização do Fórum: em novembro de 2018, na edição de Recife (PE), ela foi eleita como 1ª Vice-presidente para Fonavid 2019, realizado na Capital paulista.

Jacqueline ainda não divulgou o tema e a data do Fonavid do Piauí, mas esta semana deve iniciar o planejamento para realização do evento.

Saiba mais – Na edição de São Paulo, o XI Fonavid teve como tema a "Educação para a equidade de gênero: um caminho para o fim da violência doméstica contra a mulher".

Representando MS no evento estavam, além de Jacqueline Machado, os juízes Vinicius Pedrosa Santos, Bruna Tafarelo, Claudio Müller Pareja, Marco Antonio Montagnana Morais, Helena Alice Machado Coelho, Samantha Ferreira Barione, Walter Arthur Alge Neto e Alessandro Leite Pereira, além das servidoras Anne Klean Alexandra Mendes, Vanessa Vieira e Sandra Regina, da Coordenadoria da Mulher.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedoria institui Núcleo de Apoio ao Combate à Corrupção, ao Crime Organizado e à Improbidade Administrativa - 22/11/2019



Está publicado no Diário da Justiça desta sexta-feira (22) o Provimento nº 219, da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, que institui o Núcleo de Apoio ao Combate à Corrupção, ao Crime Organizado e à Improbidade Administrativa (NACCRIM). O núcleo terá a finalidade de auxiliar e apoiar os Juízes de Direito no sentido de agilizar o julgamento de ações com esta natureza e será composto por servidores da Corregedoria, sob a coordenação, supervisão e orientação de um Juiz Auxiliar. O provimento é assinado pelo Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins.

Pela norma, compete ao NACCRIM, entre outras coisas, identificar e monitorar as demandas que tenham relação com a corrupção, o crime organizado e a improbidade administrativa, estimular a integração e intercâmbio com outros Poderes, agentes, órgãos e instituições, mediante parcerias científica ou operacional, cooperação técnica, convênios, compartilhamento de informações, entre outros, visando meios de acelerar os processos judiciais nos casos em que for necessário obter de tais entes informações e/ou documentos. Cabe ainda ao Núcleo propor e sugerir medidas para a prevenção e combate à corrupção, ao crime organizado e à improbidade administrativa por meio e uso de inteligência integrada com outros Poderes, agentes, órgãos e instituições que, de forma direta ou indireta, atuam na respectiva área e adotar providências necessárias para cumprir seus objetivos.

O Núcleo deverá também monitorar e auxiliar os Cartórios Extrajudiciais no cumprimento do Provimento nº 88, de 1º de outubro de 2019, do CNJ, que dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles a serem adotados pelos notários e registradores visando à prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro, previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e do financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

O NACCRIM realizará reuniões bimestrais e periódicas, podendo haver convocação extraordinária. Destes encontros participarão, como membros natos, o Corregedor-Geral de Justiça e um Juiz Auxiliar da Corregedoria. Como convidados obrigatórios, um Juiz Auxiliar da Presidência do TJMS, dois Juízes de Direito de Entrância Especial, um com atuação na área de crime organizado e outro em improbidade administrativa, dois Juízes de Direito de Segunda Entrância, um com atuação na área de crime organizado e outro em improbidade administrativa (sem prejuízo que a competência de ambos seja cumulativa nas áreas especificadas), além de um Juiz de Direito de Primeira Entrância.

Ainda poderão participar das reuniões agentes e representantes de outros Poderes, órgãos e instituições especialistas, mediante prévio convite, em razão dos itens a serem discutidos, com vista ao aperfeiçoamento do NACCRIM e o cumprimento de seu objetivo.

O NACCRIM agirá de ofício a partir das informações que obtiver ou forem disponibilizadas, bem assim também mediante provocação de interessados.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. Alexandre Bastos apresenta "Case" de sucesso no Seminário de Gestão Socioambiental - 26/11/2019



Durante o III Seminário Sul-mato-grossense de Gestão Socioambiental do Poder Judiciário, realizado pelo TJMS no último dia 21, diversas iniciativas que visam diminuir o impacto da atividade humana no meio ambiente foram apresentadas. O evento contou com a participação de magistrados e servidores de outros órgãos públicos e Estados da Federação. Foram apresentadas ações como da Usina de energia fotovoltaica do TRE do Paraná, além de uma palestra sobre Licitações Sustentáveis, modelos viáveis na Administração Pública. Esta edição do evento ocorreu no Novotel e foi uma realização do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do sul, por meio do Núcleo Socioambiental e da Escola Judicial de MS (Ejud-MS).

Um "*Case*" de sucesso foi apresentado pelo vice-diretor da Ejud-MS, Des. Alexandre Bastos, na abertura do evento. Ele instituiu, em seu gabinete, práticas que reduzem ao máximo o uso de papel. Como possui autonomia administrativa na gestão de seu gabinete, ele criou o projeto "Gabinete sem Papel".

No Seminário, o desembargador revelou que teve a ideia de acabar com o uso de papel em seu gabinete e em sua atuação nos órgãos julgadores, depois de participar da primeira edição do Seminário de Gestão Socioambiental, ocorrido no ano de 2017. "Naquele momento pensei que deveria fazer algo pelo meio ambiente. Algo que estivesse ao meu alcance e tivesse um impacto relevante", conta.

Assim foi criado o projeto "Gabinete sem Papel". Os votos do Des. Alexandre Bastos não são mais impressos e são lidos em plenário a partir do notebook. Entre os assessores, a cultura de não usar papel já se tornou uma rotina. Também foi disponibilizado aos advogados um número de WhatsApp, o (67) 99694-2756, e o e-mail **alexandre.bastos@tjms.jus.br** para o envio de Memoriais e para pedir, em casos de urgências, uma celeridade maior no caso.

"Na verdade, estou abrindo mais uma alternativa de comunicação, mantendo todas as demais", explica o magistrado, destacando que ele não restringe o acesso ao advogado que trouxer os memoriais ou outros expedientes em papel.

Além de contribuir para uma prática mais sustentável no fazer jurídico e na prestação jurisdicional ao contribuinte, a ação ajuda a dar mais celeridade aos processos, tendo em vista que os meios eletrônicos permitem o acesso rápido de onde a pessoa estiver, bastando ter acesso à internet.

Seminário – A realização desta terceira edição do Seminário demonstrou o comprometimento do Tribunal de Justiça com a Agenda 2030 da ONU em seus 17 objetivos sustentáveis, além de favorecer o cumprimento da Resolução CNJ n. 201, de 16 de setembro de 2015, integrar os órgãos do Poder Judiciário, Executivo, Legislativo e Universidades de Mato Grosso do Sul no que diz respeito às questões socioambientais. O Poder Judiciário do Brasil foi o primeiro a assumir compromisso.

O evento trouxe para Campo Grande profissionais que atuam em diversas áreas da Gestão Socioambiental, como a presidente do Núcleo de Sustentabilidade do DNIT, Gisele Duarte Doetzer, com a palestra "Rede Sustenta Paraná"; o presidente da Comissão Gestora do Plano de Logística Sustentável do TJMA, Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, com a palestra "A Sustentabilidade no Poder Judiciário do Maranhão"; e a chefe da pasta do Núcleo de Coordenação de Ações Socioambientais (NCAS) do Senado Federal, Karin Kassmayer, que falou sobre "Metodologia e Implementação do plano de equidade de gênero e raça do Senado Federal".

Também palestraram o promotor de Justiça do Ministério Público de MS e chefe da pasta Ambiental, Luciano Loubet, com a palestra "Resíduos Sólidos", o presidente do TRE/PR, Des. Gilberto Ferreira, e a chefe da Gestão de Sustentabilidade do TRE/PR, Cláudia Valéria Bevilacqua Gonçalves, com a palestra "Usina fotovoltaica no TRE-PR", e o presidente do Instituto de Direito Administrativo de MS (IDAMS), João Paulo Lacerda, falou sobre "Licitações Sustentáveis".

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza de MS é finalista em prêmio de enfrentamento à violência contra a mulher
26/11/2019



Na noite desta segunda-feira (25), na Sala São Paulo, na capital paulista, foram anunciados os vencedores da segunda edição do Prêmio Viva, uma parceria entre a revista Marie Claire e o Instituto Avon para homenagear pessoas que estão mudando a história da violência contra a mulher no Brasil. A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher em MS, foi uma das finalistas.

Na solenidade de premiação, o público conheceu 24 histórias que estão fazendo a diferença na vida de mulheres e meninas no país e os oito premiados nas categorias Revendedoras Avon, Sociedade Civil, Legislativo, Segurança e Justiça, Eles por Elas, Saúde, Autonomia Econômica e Educação.

Nas redes sociais, a juíza agradeceu por todos os votos recebidos. “Ficar entre as três finalistas foi um grande prêmio, mas o melhor foi poder compartilhar momentos incríveis ao lado de pessoas que lutam pela mesma causa - um mundo mais justo e equânime! Foi maravilhoso. Gratidão”, escreveu.

A diretora de redação de Marie Claire, Laura Ancona, destacou que o Prêmio é essencial por dar voz a pessoas que têm como mote de vida o enfrentamento à violência contra a mulher. “Vivemos em um país que recrimina a liberdade da mulher, seja ela qual for. Queremos homenagear as mulheres que sobreviveram, que resistiram, e não necessariamente viveram a violência na pele, mas por empatia assumiram a causa. Esperamos que vocês repliquem a mensagem de completo repúdio a um mundo que odeia as mulheres, mas que não pode resistir sem elas”.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Sexta geração do SAJ opera em nuvem e usa inteligência artificial - 26/11/2019



Solução pioneira no processo digital no Brasil, o Sistema de Automação da Justiça (SAJ) chega à sua sexta geração de tecnologia, após duas décadas de evoluções constantes. Nesta semana, os Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos que adotam o sistema se reuniram em Florianópolis (SC) para conhecer as novidades do SAJ6. Durante o SAJ Tech Day, evento de dois dias ocorrido na sede da Softplan - empresa desenvolvedora da solução -, as instituições viram, em primeira mão, os recursos de tecnologia mais modernos da Justiça brasileira.

"O SAJ6 foi desenvolvido com base nas premissas de operação em nuvem, inteligência artificial e foco na experiência do usuário. A transição entre o SAJ atual e a nova tecnologia será realizada progressivamente ao longo de 2020 e 2021 respeitando planejamento de cada instituição", explica o diretor executivo da Softplan, Ilson Stabile.

As primeiras mudanças no sistema já começaram a aparecer para os usuários com a atualização do layout do SAJ, que está com uma interface mais moderna, permitindo uma organização ainda melhor das informações e destacando-as de acordo com a prioridade com que devem ser trabalhadas.

"A operação em nuvem vai encurtar os caminhos para que ofereçamos aos usuários uma performance ainda maior, com respostas mais rápidas. Além disso, será possível ter uma operação muito mais escalável", disse Altair Soares, diretor de Tecnologia da Informação do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Um dos destaques é o Gabinete Digital, ambiente virtual em que magistrados e promotores podem concentrar suas atividades de forma personalizada. Essa funcionalidade foi desenvolvida com um novo conceito de gestão de produto, que leva em conta as necessidades dos usuários e garante entregas mais rápidas e efetivas.

"As atualizações no SAJ são planejadas com cada Tribunal de Justiça e Ministério Público. Os comitês gestores destas instituições sinalizam o momento em que os usuários receberão os novos recursos. Estamos em contato permanente com nossos clientes, garantindo transparência na gestão das entregas", argumenta Rodrigo Santos, diretor de Operações da Softplan.

O que vem por aí

Operação em nuvem

A sexta geração do SAJ é nativa para computação em nuvem. Durante o evento desta semana, as instituições conheceram em detalhes as especificações e a jornada para migrar o sistema para ambientes cloud. Mais uma vez, essa transição será feita de acordo com as necessidades e o planejamento de cada Tribunal ou Ministério Público.

"A nuvem garante aumento de performance para o sistema e economia de custos para as instituições. Também facilita e agiliza as atualizações e entregas de funcionalidades e módulos para os usuários", diz Luis Fernando Fausto, diretor de Tecnologia da Softplan.

Inteligência Artificial

Durante a programação do SAJ Tech Day, os participantes conheceram a LEIA (acrônimo para Legal Intelligent Advisor), a Inteligência Artificial que gerencia todas as automações no SAJ6. A LEIA foi desenvolvida pelo Centro de Competência em Inteligência Artificial da Softplan, o primeiro laboratório de Ciência de Dados aplicada à Justiça no Brasil.

Com base em técnicas como RPA (Robotic Process Automation), Processamento de Linguagem Natural e aprendizado autônomo, ela facilita o trabalho nos gabinetes e oferece resultados amplos em indicadores de prestação jurisdicional.

"Todas as automações da LEIA são resultado de um trabalho especializado de pesquisa sobre as necessidades do ecossistema da Justiça e dos operadores do Direito. De acordo com benchmarks e análises de referência, essa é a solução de inteligência artificial mais robusta à disposição hoje para a Justiça", defende Thiago Stabile, gerente de Data Science da Softplan.

Autoria do Texto: Ascom/Softplan

Tecnologia permite oitiva de vítima pela 1ª vez no processo em julgamento do Júri
26/11/2019



Em sessão de julgamento realizada na manhã desta terça-feira (26), o juiz titular da 1ª Vara do Tribunal do Júri, Carlos Alberto Garcete de Almeida, usou dos recursos da tecnologia para ouvir a vítima de um processo de tentativa de homicídio com três réus, sendo que, depois do fato ocorrido, esta não foi mais encontrada pela polícia.

O magistrado destacou que este é um caso atípico, pois a vítima da tentativa de homicídio não foi ouvida na fase policial nem em juízo. "Os três réus estavam sendo levados a julgamento hoje sem o depoimento da vítima, fundamental para esclarecer detalhes do fato ocorrido. Nós fizemos várias tentativas de localizá-la e hoje, antes de começar o Júri, pedi para fazer uma última tentativa e conseguimos localizá-la em Ponta Porã. Rapidamente chamei a equipe de TI e fizemos a gravação por videochamada para jogar no telão do Tribunal do Júri. Imediatamente então fizemos o depoimento da vítima em plenário por videochamada. Uma vítima que nunca havia sido ouvida durante o processo inteiro, uma novidade", ressaltou Garcete.

Esta é a segunda vez que o juiz utiliza aplicativo de celular para ouvir a vítima de um processo. O primeiro caso foi em abril de 2018, quando recursos de tecnologia foram utilizados para ouvir a vítima de um processo de tentativa de homicídio ocorrida na Capital, mas que residia em Buenos Aires, na Argentina. O crime ocorreu no dia 25 de março de 2015, no Residencial Mário Covas.

Sem grandes formalidades, o primeiro contato com a vítima se deu fazendo uso do aplicativo *Whatsapp*, que prontamente atendeu ao pedido do magistrado para realizar a videoconferência utilizando um site que oferece a plataforma gratuita para realizar a conexão. Assim, mais uma etapa processual se encerrou garantindo agilidade em um depoimento internacional de forma eficiente e sem custos para os cofres públicos.

"Neste caso, pelos métodos convencionais eu teria que expedir uma carta rogatória e esta, pela nossa experiência, demora anos para voltar. Numa situação dessas o processo é suspenso e isso traz indignação para a opinião pública, na sociedade, porque é um processo de tentativa de homicídio. Com a utilização das tecnologias disponíveis conseguimos cumprir os atos processuais e dar mais celeridade aos processos", concluiu o juiz Carlos Garcete.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é o primeiro Tribunal a fazer remessa automatizada ao STJ - 04/12/2019



O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio das Secretarias de Tecnologia da Informação e Judiciária, desenvolveu uma solução tecnológica *web service* para a integração com o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A tecnologia foi criada por servidores da TI do TJMS, lotados no Departamento de Sistemas Jurisdicionais, com a anuência da área de TI do STJ, para fazer remessas, de modo automatizado, do sistema SAJ para o ISTJ (sistema próprio do STJ). A Corte sul-mato-grossense foi escolhida para um projeto-piloto, que servirá de modelo para os outros Tribunais brasileiros.

Na prática, até a criação desta solução tecnológica a remessa dos processos do TJMS para o STJ era feita manualmente, num trabalho que podia durar até um dia inteiro para um único processo. Isto ocorria porque todas as peças do processo eram convertidas em formato .pdf, página por página, e depois lançadas individualmente no sistema do STJ.

O *web service* desenvolvido pelo TJMS facilita o trabalho da área judicial, evitando retrabalhos, aumentando a produtividade e agregando mais valor ao processo de remessa processual. No período de testes, durante 17 dias utilizando a ferramenta, houve um aumento de 47% no volume de processos encaminhados ao STJ.

Dados da Secretaria Judiciária demonstram os benefícios de se trabalhar com esta sistemática. Segundo o setor responsável, hoje, com o novo sistema, pode ser remetido um processo com oito volumes em apenas 15 minutos. A solução tecnológica permitiu que a taxa de congestionamento desta classe processual, no TJMS, diminuísse de cerca de 1.300 aguardando remessa à Corte Superior, para 250 autos.

Segundo o juiz auxiliar da Vice-Presidência do TJMS, Fernando Paes de Campos, o novo sistema veio em prol de uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz. “Esta solução tecnológica está agilizando a remessa e evitando o acúmulo de feitos a serem remetidos, além de reduzir o tempo para que o pedido da parte seja recebido e conhecido pelo Tribunal Superior. O jurisdicionado, os advogados, o Ministério Público e a Defensoria Pública são os maiores beneficiados”, explica Paes de Campos.

O magistrado pontuou também que o serviço veio como uma resposta da tecnologia à necessidade do TJMS de conter despesas e racionalizar o uso da sua força de trabalho. “Hoje, com o *web service* em funcionamento, o setor responsável pela remessa dos recursos ao STJ tem conseguido produzir mais, em

menor tempo e com menos servidores. Os processos onde não haja omissão ou erro de dados são remetidos ao Tribunal Superior em poucos minutos. Aqueles onde haja falhas no nome ou na qualificação das partes e advogados, persiste a necessidade de interferência humana", disse, salientando que é "motivo de grande orgulho para o TJMS, e em especial para sua equipe de TI, ter desenvolvido o sistema de integração entre os sistemas SAJ e ISTJ, o qual está sendo avaliado pelo Tribunal Superior para ser o modelo a ser replicado nos demais Tribunais usuários do SAJ".

O juiz auxiliar adiantou que o TJMS iniciará uma campanha para conscientizar os servidores do primeiro grau e, principalmente, os advogados sobre a importância de manter corretos e atualizados, no sistema SAJ, dados como o nome, o CPF das partes e a OAB dos advogados.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Decisão da 1ª Vara do Tribunal do Júri torna-se precedente no STF - 12/12/2019



A mera condição de servidor público federal não basta para atrair a competência da justiça federal. Esse foi o entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão unânime desta terça-feira (10), que indeferiu o *Habeas Corpus* 157.012, confirmando decisão do juiz da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, Carlos Alberto Garcete de Almeida, que estabeleceu que a justiça estadual é competente para julgar crime de homicídio praticado por policial rodoviário federal em briga de trânsito, ocorrida no trajeto entre a residência e o trabalho.

O HC foi impetrado pela defesa de um policial rodoviário federal, sob o argumento de que a ação sobre o homicídio deveria ser julgada no âmbito federal, pois o crime teria sido praticado no exercício de seu dever legal. No entanto, os ministros do STF entenderam que o fato foi um incidente privado, sem conexão com a função pública, mesmo entendimento adotado pelo juiz da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Capital, tornando a matéria precedente para demais casos análogos no país.

O crime aconteceu no dia 31 de dezembro de 2016, por volta das 5h40, na Av. Ernesto Geisel, em Campo Grande, quando o policial R.H.S.M. se deslocava para o trabalho no município de Corumbá. Conforme a denúncia, ao fazer uma conversão à direita, a vítima, o empresário Adriano Correa do Nascimento, não percebeu a proximidade com o veículo do acusado e quase provocou um acidente de trânsito. Ato contínuo, o acusado abordou as vítimas, descendo do veículo, identificando-se como policial e chamou reforço.

As vítimas chegaram a descer do carro e solicitaram que o acusado mostrasse sua identificação visto que, pela vestimenta que trajava, não era possível saber se era mesmo policial rodoviário federal. Diante da recusa do acusado, eles retornaram ao carro e Adriano ligou a caminhonete, iniciando manobra para desviar do veículo do réu, que estava impedindo sua passagem. Quando iniciou o deslocamento, o policial efetuou disparos na direção do carro, que se chocou com um poste de iluminação. O empresário faleceu no local. Outros dois passageiros ficaram feridos.

O réu foi submetido a júri popular no dia 30 de maio deste ano e foi condenado a 23 anos e 4 meses de reclusão, por homicídio qualificado, além de duas tentativas de homicídio em relação as vítimas V.C.O.S. e A.E. da S.

A análise do HC pela 1ª Turma do STF teve início em abril, tendo como relator o ministro Marco Aurélio, que votou pelo indeferimento, pois o caso não envolvia dever de ofício ou flagrante obrigatório, como dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal.

O relator entendeu que a mera condição de servidor público não basta para atrair o caso para a competência da justiça federal, pois o interesse da União está relacionado às funções institucionais e não ao acusado.

Na sessão desta terça-feira (10), o ministro Alexandre de Moraes apresentou voto-vista no mesmo sentido. Assim como o relator, entendeu que o incidente em que o policial se envolveu não tem conexão com o exercício da função.

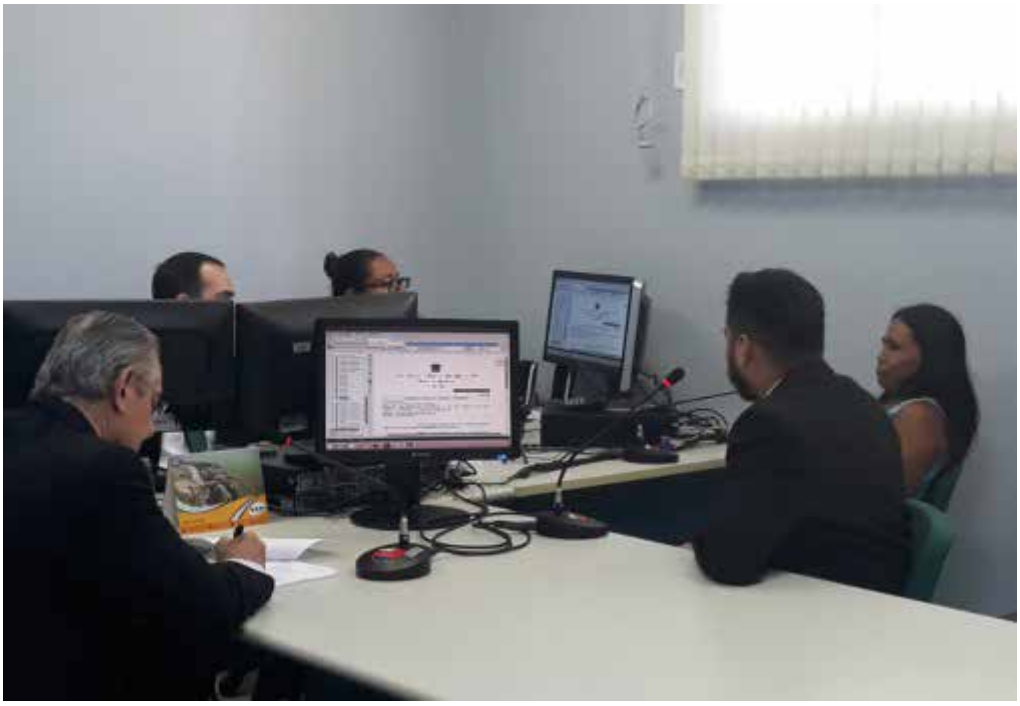
No mesmo sentido votaram os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux.

Precedente - No final de maio de 2017, o juiz Carlos Garcete rejeitou a exceção de incompetência absoluta feita pela defesa de policial rodoviário federal, negando pedido para que o processo tramitasse na justiça federal e determinou a regular continuidade da ação penal em trâmite na justiça comum estadual.

Com informações Consultor Jurídico

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Juiz realiza audiência com auxílio de tradutor da língua terena - 12/12/2019



Era uma tarde de audiências, como tantas outras, realizadas pelo juiz Juliano Duailibi Baungart, da 2ª Vara Cível de Aquidauana, mas o magistrado deparou-se com uma situação inusitada: duas pessoas que seriam ouvidas não falavam a língua portuguesa, o que o obrigou a contar com a colaboração de Jean Carlos Lili Sebastião, intérprete em língua Terena.

"Foi uma experiência nova e o tradutor, que é estagiário na 2ª Vara, mostrou-se eficiente ao nos auxiliar. O Jean é de origem Terena também e se dispôs a ajudar na tradução. Essa é a nossa realidade em Mato Grosso do Sul: grande parte da população é indígena e nem sempre tem o conhecimento para falar português. Situações com essa, em que o juiz precisa de tradutor, não é exclusiva de Aquidauana. Neste caso, quatro pessoas são partes no processo e dessas, apenas uma entende um e fala a língua portuguesa, contudo, muito pouco, por isso a convocação do tradutor", explicou o juiz.

Entenda – Um casal de trabalhadores rurais indígenas, residentes no Distrito de Taunay, em Aquidauana, ajuizou ação pedindo a concessão da tutela provisória de urgência, a fim de que seja deferida a curatela provisória dos dois filhos.

De acordo com o processo, um dos filhos é um rapaz de 21 anos, acometido por esquizofrenia e transtornos globais do desenvolvimento, e uma moça de 19 anos, com epilepsia. Os pais querem ser curados porque ambos têm dificuldades para as atividades diárias, sendo incapazes de realizar atos da vida civil, e necessitarem dos cuidados de terceiros para gerir sua vida.

A audiência realizada pelo juiz seria para verificar as informações constantes da ação e ouvir a mãe e os dois filhos, contudo, por questões de saúde, a menina não compareceu e teve a oitiva adiada para outra data a ser designada pelo juízo.

Presentes na audiência, além do juiz Juliano Duailibi Baungart, o promotor José Maurício de Albuquerque, Janaína de Araújo Sant'Ana, defensora do casal; os requerentes com o filho e o intérprete em língua Terena.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

MS está em 1º lugar em números de mediações e conciliações no país - 13/12/2019



"O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou, no início de dezembro, a média nacional de conciliação e mediação e Mato Grosso do Sul ficou em primeiro lugar no Brasil em número de mediações e conciliações. Temos avançado muito".

A afirmação é do Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Coordenador de Mediação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), ao apontar que a justiça sul-mato-grossense ocupa o lugar de destaque no cenário nacional.

O magistrado explica que uma das metas do CNJ para 2019 era exatamente aumentar os métodos alternativos de solução de conflitos e Mato Grosso do Sul, de acordo com Relatório Justiça em Números, alcançou o primeiro lugar no país tanto na área da mediação quanto da conciliação na justiça comum e nos juizados especiais.

"Alcançar o primeiro lugar no Brasil é o resultado do trabalho dos juízes, conciliadores e mediadores, que se dedicam a acabar com conflito das partes. Normalmente a mediação e a conciliação tendem a acabar com o conflito, enquanto a decisão judicial só o estanca e, muitas vezes, o conflito retorna. Com a mediação e a conciliação, a solução daquele conflito tende a perdurar no tempo", acrescentou.

Entenda - O Justiça em Números é um relatório que considera as peculiaridades de cada segmento de justiça e os portes dos tribunais, oferecendo subsídios para embasar a formulação de políticas públicas voltadas para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário.

O levantamento reúne informações dos 90 órgãos do Poder Judiciário no país e a edição deste ano avaliou informações fornecidas pelos tribunais em 2018. Assim, o índice de conciliação considera o percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentença e decisões terminativas proferidas.

Na justiça estadual, o percentual de Mato Grosso do Sul de sentenças homologatórias de acordo, comparativamente ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas é de 22,5%. O segundo lugar ficou com Sergipe, com 21,1%.

Importante lembrar que em razão da edição da Resolução nº 125/10, os estados criaram os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs), com a intenção de fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos de conciliação.

Nesse quesito, Mato Grosso do Sul, como Tribunal de pequeno porte, também se destacou por ter 10 Cejuscs, incluindo-se a comarca da Capital e as do interior. Desta forma, na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice foi de 16%.

Na justiça comum, o índice de conciliação e mediação alcançou um índice ainda maior e chegou a 25,2%. No primeiro grau, o índice de conciliação nas fases de execução atingiu 13,3% e o de conhecimento, 30,3%. De acordo com o relatório, o índice de conciliação total, incluída a fase pré-processual, o TJMS alcançou 23,5%.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS apresenta Sapre em evento do CNJ sobre Precatórios - 16/12/2019



O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou recentemente um *DemoDay* de sistemas de gestão de Precatórios. Para esse evento, alguns tribunais foram convidados para apresentar seus sistemas, além de outros tribunais convidados a conhecerem as soluções apresentadas.

Representando o Tribunal de Justiça de MS estiveram presentes o Coordenador de Novas Tecnologias da Secretaria de Tecnologia da Informação, Fabrício Fernandes de Melo, e a Diretora do Departamento de Precatórios, Mônica Vogl, apresentando o Sistema de Administração de Precatórios (Sapre), uma ferramenta de gestão de precatórios orçamentários e Requisições de Obrigação de Pequeno Valor (ROPV).

O objetivo do CNJ é adotar um sistema que possa ser utilizado por outros Tribunais do país que não o possuam e também que possa ser integrado ao PJE. A forma como o Sapre foi desenvolvido permite facilmente a integração com outros sistemas.

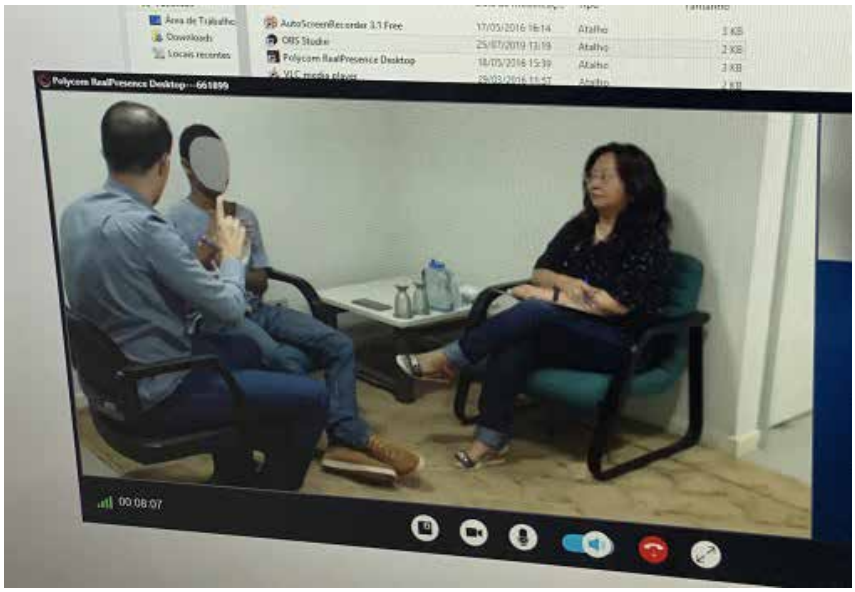
O sistema Sapre começou a ser desenvolvido em 2012 pela Secretaria de Tecnologia da Informação em parceria com a Vice-Presidência do TJMS (responsável pela gestão de Precatórios) e o Departamento de Precatórios.

O serviço despertou interesse de outros Tribunais brasileiros, que vieram a Mato Grosso do Sul conhecer esta solução tecnológica. A partir disto, foram estabelecidos convênios com os Tribunais de Justiça do Pará, Rondônia e Distrito Federal, que passaram a utilizar o Sapre para a gestão de precatórios em suas cortes.

Além do Sapre, desenvolvido pelo TJMS, foram apresentados os sistemas do TJMT, TJRN, TJPE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus,br

Pela primeira vez depoimento especial tem intérprete em Libras - 17/12/2019



Na tarde desta terça-feira (17), um adolescente surdo de 17 anos foi ouvido em depoimento duplamente especial no Fórum de Campo Grande pela juíza Helena Alice Machado Coelho, da 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A magistrada ouviu o adolescente com a técnica do depoimento especial e também de um intérprete de Libras.

O adolescente, vítima e testemunha de uma ação penal que tramita na vara, permaneceu em sala reservada na presença da facilitadora em depoimento especial do TJ, Celia Ruriko I. Wolfring, que teve auxílio do servidor Gustavo Almeida Pereira como intérprete da linguagem de sinais. Toda a entrevista foi transmitida por videoconferência para a sala de audiências, de onde as perguntas são enviadas via ponto eletrônico de comunicação.

Essa foi a primeira vez que um depoimento especial no Poder Judiciário de MS utilizou o apoio de um intérprete em Libras. Dessa experiência, relata a facilitadora Célia, fica a reflexão para garantir novas soluções de acessibilidade ao jurisdicionado. “Isso porque, se não fosse a participação do servidor Gustavo, deficiente auditivo e fluente em Libras, o depoimento especial do jovem não ocorreria”.

Célia conta ainda que, quando o adolescente chegou na Central de Depoimento Especial do Fórum, ele nem sabia ao certo o que estava fazendo ali. Foi graças à tradução do intérprete que o jovem teve ciência de que seria ouvido em uma ação judicial. Questionado ao término de seu depoimento, o adolescente deixou o espaço sem constrangimentos e também se mostrou à vontade para prestar seu relato.

Além disso, o momento propiciou que o servidor Gustavo, analista judiciário que trabalha no cartório da 2ª Vara do Tribunal do Júri, servisse como um exemplo ao jovem de que, mesmo com sua deficiência, é possível ter êxito profissional como qualquer outro cidadão.



Juíza Helena Alice acompanhava a oitiva da outra sala

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

18 mil processos foram implantados pelo TJMS no SEEU - 19/12/2019



Desde o início do mês de novembro deste ano, quanto o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul iniciou os trabalhos de implantação de processos no Sistema Eletrônico de Execução Penal Unificado (SEEU), mais de 18 mil casos já foram implantados. O sistema servirá de plataforma eletrônica para todo processamento de informações e atos processuais relativos à execução penal, além de possibilitar ampla consulta.

Os números foram apresentados na Reunião do Grupo de Trabalho do SEEU em Mato Grosso do Sul. Participaram do encontro o Presidente do TJMS, Des Paschoal Carmello Leandro, o Supervisor da COVEP/GMF, Des Luiz Gonzaga Mendes Marques, o juiz Coordenador da Força Tarefa para Implantação do SEEU, Jordan Jardim, os juízes auxiliares da presidência do TJMS, Alexandre Pucci, Fernando Chemin Cury, Atilio César de Oliveira Júnior, a diretora do Departamento Judiciário Criminal de Primeiro Grau da CPE, Andréa Michelle do Carmo Alves, além de Debora Cristina Ruivo, servidora do TJSP, convocada pelo CNJ para auxiliar na implantação do SEEU no TJMS.

A expectativa é implantar mais 14 mil processos até a data limite, estabelecida pelo CNJ para 31 de dezembro de 2019, em observância ao disposto no artigo 3º da Resolução n° 280 de 09 de abril 2019 do Conselho Nacional de Justiça.

Para isto, foi montado uma equipe, atuando na Central de Processamento Eletrônico (CPE), que trabalha em ritmo acelerado para se adequar a nova realidade, fazendo a migração dos dados estaduais, para o banco nacional do SEEU.

O TJMS foi escolhido como projeto-piloto e exemplo a ser seguido para Cortes que usam o Sistema Saj. Para isto, a equipe da Secretaria de Tecnologia da Informação (STI) do Tribunal de Justiça criou uma solução tecnológica, capaz de extrair dados do SAJ e fazer a migração de modo automatizado via *web service* do SEEU.

A ferramenta de migração automatizada, foi construída em dois estágios pelos servidores do Departamento de Sistemas Administrativos da STI. Isto permite que se acelere a migração sendo necessária menos servidores para esta tarefa.

Em uma primeira fase, aplicada no projeto piloto de migração da Auditoria Militar, a equipe de TI do TJMS criou um programa "extrator", que auxiliava a equipe de implantação do SEEU (servidores sob responsabilidade da CPE) no download de peças e dados básicos do processo para lançar manualmente no SEEU.

Deste extrator, o trabalho evoluiu para o que se pode chama de programa "migrador". Uma ferramenta que pega todos os dados necessários dos processos para inserir no SEEU, de forma totalmente automatizada, sem a necessidade de intervenção humana.

Esta sistemática foi utilizada, no último mês, na implantação total do SEEU. Foram cadastrados de forma automatizada mais de 37 mil processos, criando uma "ponte de comunicação" entre o SAJ e o SEEU. O desenvolvimento ocorreu com intenso trabalho entre as equipes de TI do TJMS e do CNJ e, após sua conclusão, serviu de modelo para outros Tribunais, como os Tribunais de Alagoas e do Acre que visitaram o TJMS e levaram nosso código para ser executado em suas implantações do SEEU, já que também utilizam o sistema Saj. Após isso, o Tribunal do Ceará ao tomar conhecimento da solução, também solicitou acesso para utilizá-la no seu processo de migração do SAJ para o SEEU.

No SEEU o processo passa pela situação de cadastrado, feito inteiramente pelo migrador, e depois a equipe da força tarefa inclui eventos da execução da pena, quando passa ao estado de implantado. Enquanto a implantação demanda checagem humana detalhada, o processo de cadastramento é mais lento, porém passível de automação. Com isso o migrador permitiu que a força tarefa se concentrasse na etapa final do processo de migração, gerando economia de tempo e, consequentemente, de recursos do Poder Judiciário.

Outra construção da Equipe da STI foi um relatório (BI) para visibilidade dos dados do SEEU. Isto foi possível pois houve a liberação pelo CNJ da base de dados do SEEU. Os Analistas de Dados modelaram as informações de forma a dar visibilidade das movimentações e processos dentro do SEEU, de forma simples e intuitiva.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Balanço mostra trabalho da Justiça Itinerante na Capital em 2019 - 19/12/2019



A 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante de Campo Grande divulgou o balanço dos atendimentos em 2019. Nas duas unidades móveis, que atendem 16 bairros foram realizados 37.446 atendimentos. Coordenado pelo juiz Cezar Luiz Miozzo, o serviço é levado para bairros afastados da região central, com grande número de moradores.

A exemplo de anos anteriores, o destaque de 2019 foi a conversão de união estável em casamento, somando 4.894 casais que oficializaram o matrimônio. Depois das conversões de união estável, o segundo serviço mais executado foi o divórcio direto, com 2.207 casos.

Entre os serviços mais procurados em 2019 estão os acordos gerais, com 807 casos; os cumprimentos de sentença, com 500 casos; a dissolução de união estável, com 231 casos; alimentos, com 182 casos, e investigação de paternidade, com 113 casos.

A população buscou ainda a Itinerante para resolver questões de guarda e/ou modificação de aguarda, conversão de separação em divórcio, exoneração de alimentos; reconhecimento de união estável, de paternidade; revisional de alimentos, regulamentação de visitas, restabelecimento de sociedade conjugal, cobrança, revisional de cláusulas, rescisão contratual, execução de título extrajudicial.

Destaque-se que o atendimento nos ônibus da Justiça Itinerante garante facilidade e rapidez nos serviços prestados, além de não gerar nenhum custo à população. A Justiça Itinerante tem a competência para conciliar, processar e julgar causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não exceda 40 salários-mínimos, bem como as causas relativas a direito de família.

Os atendimentos são realizados das 7 horas às 11h30, de segunda a quinta-feira, em dois bairros diferentes, por ordem de chegada. A Justiça Itinerante atua em parceria com a UCDB, que presta assistência jurídica para as partes necessitadas.

O calendário de atendimento do 1º semestre de 2020 já está disponibilizado no **http://www.tjms.jus.br/consultas/justica_itinerante.php**.

Mais informações podem ser obtidas nos telefones 3314-5503 ou 3314-5510.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Índice Onomástico



Jurisprudência Cível

Relator Des. Alexandre Bastos

Apelação Cível nº 0802215-71.2012.8.12.0005 - Aquidauana 16
Apelação Cível nº 0803018-40.2015.8.12.0008 - Corumbá 27
Apelação Cível nº 0600381-03.2011.8.12.0021 - Três Lagoas 40

Relator designado Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação Cível nº 0803176-18.2017.8.12.0011 – Coxim 51
Apelação Cível nº 0801511-64.2014.8.12.0045 – Sidrolândia 80
Apelação Cível nº 0823232-68.2018.8.12.0001 - Campo Grande 90

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível nº 0844518-10.2015.8.12.0001 - Campo Grande 96
Mandado de Segurança Coletivo nº 1402158-72.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça 100
Apelação Cível nº 0802159-40.2018.8.12.0001 - Campo Grande 109

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível nº 0840350-91.2017.8.12.0001 - Campo Grande 118
Apelação Cível nº 0829719-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande 122
Apelação Cível nº 0810759-26.2013.8.12.0001 - Campo Grande 129

Relator designado Des. Dorival Renato Pavan

Apelação Cível nº 0825781-85.2017.8.12.0001 – Campo Grande 137
Apelação Cível nº 0800288-88.2013.8.12.0020 – Rio Brilhante 153
Apelação Cível nº 0016926-63.2011.8.12.0001 – Campo Grande 161

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0809022-17.2015.8.12.0001 – Campo Grande 173
Agravo de Instrumento nº 1410930-24.2019.8.12.0000 – Campo Grande 187
Apelação Cível nº 0839336-14.2013.8.12.0001 – Campo Grande 193

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0808244-81.2014.8.12.0001 - Campo Grande 200
Apelação Cível nº 0017440-16.2011.8.12.0001 – Campo Grande 216
Apelação Cível nº 0802408-47.2017.8.12.0026 - Bataguassu 222

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

Agravo de Instrumento nº 1407142-02.2019.8.12.0000 – Campo Grande 228
Apelação Cível nº 0026332-74.2012.8.12.0001 – Campo Grande 233
Apelação Cível nº 0046493-08.2012.8.12.0001 – Campo Grande 241

Relator Des. João Maria Lós

Apelação Cível nº 0004214-05.2011.8.12.0013 – Jardim 245
Apelação Cível nº 0812740-51.2017.8.12.0001 – Anastácio 249
Apelação Cível nº 0800300-49.2015.8.12.0015 – Miranda 252

Relator designado Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível nº 0808835-40.2014.8.12.0002 – Dourados 257
Agravo de Instrumento nº 1412061-34.2019.8.12.0000 – Aquidauana 262
Apelação Cível nº 0839012-19.2016.8.12.0001 – Campo Grande 266

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

Apelação nº 0800156-70.2019.8.12.0036 – Inocência 270
Apelação Cível nº 0017151-15.2013.8.12.0001 – Campo Grande 276
Apelação Cível nº 0000306-34.2016.8.12.0022 – Anaurilândia 291

Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Agravo Interno Cível nº 0827239-74.2016.8.12.0001/50005 – Campo Grande 297

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível nº 0826366-74.2016.8.12.0001 - Campo Grande 315
Apelação Cível nº 0801079-77.2019.8.12.0010 - Fátima do Sul 319
Apelação Cível nº 0802717-05.2015.8.12.0005 - Aquidauana 327
Apelação Cível nº 0070980-47.2009.8.12.0001 - Campo Grande 333
Apelação Cível nº 0808630-06.2017.8.12.0002 – Dourados 340

Relator designado Des. Marcelo Câmara Rasslan

Direta de Inconstitucionalidade nº 1402536-28.2019.8.12.0000 – Tribunal de Justiça 348
Conflito de Competência Cível nº 1601738-83.2019.8.12.0000 – Dourados 363
Incidente de Arguição de Inconst. Cível nº 0800551-98.2018.8.12.0003/50000 – Bela Vista 367

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível nº 0808180-97.2016.8.12.0002 - Dourados 371
Apelação nº 0844498-19.2015.8.12.0001 - Campo Grande 377
Apelação Cível nº 0844053-69.2013.8.12.0001 - Campo Grande 389

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação Cível nº 0001537-54.2019.8.12.0002 – Dourados 408
Agravo de Instrumento nº 1409657-10.2019.8.12.0000 – Campo Grande 412
Apelação Cível nº 0806492-03.2016.8.12.0002 - Dourados 421

Relator Designado Des. Nélio Stábile

Apelação Cível nº 0800631-60.2018.8.12.0036 - Inocência 426
Apelação nº 0801009-18.2019.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 430
Apelação Cível nº 0800416-69.2014.8.12.0054 – Nova Alvorada do Sul 441

Relator Designado Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação Cível nº 0803136-63.2017.8.12.0002 – Dourados 451
Apelação Cível nº 0832556-87.2015.8.12.0001 – Bandeirantes 463
Apelação nº 0819538-28.2017.8.12.0001 – Campo Grande 472

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira (Juiz Vitor Luis de Oliveira Guibo em substituição legal)

Ação Rescisória nº 1411679-12.2017.8.12.0000 – Aquidauana 479
Apelação nº 0059569-02.2012.8.12.0001 – Campo Grande 485
Agravo de Instrumento nº 1407254-68.2019.8.12.0000 – Dourados 492

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000641-33.2018.8.12.0900 – Tribunal de Justiça 496
Apelação Cível nº 0015580-34.1998.8.12.0001 – Campo Grande 508
Apelação Cível nº 0804941-28.2016.8.12.0021 – Três Lagoas 513

Relator Des. Vilson Bertelli

Apelação Cível nº 0000537-93.2005.8.12.0039 – Pedro Gomes 518
Apelação Cível nº 0809214-05.2019.8.12.0002 – Dourados 523
Apelação Cível nº 0802770-63.2013.8.12.0002 – Dourados 527

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Agravo de Instrumento nº 1410334-40.2019.8.12.0000 – Dourados 531
Conflito de Competência Cível nº 1602031-53.2019.8.12.0000 – Campo Grande 537
Conflito de Competência Cível nº 1602032-38.2019.8.12.0000 – Aquidauana 540

Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Agravo de Instrumento nº 1410554-38.2019.8.12.0000 – São Gabriel do Oeste 543
Agravo de Instrumento nº 1410511-04.2019.8.12.0000 – Jardim 547
Apelação Cível nº 0803028-80.2017.8.12.0019 – Ponta Porã 550

Jurisprudência Criminal

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Apelação Criminal nº 0000906-49.2015.8.12.0003 – Bela Vista 558

Mandado de Segurança Criminal nº 1410994-34.2019.8.12.0000 - Amambai 567

Revisão Criminal nº 1601158-58.2016.8.12.0000 – Campo Grande 572

Relatora Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal nº 0011338-38.2012.8.12.0002 – Dourados 578

Habeas Corpus Criminal nº 1413243-55.2019.8.12.0000 – Campo Grande 585

Revisão Criminal nº 1409576-61.2019.8.12.0000 – Campo Grande 593

Relator Des. Emerson Cafure

Habeas Corpus Criminal nº 1412014-60.2019.8.12.0000 – Dourados 609

Apelação Criminal nº 0002812-41.2019.8.12.0001 – Campo Grande 617

Apelação Criminal nº 0000878-98.2014.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 624

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

Apelação Criminal nº 0029157-44.2019.8.12.0001 – Campo Grande 631

Apelação Criminal nº 0000767-34.2014.8.12.0003 – Bela Vista 636

Apelação Criminal nº 0002019-89.2016.8.12.0007 – Cassilândia 647

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

Habeas Corpus Criminal nº 1411404-92.2019.8.12.0000 – Água Clara 655

Apelação Criminal nº 0001912-75.2003.8.12.0015 – Miranda 661

Apelação Criminal nº 0001317-03.2018.8.12.0031 – Caarapó 671

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação Criminal nº 0000362-56.2019.8.12.0024 – Aparecida do Taboado 692

Apelação Criminal nº 0002428-65.2016.8.12.0007 – Cassilândia 697

Apelação Criminal nº 0000142-32.2016.8.12.0002 - Dourados 712

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação Criminal nº 0000237-95.2019.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul 725

Apelação Criminal nº 0001665-26.2009.8.12.0002 - Dourados 734

Apelação Criminal nº 0000381-62.2019.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 740

Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal nº 0001268-17.2017.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 755

Petição Criminal nº 1600218-93.2016.8.12.0000 767

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal nº 0002470-29.2018.8.12.0045 - Sidrolândia 780
Apelação Criminal nº 0000558-24.2014.8.12.0049 – Agua Clara 786
Habeas Corpus Criminal nº 1411057-59.2019.8.12.0000 – Campo Grande 793

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Apelação Criminal nº 0001144-18.2018.8.12.0018 – Paranaíba 800
Apelação Criminal nº 0000325-50.2019.8.12.0017 - Nova Andradina 806
Apelação Criminal nº 0003667-18.2018.8.12.0013 - Jardim 812

Relator Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal nº 0900008-27.2015.8.12.0030 - Brasilândia 818
Recurso em Sentido Estrito nº 0000467-71.2018.8.12.0055 - Sonora 823
Agravo de Execução Penal nº 0032315-10.2019.8.12.0001 - Campo Grande 830

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

Apelação Criminal nº 0007177-59.2015.8.12.0008 – Corumbá 840
Agravo de Execução Penal nº 0022226-25.2019.8.12.0001 – Campo Grande 848
Apelação Criminal nº 0006938-26.2013.8.12.0008 – Corumbá 852

Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

Recurso em Sentido Estrito nº 0000775-48.2015.8.12.0044 – Sete Quedas 859
Apelação Criminal nº 0004221-65.2014.8.12.0021 – Três Lagoas 868
Apelação Criminal nº 0002292-60.2015.8.12.0021 – Três Lagoas 879

Índice de Assuntos



Jurisprudência Cível

Ação Ambiental

Responsabilidade civil. SANESUL. Vazamento de esgoto. Teoria do risco administrativo. Responsabilidade subjetiva. Omissão da concessionária constatada. Dano moral cabível.

Apelação Cível nº 0600381-03.2011.8.12.0021 - Três Lagoas.....040

Ação Anulatória

Ato administrativo. Processo administrativo disciplinar. Sindicância para apuração de irregularidades em agência de trânsito. Administração Pública. Ressarcimento de custas. Lei n° 6.830/80 e Lei n° 3.779/90. Apelação Cível nº 0801511-64.2014.8.12.0045 – Sidrolândia.....080

Negócio jurídico. Venda de imóveis objeto de partilha entre ex-conviventes. Prazo decadencial. Termo inicial. Art. 179 do Código Civil.

Apelação Cível nº 0832556-87.2015.8.12.0001 – Bandeirantes 463

Servidora pública efetiva municipal. Agente administrativo. Aposentadoria voluntária por tempo de contribuição. Continuidade do serviço público após o ato de aposentação. Lei Municipal n° 1140 declarada inconstitucional pelo Órgão Especial. Ausência de regime próprio de previdência. Art. 40, § 3° da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Princípio da Contributividade.

Apelação Cível nº 0802408-47.2017.8.12.0026 - Bataguassu.....222

Ação Civil Pública

Danos ambientais. Intervenções em área de preservação permanente. Baixo impacto ambiental em APP. Demolição indevida. Desproporcionalidade da medida.

Apelação Cível nº 0000306-34.2016.8.12.0022 – Anaurilândia.....291

Edificação de lanchonetes e praças. Permissões de uso de bem público. Ausência de concorrência pública. Extrapolação do prazo máximo de dois anos. Anulações das permissões. Arbitramento da multa. Apelação Cível nº 0026332-74.2012.8.12.0001 – Campo Grande.....233

Improbidade administrativa. Doação de lotes públicos por terceira pessoa sem anuência do prefeito. Dolo. Afastado. Art. 11, inciso II da Lei nº 8.429/92.

Apelação Cível nº 0802215-71.2012.8.12.0005 - Aquidauana.....016

Inovação recursal. Supressão de instância. Violação ao duplo grau de jurisdição. Fazenda pública municipal. Unidade de pronto atendimento. Condições precárias de funcionamento. Questões de cunho orçamentário e administrativo não podem sobrepor ao direito à saúde do cidadão.

Apelação nº 0844498-19.2015.8.12.0001 - Campo Grande 377

Nulidade de licitação e Cláusulas contratuais. Coleta, transporte e destinação final de resíduos dos serviços de saúde. Resolução CONAMA 358/2005. Resolução ANVISA 306/2004. Política nacional de resíduos sólidos. Visão sistêmica. Princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos. Razoabilidade.

Apelação nº 0059569-02.2012.8.12.0001 – Campo Grande.....485

Ação de Arrolamento Sumário

Homologação de partilha. Expedição do formal de partilha. Exigência de quitação dos tributos. Incontroverso. Art. 659 do CPC. Ausência de prejuízo à Fazenda Pública.

Apelação Cível nº 0015580-34.1998.8.12.0001 – Campo Grande.....508

Ação de Cobrança

Compra e venda de terreno. Responsabilidade da vendedora pelos impostos devidos anteriormente à data do contrato. Chamamento ao processo de convivente. União estável reconhecida após a celebração do contrato objeto do processo. Lançamento tributário.

Apelação Cível nº 0844518-10.2015.8.12.0001 - Campo Grande.....096

Contrato administrativo. Majoração da alíquota do ISSQN. Desequilíbrio econômico-financeiro caracterizado. Art. 65, § 5°, da Lei 8.666/93.

Apelação Cível nº 0840350-91.2017.8.12.0001 - Campo Grande.....118

Indenização securitária. Seguro de vida em grupo. Relação de consumo. Invalidez parcial e permanente constatada. Cláusula restritiva. Interpretação favorável ao consumidor. Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Apelação Cível nº 0803176-18.2017.8.12.0011 – Coxim 051

Posto de combustível. Venda a crédito. Lançamento de assinatura falsa do cliente pelo frentista. Ressarcimento ao cliente pela pessoa jurídica. Direito de regresso. Dano moral constatado.

Apelação Cível nº 0802717-05.2015.8.12.0005 - Aquidauana.....327

Ação Declaratória

Cobrança indevida. Inexistência de débito. Ausência de comprovação da relação jurídica. Ameaça de negativação do nome do consumidor. Conduta ilícita. Teoria da perda do tempo útil aplicável. Dano moral configurado.

Apelação Cível nº 0823232-68.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....090

Empréstimos bancários. Descontos em folha de pagamento. Pedido de limitação a 30% do rendimento mensal líquido. Impossibilidade. Parâmetro admissível de até 40% da remuneração bruta para empréstimo consignado.

Apelação Cível nº 0839012-19.2016.8.12.0001 – Campo Grande.....266

Ação de Despejo

Contrato de locação. Falta de pagamento. Julgamento ultra petita. Cláusula contratual expressa. Ausência de ilegalidade ou vício no consentimento. Pacta sunt servanda.

Apelação Cível nº 0839336-14.2013.8.12.0001 – Campo Grande.....193

Ação de Execução

Medidas coercitivas indiretas. Suspensão da CNH do devedor. Art. 139, IV, do Código Processo Civil.

Agravo de Instrumento nº 1410511-04.2019.8.12.0000 – Jardim 547

Ação de Imissão na Posse

Tutela de urgência deferida. Revogação. Recuperação Judicial da empresa. Consolidação da propriedade fiduciária do imóvel em favor da autora. Bem móvel que não mais integra o patrimônio da recuperanda. Imissão na posse devida.

Agravo de Instrumento nº 1412061-34.2019.8.12.0000 – Aquidauana.....262

Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais

Acidente. Veículo do SAMU. Óbito. Ausência de causas excludentes. Responsabilidade objetiva do Estado. Responsabilidade subjetiva do candidato. Dever de indenizar caracterizado. Pensão mensal.

Apelação nº 0809022-17.2015.8.12.0001 – Campo Grande.....173

Autor conduzido à delegacia de polícia em razão de irregularidade na placa do veículo. Emplacamento incorreto. Serviço terceirizado. Responsabilidade civil objetiva da concessionária pelos serviços prestados em suas dependências. Conduta ilícita do Detran não verificada.

Apelação Cível nº 0070980-47.2009.8.12.0001 - Campo Grande.....333

Aquisição de veículo automotor. Motor Flex. Informações equivocadas ao consumidor. Erro constante inclusive do certificado de registro e licenciamento. Falha na prestação de serviço. Danos materiais e morais configurados.

Apelação Cível nº 0808630-06.2017.8.12.0002 – Dourados.....340

Associação de Amparo à Maternidade e à Infância. Morte de feto. Falha do serviço público por negligência. Responsabilidade do Município. Dano moral *in re ipsa*.

Apelação Cível nº 0844053-69.2013.8.12.0001 - Campo Grande.....389

Imputação de crime. Destituição do cargo de síndico. Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível nº 0016926-63.2011.8.12.0001 – Campo Grande 161

Ação de Obrigação de Fazer

Energia Rural. "Programa luz para todos". Universalização do sistema. Direito à gratuidade da instalação. Astreinte. *Quantum* e limitação temporal adequados. Prazo exíguo para cumprimento da obrigação.

Apelação Cível nº 0801079-77.2019.8.12.0010 - Fátima do Sul 319

Fertilização *in vitro* com ICSI. Alegação de dever do Estado tornar efetiva as ações e prestações da saúde. Afastada. Ausência de riscos à saúde e à vida.

Apelação Cível nº 0046493-08.2012.8.12.0001 – Campo Grande.....241

Ação de Rescisão de Contrato

Convênio de incentivo à cultura entre o município e o particular. Mérito. Descumprimento de cláusulas. Dever de restituir. Decreto municipal.

Apelação Cível nº 0829719-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande.....122

Ação de Reintegração de Posse

Indeferimento da inicial. Preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação. Rejeitada. Processo eletrônico. Obrigatoriedade de categorização dos documentos. Padronização. Excesso de rigor.

Apelação Cível nº 0808835-40.2014.8.12.0002 – Dourados.....257

Ação de Usucapião

Bem público doado. Desafetação. Possibilidade de usucapir. Requisitos preenchidos.

Apelação Cível nº 0808180-97.2016.8.12.0002 - Dourados 371

Vaga de garagem em edifício de apartamento. Integralização do prazo da prescrição aquisitiva no curso da lide. Usucapião ordinária. Justo título. Contrato de compra e venda. Boa-fé presumida.

Apelação Cível nº 0017440-16.2011.8.12.0001 – Campo Grande 216

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Lei Municipal que reajusta a remuneração de agentes políticos. Regra da anterioridade prevista no art. 29, V e VI, da Constituição Federal e art. 19, parágrafo único da Constituição Estadual. Declaração de inconstitucionalidade. Eficácia retroativa.

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000641-33.2018.8.12.0900 – Tribunal de Justiça.....496

Liminar suspensiva. Lapso temporal de vigência da norma. Teses conflitantes. Intervenção na atividade econômica privada. Direito do consumidor. Ausente requisito do Periculum in mora.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1402536-28.2019.8.12.0000 – Tribunal de Justiça.....348

Agravo de Instrumento

Ação falimentar. Bem arrecadado e arrematado em juízo. Pretensão incidental de terceiro interessado de manter-se na posse do imóvel sob a alegação de usucapião. Impossibilidade. Inexistência de direito real.

Agravo de Instrumento nº 1407254-68.2019.8.12.0000 – Dourados 492

Lei de imprensa. Liberdade de informação. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 do Supremo Tribunal Federal.

Agravo de Instrumento nº 1409657-10.2019.8.12.0000 – Campo Grande.....412

Objeção de pré-executividade. Extensão dos efeitos ao sócio administrador. Notificação de lançamento. Cadastro fiscal. Alteração do endereço não comunicado ao fisco. Ônus do sujeito passivo do tributo. Pena de litigância de má-fé.

Agravo de Instrumento nº 1410334-40.2019.8.12.0000 – Dourados 531

Tutela de urgência. Alegação de publicações ofensivas em rede social. Pretensão de exclusão das postagens. Ausência de probabilidade do direito. Direito à livre manifestação do pensamento.

Agravo de Instrumento nº 1407142-02.2019.8.12.0000 – Campo Grande.....228

Ação Rescisória

Ação de estado da pessoa. Rescisão da sentença que reconheceu a existência de união estável entre a tia da autora e seu companheiro. Direito personalíssimo. Intransmissibilidade. Ilegitimidade ativa. Extinção do processo sem resolução do mérito.

Ação Rescisória nº 1411679-12.2017.8.12.0000 – Aquidauana.....479

Agravo Interno

Incidência do ICMS. Movimentação de bovinos entre estabelecimentos do mesmo proprietário localizados em diferentes Estados. Pendência de admissibilidade de recurso especial. Técnica do distinguishing. Art. 927 do CPC.

Agravo Interno Cível nº 0827239-74.2016.8.12.0001/50005 – Campo Grande 297

Apelação Cível

Ação de arbitramento de aluguel. Cônjuges em processo de divórcio litigioso. Extinção terminativa fundada na exigência de partilha prévia. Insubsistência da decisão.

Apelação Cível nº 0812740-51.2017.8.12.0001 – Anastácio 249

Ação de cobrança. Seguro de vida em grupo. Cálculo da indenização. Aplicação da tabela SUSEP. Princípio dos contratos de risco.

Apelação Cível nº 0800416-69.2014.8.12.0054 – Nova Alvorada do Sul.....441

Ação de representação. Instauração de procedimento administrativo. Menores desacompanhados e ingerindo bebidas alcóolicas. Evento sem alvará. Multa. Art. 258 do ECA.

Apelação Cível nº 0004214-05.2011.8.12.0013 – Jardim 245

Alteração do assentamento de nascimento no registro civil. Exclusão do patronímico paterno. Abandono afetivo. Justo motivo.

Apelação Cível nº 0809214-05.2019.8.12.0002 – Dourados.....523

Anulatória de ato jurídico. Alienação de imóveis sem consentimento e repasse do produto devido ao sócio. Regularidade da procuração outorgada pelo sócio e da aquisição do bem por terceiro. Perdas e danos. Princípio da causalidade.

Apelação Cível nº 0017151-15.2013.8.12.0001 – Campo Grande 276

Contrato de monitoramento de veículo. Defeito na prestação de serviço. Dano moral configurado. Responsabilidade objetiva do fornecedor.

Apelação Cível nº 0800300-49.2015.8.12.0015 – Miranda 252

ISSQN no município do estabelecimento prestador. Serviço tributável. Exação fiscal.

Apelação Cível nº 0800631-60.2018.8.12.0036 - Inocência 426

Sucessão empresarial. Ilegitimidade passiva afastada. Cerceamento de defesa não configurada. Prova dispensada. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Súmula 555 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível nº 0802770-63.2013.8.12.0002 – Dourados 527

Técnica de julgamento do art. 942 do CPC. Multa pelo não comparecimento injustificado na audiência de conciliação. Art. 334, § 8° do Código de Processo Civil. Atraso para o ato justificado pela autora. Aplicação desarrazoada.

Apelação Cível nº 0803136-63.2017.8.12.0002 – Dourados 451

Conflito Negativo de Competência

Cumprimento de sentença. Honorários periciais. Parte vencida. Beneficiário da justiça gratuita. Estado. Art. 2º, alínea "b", inciso I, da Resolução n° 221/1994

Conflito de Competência Cível nº 1602031-53.2019.8.12.0000 – Campo Grande 537

Cumprimento do acordo celebrado em ação de divórcio. Venda e aluguel do imóvel. Competência relativa. Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça.

Conflito de Competência Cível nº 1602032-38.2019.8.12.0000 – Aquidauana 540

Plano de saúde. Negativa de cobertura de procedimento terapêutico. Natureza contratual da demanda. Incapaz. Inexistência de risco a ensejar a competência especial. Competência da vara cível residual.

Conflito de Competência Cível nº 1601738-83.2019.8.12.0000 – Dourados 363

Cumprimento de Sentença

Ação anulatória de testamento. Ato de disposição de última vontade declarado caduco. Restituição do patrimônio objeto do testamento. Fidelidade ao título executivo. Preclusão pro judicato.

Agravo de Instrumento nº 1410930-24.2019.8.12.0000 – Campo Grande 187

Ação de divórcio. Acordo em audiência para alienação do imóvel do casal. Recurso do exequente. Alegação de que a executada não está permitindo a avaliação e negociação do bem. Pedido de restabelecimento de alugueis.

Apelação Cível nº 0001537-54.2019.8.12.0002 – Dourados 408

Embargos à Execução

Acordo extrajudicial celebrado entre as partes sem a presença do advogado do executado. Possibilidade. Ineficácia da cláusula que dispôs sobre os honorários advocatícios do profissional que não aquiesceu. Art. 24, § 4° da Lei 8906/94.

Apelação Cível nº 0800288-88.2013.8.12.0020 – Rio Brilhante 153

Embargos de Terceiro

Ato ilícito. Sentença condenatória proferida na esfera cível. Impenhorabilidade do bem de família. Oponibilidade do inciso VI do art. 3° da Lei n° 8.009/90. Preservação da penhora em relação à pensão.

Apelação Cível nº 0826366-74.2016.8.12.0001 - Campo Grande.....315

Doação realizada por escritura pública sem registro. Irrelevância. Fraude à execução. Má-fé não configurada. Falta de interesse. Inaplicabilidade da súmula 303 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível nº 0804941-28.2016.8.12.0021 – Três Lagoas.....513

Execução de Título Extrajudicial

Desconsideração inversa da personalidade jurídica. Confusão patrimonial demonstrada. Diversos instrumentos de confissão de dívida. Representante legal credor e devedor na própria *factoring*.

Agravo de Instrumento nº 1410554-38.2019.8.12.0000 – São Gabriel do Oeste.....543

Fazenda Pública

Poder de polícia. Princípio da supremacia do interesse público. Abordagem. Excesso na conduta de policiais militares. Arbitrariedade caracterizada. Princípio da concentração da defesa. Dever de indenizar. Fazenda pública.

Apelação Cível nº 0810759-26.2013.8.12.0001 - Campo Grande.....129

Herança

Direito à meação de bens. Participação na condução dos negócios. Continuidade tácita do contrato de arrendamento rural. Meação sobre seus rendimentos. Rejeitada. Necessidade de efetiva comprovação.

Apelação Cível nº 0803028-80.2017.8.12.0019 – Ponta Porã.....550

Improbidade Administrativa

Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Cumulação de emprego público com incompatibilidade de horários. Art. 10 da Lei nº 8.429/92.

Apelação Cível nº 0803018-40.2015.8.12.0008 - Corumbá.....027

Ausência de destinação do percentual mínimo de receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino. Dolo genérico. Configuração de ato atentatório aos princípios da administração pública. Sanção de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público. Multa civil reduzida.

Apelação Cível nº 0000537-93.2005.8.12.0039 – Pedro Gomes.....518

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Complementação de pensão e aposentadoria. Caráter contributivo e ausência de fonte de custeio. Violação ao art. 195, § 5°, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade reconhecida.

Incidente de Arguição de Inconst. Cível nº 0800551-98.2018.8.12.0003/50000 – Bela Vista.....367

Mandado de Segurança Coletivo

Enquadramento irregular de servidores. Forma derivada de investimento em cargo público. Revisão de enquadramento. Art. 54 da Lei nº 9.784/99. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado. Súmula vinculante 43 do STF.

Mandado de Segurança Coletivo nº 1402158-72.2019.8.12.0000 - Tribunal de Justiça.....100

ICMS. Serviço de telecomunicações. Serviço essencial. Alíquota adicional fixada para Fundo Estadual de Combate e Erradicação da pobreza. Causa madura. Julgamento com base no § 4º do art. 1.103 do CPC. Princípio da seletividade.

Apelação Cível nº 0825781-85.2017.8.12.0001 – Campo Grande.....137

Mandado de Segurança

Impedimento de posse em concurso público. Ação penal em andamento. Sentença não transitada em julgado. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Apelação Cível nº 0802159-40.2018.8.12.0001 - Campo Grande.....109

Imposto sobre circulação de mercadorias. Transferência de bovinos e grãos entre fazendas do mesmo proprietário localizadas em Estados diferentes. Possibilidade de cobrança do imposto.

Apelação nº 0800156-70.2019.8.12.0036 – Inocência 270

Imposto sobre saída de gado bovino. Movimentação para o mesmo proprietário. Fato gerador de ICMS. Ofensa ao princípio federativo. Aplicação da súmula 166 do STJ.

Apelação nº 0801009-18.2019.8.12.0024 - Aparecida do Taboado.....430

ISSQN. Sociedade simples de médicos constituída sob a forma de responsabilidade limitada. Tributação fixa. Ausência de responsabilidade pessoal dos sócios.

Apelação nº 0819538-28.2017.8.12.0001 – Campo Grande.....472

Responsabilidade Civil

Dano estético. Lesão em menor impúbere causada dentro de instituição de ensino. Perda da visão. Responsabilidade do Município. Pensão. Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação nº 0808244-81.2014.8.12.0001 - Campo Grande 200

Morte de interno da UNEI. Produção de prova. Laudo pericial. Verificação da causa da lesão no interior da unidade de internação. Nexo causal. Sentença anulada.

Apelação Cível nº 0806492-03.2016.8.12.0002 - Dourados 421

Jurisprudência Criminal

Agravo em Execução Penal

Pleito de remição. Carga horária de trabalho aquém do mínimo legal. Indeferimento. Insurgência defensiva. Excepcionalidade. Trabalho de quatro horas diárias dentro da unidade penal.

Agravo de Execução Penal nº 0022226-25.2019.8.12.0001 – Campo Grande 848

Progressão de regime. Alegação de ocorrência de duplo binário. Prognóstico de reincidência. Laudo criminológico. Indeferimento fundamentado.

Agravo de Execução Penal nº 0032315-10.2019.8.12.0001 - Campo Grande 830

Apelação

Conversas por aplicativo de mensagens. Legalidade da prova obtida. Telefone celular de terceiro. Provas insuficientes à condenação.

Apelação Criminal nº 0002019-89.2016.8.12.0007 – Cassilândia 647

Sentença absolutória. Nulidade das provas obtidas. Ingresso no imóvel sem prévia autorização judicial. Indícios de crime. Validade da prova. Confissão e testemunhos policiais.

Apelação Criminal nº 0000325-50.2019.8.12.0017 - Nova Andradina 806

Tráfico de drogas. Cocaína subtraída do interior de delegacia de polícia. Pedido de redução da pena-base. Inviabilidade. Afastada a causa de aumento de pena prevista no art.18, III, da Lei nº 6.368/76.

Apelação Criminal nº 0001912-75.2003.8.12.0015 – Miranda 661

Crime Contra Ordem Tributária

Relações de consumo. Continuidade delitiva. Punibilidade extintiva. Prescrição Retroativa. Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal.

Apelação Criminal nº 0011338-38.2012.8.12.0002 – Dourados 578

Crimes Contra as Relações de Consumo

Carne apreendida. Vigilância sanitária. Provas. Materialidade e autoria demonstradas. Absolvição. Impossibilidade. Art. 7°, IX, da Lei n° 8.137/90.

Apelação Criminal nº 0000906-49.2015.8.12.0003 – Bela Vista 558

Crime de Apropriação Indébita

Quantia levantada por advogado. Dinheiro não repassado ao cliente. Dolo configurado. Conduta típica. Condenação mantida. Circunstâncias judiciais devidamente negativadas.

Apelação Criminal nº 0006938-26.2013.8.12.0008 – Corumbá 852

Crime de Falsidade Ideológica

Crime de peculato. Pretendida absolvição por atipicidade e falta de provas. Descabimento. Princípio da consunção. Inaplicável. Artigos 299 e 312 do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0900008-27.2015.8.12.0030 - Brasilândia 818

Crime de Receptação

Preliminar de nulidade. Indígena. Laudo antropológico. Prescindibilidade. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Apelação Criminal nº 0001665-26.2009.8.12.0002 - Dourados 734

Tráfico de drogas. Adulteração de sinal identificador. Pedido de redução de pena-base. Inviável. Quantidade de droga. Dedicação a atividade criminosa.

Apelação Criminal nº 0003667-18.2018.8.12.0013 - Jardim 812

Crime de Resistência

Falsa identificação perante a autoridade policial. Fato típico. Resistência. Reincidência. Impossibilidade de cumprimento de pena em regime aberto.

Apelação Criminal nº 0007177-59.2015.8.12.0008 – Corumbá 840

Crimes de Trânsito

Delito de trânsito. Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. Impossibilidade. Alteração do 306 do CTB. Suspensão dos efeitos da sentença. Pedido prejudicado. Declaração pela via difusa incidental da inconstitucionalidade formal das Leis n° 12.760/2012 e n° 12.971/2014.

Apelação Criminal nº 0004221-65.2014.8.12.0021 – Três Lagoas 868

Embriaguez ao volante. Condução de veículo automotor sem habilitação. Reincidência. Agravante. Princípio da consunção. Impossibilidade. Aplicabilidade do concurso formal entre os crimes.

Apelação Criminal nº 0000142-32.2016.8.12.0002 - Dourados 712

Concussão

Preliminar de nulidade. Crime impossível. Flagrante preparado. Inocorrência. Exigência de vantagem indevida. Crime formal consumado.

Apelação Criminal nº 0000878-98.2014.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 624

Conselho de Justificação

Procedimento judicialiforme. Indignidade. Prática de graves faltas disciplinares. Ofensa ao pundonor militar e à credibilidade da corporação. Observância do devido processo legal. Perda do posto e patente. Exclusão dos quadros da corporação.

Petição Criminal nº 1600218-93.2016.8.12.0000 767

Desobediência

Ordem de prisão. Intenção de fuga. Insurgência ministerial. Atipicidade da conduta reconhecida. Sentença absolutória.

Apelação Criminal nº 0002470-29.2018.8.12.0045 - Sidrolândia 780

Embriaguez

Condução de veículo sem habilitação. Pleito absolutório. Tese de ausência de perigo de dano. Rechaçada. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Condutas autônomas. Readequação da pena substitutiva. Princípio da simetria. Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0001144-18.2018.8.12.0018 – Paranaíba 800

Falsificação de Documento

Falsificação de documento particular. Impossibilidade. Ausência de materialidade. Comprovação. Prescindibilidade de perícia técnica. Atestado médico contém timbre de entidade paraestatal. Documento público por equiparação. Não incidência do art. 2°, § 2º da Lei 8.072/1990.

Apelação Criminal nº 0002292-60.2015.8.12.0021 – Três Lagoas 879

Habeas Corpus

Exame criminológico. Progressão de regime. Situação excepcional. Súmula vinculante 26. Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça.

Habeas Corpus Criminal nº 1411057-59.2019.8.12.0000 – Campo Grande 793

Fraude à licitação, peculato-desvio, falsidade ideológica e lavagem de capitais. Pedido de liberdade provisória. Medidas cautelares diversas da prisão. Não recomendação. Art. 318, inciso II, do CPP. Ausência de demonstração da impossibilidade da prestação da assistência médica no estabelecimento prisional. Prisão mantida.

Habeas Corpus Criminal nº 1411404-92.2019.8.12.0000 – Água Clara 655

Mandado de prisão expedido pelo juízo da execução penal. Paciente preso em regime fechado. Delitos cometidos na década de 1990. Prisão domiciliar postergada. Perícia oficial. Preliminar de incompetência. Rejeitada. Ausência de constrangimento ilegal.

Habeas Corpus Criminal nº 1413243-55.2019.8.12.0000 – Campo Grande 585

Homicídio Qualificado

Apresentação de vídeos e gráficos sem ciência da parte contrária. Preliminar de nulidade. Art. 479 do Código de Processo Penal. Ausência de prejuízo. Anulação do julgamento. Princípio Constitucional da soberania dos vereditos. Condenação definitiva mantida.

Apelação Criminal nº 0000767-34.2014.8.12.0003 – Bela Vista 636

Revisão criminal. Decreto de prisão preventiva. Réu foragido. Citação por edital. Constituição de advogado particular com poderes especiais. Pronúncia em 1996. Advento da Lei 11.689/08. Designação do júri. Renúncia da defesa técnica. Defensor dativo. Condenação.

Revisão Criminal nº 1409576-61.2019.8.12.0000 – Campo Grande 593

Mandado de Segurança

Transferência de preso provisório. Assistência familiar. Conveniência da administração prisional. Inexistência de direito subjetivo à lotação no local de residência dos familiares.

Mandado de Segurança Criminal nº 1410994-34.2019.8.12.0000 - Amambai 567

Organização Criminosa

Roubo majorado. Absolvição. Observância aos princípios da individualização e proporcionalidade. Bis in idem na cumulação das majorantes. Não ocorrência. Impossibilidade de substituição da pena corpórea.

Apelação Criminal nº 0002428-65.2016.8.12.0007 – Cassilândia 697

Sequestro e Cárcere privado. Revogação da prisão preventiva. Custódia cautelar. Gravidade concreta da conduta. Prisão domiciliar. Impossibilidade.

Habeas Corpus Criminal nº 1412014-60.2019.8.12.0000 – Dourados 609

Transporte de droga oculta em meios a carga de grãos de soja. Princípio constitucional da motivação na individualização. Tráfico interestadual. Elemento volitivo.

Apelação Criminal nº 0000237-95.2019.8.12.0054 - Nova Alvorada do Sul 725

Recurso em Sentido Estrito

Homicídio. Sentença de pronuncia. Princípio in dubio pro societate. Crime conexo. Tribunal do júri.

Recurso em Sentido Estrito nº 0000467-71.2018.8.12.0055 - Sonora 823

Homicídio qualificado. Desclassificação para lesão corporal seguida de morte. Inviabilidade. Qualificadoras de motivo fútil e recurso que dificultou a defesa da vítima.

Recurso em Sentido Estrito nº 0000775-48.2015.8.12.0044 – Sete Quedas 859

Revisão Criminal

Comprovação da falsa identidade. Processado e condenado indevidamente. Nome utilizado pelo irmão. Autor do fato delituoso. Efeitos da condenação. Constrangimento ilegal caracterizado. *Habeas corpus* de ofício.
Revisão Criminal nº 1601158-58.2016.8.12.0000 – Campo Grande 572

Roubo

Associação criminosa armada. Porte ilegal de arma de fogo. Posse de artefato. Pedido de absolvição. Negativa de autoria. Versões conflitantes. Crimes do artigo 16, parágrafo único, inciso III e IV, da Lei n° 10.826/03. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0001317-03.2018.8.12.0031 – Caarapó 671

Roubo Impróprio

Furto simples tentado. Agente que utiliza de violência ou grave ameaça. Consumação conforme teoria da amotio. Pena mantida. Pleito de fixação do regime semiaberto. Impossibilidade. Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0000362-56.2019.8.12.0024 – Aparecida do Taboado..... 692

Sequestro e Cárcere Privado

Pedido de desclassificação para o delito de constrangimento ilegal. Pretensão refutada. Reincidência. Cumprimento de pena em regime fechado. Dano moral presumido

Apelação Criminal nº 0001268-17.2017.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 755

Tráfico de Drogas

Apelação criminal. Sentença condenatória. Provas suficientes para a condenação. Causa de diminuição do § 4° do artigo 33 da Lei de Drogas. Concedida.

Apelação Criminal nº 0000558-24.2014.8.12.0049 – Agua Clara..... 786

Prisão em flagrante. Preliminar de nulidade das provas. Ausência de atribuição dos guardas municipais. Descabimento.

Apelação Criminal nº 0002812-41.2019.8.12.0001 – Campo Grande 617

Restituição de veículo apreendido. Requisitos não preenchidos. Nomeação de depositário. Artigo 61 da Lei Antitóxicos.

Apelação Criminal nº 0029157-44.2019.8.12.0001 – Campo Grande 631

Tráfico de drogas nas proximidades de estabelecimento de ensino. Envolvimento de adolescente. Ingresso de policiais no domicílio. Inexistência de mandado judicial. Alegada lesão ao art. 5°, XI, da Constituição Federal. Crime permanente. Causas especiais de aumento.

Apelação Criminal nº 0000381-62.2019.8.12.0024 - Aparecida do Taboado 740